

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO COM FOCO NO JUDICIÁRIO

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
O ENTENDIMENTO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

ANA APARECIDA JARDIM DE ALCANTARA

RIO DE JANEIRO

2014

ANA APARECIDA JARDIM DE ALCANTARA

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
O ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo com Foco no Judiciário – Área Judicial, da pós-graduação da Escola de Administração Judiciária, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

RIO DE JANEIRO

2014

DEDICATÓRIA

Dedico a presente monografia a Deus, origem de tudo e todos.

A minha querida mãe, Luzia Jardim Gomes de Alcantara, que, com simplicidade e amor incondicional, me ensinou as primeiras lições de justiça.

Dedico também à Livia Jardim de Alcantara Ramos, simplesmente por existir em minha vida. Da mesma forma que sua avó, me tem dado lindas lições de vida.

À Luzia Jardim de Alcantara e Waldemar Gomes de Alcantara, minha família, meu alicerce, meu tudo.

Ao Desembargador, professor Cláudio Brandão de Oliveira, por ter me ensinado a admirar o Direito Administrativo.

A todos os professores, desde os da educação infantil, multiplicadores de saber.

Aos filhos de coração: Raj, Clara, Penelope, Tadeu, Soneca, Half, Bisteka, Lady e Joana. Pela alegria que colocam em meus dias.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos funcionários da Escola de Administração do Tribunal de Justiça local, pela educação com que nos trataram ao longo do curso.

Aos colegas da turma, sempre gentis e solidários.

RESUMO

As políticas públicas estabelecem objetivos a serem alcançados pelo Estado. Representam, inicialmente, opção do administrador na realização de melhorias em aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade que o legitimou no poder. O presente trabalho tem como escopo analisar como o Supremo Tribunal Federal tem realizado o controle de tais políticas nas áreas de educação, saúde, meio ambiente, dentre outras. Assim como os limites desta atuação.

PALAVRAS CHAVE

Administração pública, políticas públicas, acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Public policies set goals to be achieved by the state. Represent, first of all, administrator option in making improvements in economic, political or social community that legitimized in power.

This work has the objective to analyze how the Brazilian Supreme Court has held control of such policies in the areas of education, health, environment, among others. As well as the limits to do this.

KEY WORDS

Public administration, public policy, judgments of Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
3 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	19
4 COMO A JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO VEM ENFRENTANDO O TEMA	23
4.1 Análise de acórdãos	25
5 REPERCUSSÃO GERAL: TEMA 698.....	47
6 CONCLUSÃO	51
7 REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

Uma das bases das sociedades contemporâneas é a consagração e proteção aos direitos fundamentais, cuja tutela no plano jurídico tem sido evidenciada nas diversas constituições democráticas.

No entanto, necessário se faz a construção de meios assecuratórios a fim de garantir a efetividade a estes direitos.

Daí a importância que há nos projetos político-econômicos dos entes a fim de implementar medidas dentro de padrões normativos que integram o direito.

Mostra-se, pois, relevante, o cotejo entre as políticas desenvolvidas e os direitos fundamentais que se pretende tutelar.

Em que pese estar-se diante de um trabalho em que a prática dos tribunais orientará as discussões, faz-se necessário definirmos alguns conceitos, para melhor compreensão da abordagem feita.

Entende-se por política pública, na concepção de Dworkin¹ o tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

A partir desta definição, é possível estabelecer que a política adotada pressupõe a existência de uma autoridade capaz de identificar os objetivos colimados, bem como estabelecer os meios para que se efetivem.

Por óbvio, exsurge a figura do Estado como mentor de tais políticas, a fim de atender ao bem comum, observando os direitos fundamentais, assim como a igualdade material de seu grupo social. É, pois, o Estado destinado aos deveres de dar, fazer e prestar.

Doutrinariamente, o professor Diogo de Figueiredo afirma que a convivência numa sociedade civilizada seria impossível sem um mínimo de segurança de seus membros de que certo núcleo fundamental de interesses individuais será invariavelmente respeitado e protegido.

Assim, segue o festejado autor, como a organização política da sociedade, cabe declarar quais são esses interesses que devem ser por ele assegurados, uma vez que para o desempenho desta missão, que veio a se tornar historicamente o

¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo; Martins Fontes, 2002. p. 37.

centro da mais significativa concentração de poder institucionalizado constituindo como um Poder Público e desse modo, atuando como fonte de direito.²

O texto constitucional alberga tal concepção em seu artigo 3º ao consagrar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação.³

O que, a priori, excluiria do Poder Judiciário a possibilidade de discutir metas governamentais, vez que tal função é dirigida aos Poderes Legislativo e Executivo. Revela-se, no estado de direito, uma real possibilidade.

Importante destacar, que os princípios republicano e democrático determinam a separação entre os poderes. Tal orientação é enfatizada em todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, mormente pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, não menos verdadeira é a necessária atuação de cada Poder, diante de sua competência constitucional. Administrar, Legislar e dizer o direito são funções as quais devem ser realizadas em prol do bem comum.

Sabe-se ainda que ao Poder Judiciário cabe, quando instado, verificar o atuar tanto do Poder Legislativo, quanto do Executivo, em seus aspectos de legalidade e constitucionalidade, num sistema que prestigia a coexistência harmônica entre os poderes.

As políticas públicas são de cunho eminentemente administrativo, cuja atribuição é dirigida aos entes estatais. No entanto, diante de alguns fatores, tais como a inércia de alguns administradores, ou a falta de razoabilidade de outros, há algum tempo o Poder Judiciário foi autorizado a realizar o controle judicial de tais políticas.

Uma vez admitida a possibilidade de se imiscuir em questões relacionadas às políticas públicas, faz-se necessário traçar como se dá esta atuação.

Historicamente, cada vez mais os indivíduos perceberam que podiam se dirigir ao Judiciário a fim de ver seus direitos violados atendidos.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 6-7.

A busca dos direitos sociais não implementados é uma realidade que se verifica a sistematicamente.

Diante do desatendimento à população em áreas importantes e cruciais para uma vida digna, percebeu-se que havia uma possibilidade de ter suas necessidades socorridas.

Verificou-se ainda que a via administrativa não mais atendia à demanda que se avolumava. O que evidencia assim a inépcia gerencial do administrador público.

Some-se a isto a falta de metas claras em cumprir seu papel constitucional.

Sensível a este quadro, o legislador buscou mecanismos processuais a fim de efetivar a tutela pretendida.

Inicialmente, a disciplina preexistente no Código de Processo Civil, não tinha o poder de persuasão sobre o devedor da prestação. Assim, o credor optava invariavelmente por usar a compensação de seus prejuízos, manejando a tutela ressarcitória, o que se revelou inócuo.

Até que com a reforma processual vislumbrou-se nova possibilidade.

Passou-se a obter ordem judicial liminar impondo ao réu conduta omissiva ou comissiva, caso fosse obrigação de não fazer ou de fazer, considerando a nova redação dada ao artigo 461 do Código de Ritos.

Athos Gusmão Carneiro defende a natureza inibitória do conteúdo da norma do mencionado artigo, para quem, aplica-se não apenas às obrigações de fazer e de não fazer, como também aos deveres legais de abstenção, tolerância, permissão ou prática de ato ou fato, merecendo destaque os direitos absolutos relacionados à vida.

A partir daí, o tratamento das matérias submetidas ao regime do artigo 461 foi alterado radicalmente. Passou-se a privilegiar a obtenção da tutela específica, dotando o processo de mecanismos hábeis para torná-lo instrumento mais eficaz para a satisfação do direito material do autor.

Ao impor o cumprimento liminar da obrigação, o juiz pode estabelecer, além de multa cominatória, outras medidas que assegurem a efetivação da tutela específica ou à obtenção de resultado prático equivalentes. Isto porque, a novel legislação autoriza que o juízo se utilize de todo meio que se fizer necessário para garantir a tutela específica da obrigação. O que ensejou, por exemplo, a

³ OLIVEIRA, Cláudio Brandão de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

determinação da apreensão de verba pública em não havendo o cumprimento pelo ente da obrigação que lhe é imposta, como, a entrega de medicamentos, determinação de cirurgia, garantia de vaga em creches da rede pública, dentre uma gama imensa de pleitos, os quais serão comentados neste trabalho.

Na área educacional, merece destaque, o acórdão do Ministro Celso de Mello, marco inicial a autorizar o Poder Judiciário a adentrar no mérito da política pública, desde que, por óbvio se observassem certos requisitos: excepcionalidade da medida, fundamentalidade do bem tutelado, inércia do administrador.

Desde então, os direitos fundamentais, assim entendidos como os indispensáveis ao ser humano têm recebido tratamento especial no plano judicial.

A importância do tema nos aspectos sociais, jurídicos e político é cada vez mais abordada na jurisprudência dos Tribunais, sobretudo o Pretório Excelso, cuja contribuição é valiosa ao debate jurídico pátrio.

A mais recente discussão de nossa alta corte de justiça acerca da possibilidade da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas tornará mais sólido o debate acerca do tema, diante das consequências processuais que permite o mecanismo constitucional.

O presente trabalho analisa ainda como o Supremo Tribunal Federal vem exercendo o controle de políticas públicas, no que tange ao tratamento dado a questões que tangenciam a discricionariedade do administrador público e efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos em áreas como educação, saúde, meio ambiente, moradia, segurança e assistência aos desassistidos.

Da leitura dos acórdãos utilizados neste trabalho, pode-se extrair algumas teses defensivas expendidas pelos entes que ocupavam o pólo passivo da demanda, na tentativa de exonerar-se da obrigação.

Na esmagadora maioria argumentava-se: o Princípio da Separação dos Poderes, a Reserva do Possível a delinear a dotação orçamentária para atender a tais pleitos, limitação imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal e ainda, a possibilidade de se escolher a forma de gerir os recursos estatais diante da discricionariedade que reveste os atos da Administração Pública. Argumentos que foram afastados na totalidade das decisões analisadas.

Merece destaque a metodologia usada nos julgamentos. É que, em que pese o reiterado posicionamento favorável às políticas públicas, não se divorciou o Tribunal de seus postulados e de sua própria jurisprudência.

Isto se deu de forma cristalina em vários julgados que serão aqui apresentados.

Não há a pretensão de se esgotar todo o assunto, mas apontar o que tem sido feito nas diversas áreas que envolvem o tema. Não só o que, mas como tem se posicionado o mais relevante Tribunal do país a este respeito.

E mais, o que ainda pode ser feito no âmbito de políticas públicas inseridas num contexto de descaso aos cidadãos, entregues a própria sorte, num país cujas distorções se revelam a cada noticiário matinal.

Por fim, apontaremos o que pode ser esperado para além dos limites da jurisdição constitucional.

Uma vez que a responsabilidade de se buscar uma sociedade mais justa e fraterna é de cada um, sobretudo daqueles que pensam além de sua apagar a palavra PROPRIA individualidade e buscam uma sociedade em que a igualdade seja uma busca constante .

Até porque seria bastante ingênuo imaginar que um único poder resolva toda as panacéias de uma nação.

Ingênuo e injusto, porque ainda que o Judiciário tenha uma atuação relevante, não significa que possa fazer tudo.

Há uma limitação estrutural óbvia, já que a ordem emanada do Poder Público, vale dizer, do Estado administração dependerá sobretudo da vontade política dos envolvidos no conflito, quão ético são e quais os objetivos que pretendem alcançar.

Portanto, como dito, são várias nuances que circundam o tema e merecem detida reflexão de todos aqueles que esperam um país comprometido com uma ordem jurídico constitucional justa.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carl Schmitt⁴ estabelece dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais.

Designa como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

O segundo critério estabelece tais garantias como aquelas que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança. São em princípio imutáveis ou pelo menos exigem um mecanismo mais rígido para alteração, como o de emenda à Constituição.

Do ponto de vista material, os direitos fundamentais segundo Schmitt variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, as espécies de valores e princípios formadores de cada carta política.

A partir daí surge a classificação dos direitos.

Os de primeira geração são os que primeiro constaram nos textos constitucionais e por isso a nomenclatura. Consubstanciam-se nos de liberdade, que em grande parte correspondem à fase inaugural do constitucionalismo do ocidente. São os primeiros a serem positivados, daí ditos de primeira geração. O paradigma do titular desses direitos é o homem individualmente considerado.

Historicamente não existe Constituição que não os tenha reconhecido em toda a extensão.

Os direitos da primeira geração têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam um traço característico, são direitos de resistência ou de oposição.

São, assim, os direitos que valorizam primeiro o homem das liberdades abstratas.

Os direitos da segunda geração dominaram o século XX. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos nos Estados sociais, depois que surgiram por reação antiliberal. Dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

⁴ SCHMITT *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, tendo em vista sua natureza de direitos que exigem do estado determinadas prestações.

De jurisdição questionada, foram remetidos à camada de esfera programática, uma vez não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram uma crise de observância e execução, cujo fim se observou diante da construção da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

É que por muito tempo prevaleceu a ideia de que apenas os direitos de liberdades eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade imediata, vale dizer, necessitavam de complementação legislativa, o que, como cediço, ficou para história.

Assim, com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração, a doutrina, sobretudo a alemã, descobriu o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios para a proteção das instituições.

Os direitos sociais trouxeram, assim, a importância da proteção institucional. Indicaram que tão importante como proteger o indivíduo, também os organismos políticos.

Descobriu-se um novo conteúdo dos direitos fundamentais, vinculado a uma liberdade objetiva, aos vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e fazendo do Estado um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais.

Os de terceira geração são direitos de fraternidade. Dotados de elevado teor de humanismo e universalidade, não se destinam à proteção dos interesses de um indivíduo. Tem por destinatários o gênero humano e emergiram da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, a comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

São direitos de quarta geração a democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Tais direitos não somente culminam a objetividade das duas gerações antecedentes como absorvem a subjetividade dos direitos individuais, isto é, os direitos da primeira geração.

Note-se que a distinção entre as gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direito surgem e como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica.

Deve-se ter presente, entretanto que falar em sucessão de geração não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em momento posterior.

Como afirmado pela doutrina, por todos, Gilmar Mendes, os direitos de cada geração permanecem válidos em conjunto com outros direitos da nova geração. Um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades do texto constitucional.

Pode ocorrer, inclusive, que os novos direitos sejam apenas uma releitura dos antigos, consoante as novas exigências da atualidade.

Segundo ainda o renomado autor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, a visão dos direitos fundamentais em termos de geração indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo.

Não se deve, pois, deixar de situá-los num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito, de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão.⁵

Há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, precedentes em que a conceituação de direito fundamental mostrou-se importante para a solução de ação direta de inconstitucionalidade. O que revela, desta forma, a importância do estudo do tema.

Neste sentido:

Dispositivo Legal Questionado

- Artigo 002 ° da Emenda Constitucional nº 003, de 1993, e Lei Complementar nº 077 , de 13 de julho de 1993.

- Emenda Constitucional nº 003:

Art. 002 ° - A UNIAO PODERA INSTITUIR , NOS TERMOS DE LEI COMPLEMENTAR , COM VIGENCIA ATE 31 DE DEZEMBRO DE 1994, IMPOSTO SOBRE MOVIMENTACAO OU TRANSMISSAO DE VALORES E DE CREDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA .

§ 001 ° - A aliquota do imposto de que trata este artigo nao excedera a vinte e cinco centesimos por cento , facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelece-la , total ou parcialmente , nas condicoes e limites fixados em lei .

§ 002 ° - AO IMPOSTO DE QUE TRATA ESTE ARTIGO NAO SE APLICA O ART. 150 , III , 'b' , E 0VI, NEM O DISPOSTO NO § 005 ° DO ART. 153 DA CONSTITUICAO .

§ 003 ° - O produto da arrecadacao do imposto de que trata este artigo nao se encontra sujeito a qualquer modalidade de reparticao com outra entidade federada .

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 224.

§ 004 ° - Do produto da arrecadacao do imposto de que trata este artigo serao destinados vinte por cento para custeio de programas de habitacao popular . (IPMF)

- Lei Complementar nº 077 , de 13 de julho de 1993 .

Institui o Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou Transmissao de Valores e de Creditos e Direitos de Natureza Financeira - IPMF e da outras providencias.

Fundamentação Constitucional - Artigo 150 , III , "b" .

OBS. Pedido de Medida Liminar .

Resultado da Liminar

Deferida

Decisão Plenária da Liminar

Data de Julgamento Plenário da Liminar

1993

Data de Publicação da Liminar

Ano 1993

Resultado Final

Procedente em Parte

Decisão Final

Por MAIORIA de votos, o Tribunal julgou PROCEDENTE, EM PARTE, a acao , para declarar a inconstitucionalidade da expressao 'o art. 150 , III , 'b' e 0VI , nem' , contida no § 002 ° do art. 002 ° da EC nº 003 / 93 , vencidos , em parte , os Ministros Sepulveda Pertence, que declarava a inconstitucionalidade, apenas, da expressao' e 0IV' , Presidente (Min. Octavio Gallotti), que declarava a inconstitucionalidade da mesma expressao ('e 0IV'), mas apenas quanto a alinea 'a' do referido inciso , e o Ministro Marco Aurelio , que declarava a inconstitucionalidade de todo o art. 002 ° e seus paragrafos da mesma Emenda Constitucional. Em consequencia , quanto a Lei Complementar nº 077/93, o Tribunal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 028, na parte em que permitiu a cobranca do tributo no ano de 1993, vencidos, nesse ponto , os Ministros Sepulveda Pertence e Presidente (Min. Octavio Gallotti). Ainda, por maioria, declarava a inconstitucionalidade , sem reducao de textos , dos artigos 003º, 004 ° e 008 ° do mesmo diploma (LC nº 077/93), por haverem deixado de excluir , da incidencia do I.P.M.F. , as pessoas jurídicas de Direito Publico e as demais entidades ou empresas referidas nas alineas 'a' , 'b' , 'c' e 'd' do inciso 0VI do art. 150 da Constituicao Federal. Nesses pontos , ficaram vencidos , em parte , o Ministro Marco Aurelio , que declarava a inconstitucionalidade de toda a LC nº 077 / 93 e o Presidente (Min. Octavio Gallotti) que declarava a inconstitucionalidade, sempre sem reducao do texto, dos dispositivos legais referidos , apenas no ponto em que deixaram de excluir as pessoas juridicas de Direito Publico referidos no art.150, 0VI , 'a' , da Constituicao Federal . Finalmente, por maioria , o Tribunal tornou definitiva a medida cautelar de suspensao da cobrança do I.P.M.F., no exercicio de 1993 , vencidos , nessa parte , os Ministros Sepulveda Pertence e Octavio Gallotti , que a revogava.

- Plenario , 15.12.93 .

Data de Julgamento Final

Plenário

Data de Publicação da Decisão Final

Acordao , DJ 18.03.94.

Decisão Monocrática da Liminar⁶

Vale recordar que a criação do mencionado imposto, não observou o princípio da anterioridade, vez que previa a cobrança no mesmo ano de sua criação. O que fere de morte princípio da legislação tributária.

O mencionado princípio é especificamente tributário, já que incide apenas nesta seara. Encontra-se delineado nos arts. 150, III b e c, 150, § 1º, 195, § 6º da Constituição da República.

Roque Antonio Carraza afirma que: “È da conjugação de todos esses dispositivos e não de cada um isoladamente, considerado, que se extrai o verdadeiro perfil constitucional o princípio da anterioridade”.⁷

Reza o art. 150:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedada a União, aos Estados ao Distrito Federal e aos municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou

c) antes de decorridos noventa dias da falta em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b.⁸

A questão é singela: a lei que cria ou aumenta um tributo- em regra- ao entrar em vigor, fica com sua eficácia paralisada até o início do próximo exercício financeiro, quando passará a produzir efeitos.

Portanto, inibe o atuar e não só da Administração Fazendária, como do próprio poder Legislativo.

Importante, no entanto, precisar que atrelado ao Princípio da anterioridade há o da segurança jurídica. É ele que lhe serve de supedâneo e lhe revela as reais dimensões.

São princípios relacionados entre si e veiculam a idéia de que deve ser afastada a surpresa para o contribuinte. E, levando a efeito tais considerações, o

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - 939 (Medida Liminar). Origem: Distrito Federal. Relator Ministro Sydney Sanches.

⁷ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁸ OLIVEIRA, Cláudio Brandão de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2007.

Supremo Tribunal Federal não definiu um conceito de direito fundamental, mas se referiu ao critério histórico ao considerar o princípio da anterioridade como direito fundamental, referindo-se à hipótese de o princípio vincular-se a outro de fundamentalidade expressa, o da segurança jurídica, como dito alhures.

Este julgamento expressa a identificação do Supremo Tribunal Federal às normas de direito fundamental essenciais à tutela da dignidade da pessoa humana, como vida liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Traço distintivo nos julgados aqui reproduzidos.

3 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alcançaram a relação que havia entre os controles na via concentrada e difusa.

A ampliação do direito de propositura da ação por via direta e a criação da ação declaratória vieram reforçar o controle concentrado em detrimento ao difuso.

No entanto, ainda existia um espaço para que o controle difuso fosse utilizado. Matérias não suscetíveis no exame concentrado.

Nesse espaço é que nasceu o novo instituto constitucional. .

A Lei 9882/99 define em seu artigo primeiro que cabe a arguição para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

A mencionada lei em seu Parágrafo único assevera que caberá a arguição quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal estadual ou municipal , inclusive anteriores à constituição.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental apresentou-se ao ordenamento pátrio a fim de solver controvérsias constitucionais.

No ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela primeira vez, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental acerca da possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas.

Para recordamos, faz-se necessário, breve esboço histórico.

Tendo em vista, veto emanado do Presidente da República, que incidiu sobre o § 2º do artigo 59 de proposição legislativa, convertido na Lei 10.707/2003, ajuizou-se o instrumento constitucional.

O dispositivo vetado referia-se ao financiamento a ações e serviços públicos de saúde com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza O legitimado ativo da ação sustentou que o veto importaria em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional 29/2000, promulgada com o escopo de garantir recursos financeiros mínimos, direcionados a ações e serviços públicos de saúde.

Importante destacar que o presidente da República logo após o veto parcial remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei, que, transformado na Lei 10.777/2003, restaurou em sua integralidade o § 2º do art. 59 da mencionado Lei, para constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto presidencial.

Desse modo, instaurou-se situação de prejudicialidade da argüição.

Ainda assim, diante da relevância do tema, o eminente Ministro Celso de Mello teceu valiosas considerações acerca do tema, o que firmou a primeira orientação do Pretório Excelso acerca de políticas públicas em cotejo com a atuação do Poder Judiciário.

Reconheceu inicialmente a argüição como instrumento hábil a viabilizar a efetivação de políticas públicas quando previstas no texto da Constituição e venham a ser inobservadas.

Ressaltou tratar-se de encargo do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisdição constitucional em sua dimensão política, não autorizaria aquele Tribunal exonerar-se de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se definem como direitos de segunda geração.

Salientou não ser função ordinária do Poder Judiciário a atribuição de realizar e implementar políticas públicas, vez que tal função dirige-se aos Poderes Executivos e Legislativo.

Contudo, excepcionalmente, poderá o Judiciário imiscuir-se em questões que não refletem sua função típica, se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem seus encargos e com isso comprometer a efetividade de direitos individuais/coletivos, de estatura constitucional.

Fez ainda relevante consideração acerca do tema “a reserva do possível”, inúmeras vezes invocado por entes a fim de não darem cumprimento ao mandamento constitucional. Apontou que se de um lado a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais dependem de dotação subordinados às possibilidades orçamentárias do Estado. De outra sorte, não seria legítimo ao Poder Público criar obstáculo ilícito de frustrar e inviabilizar o estabelecimento em favor de cidadãos de condições materiais mínimas de existência.

Desta feita, afirmou dever o “Princípio da Reserva do Possível “ se submeter a outro princípio o do “mínimo existencial”, a fim de cumprir com suas obrigações constitucionais, sobretudo os dotados de fundamentalidade.

Apontou como meta da Carta Política de 1988 a promoção do bem estar social, o que incluiu condições mínimas de existência, e neste sentido, os elementos fundamentais dessa dignidade, vale dizer, o mínimo existencial, alvo prioritário dos gastos públicos.

Assim, após atingi-los é que estaria autorizado o administrador avaliar as possibilidades de orientação dos recursos que sobejassem.

E uma vez, não atendidos ao conjunto de condições mínimas de uma existência digna, chancelaria a intervenção do Poder Judiciária a fim de viabilizar a todos o acesso aos bens destacados na Constituição. Afirmou o Ministro.

São essas as considerações feitas pelo decano do Supremo Tribunal Federal, que ao final, diante de seus poderes processuais na condição de ministro relator, decidiu monocraticamente a Arguição, como prejudicada, em virtude da perda superveniente de interesse.

Segue a argüição:

Dispositivo Legal Questionado

Lei nº 10707, de 30 de julho de 2003, publicada no Diário Oficial da União, em edição extra (DOC. 3), no dia 31 de julho de 2003.

Lei nº 10707, de 30 de julho de 2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias).

Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração de lei orçamentária de 2004 e dá outras providências.

Resultado da Liminar

Prejudicada

Decisão Plenária da Liminar

Resultado Final

Decisão Monocrática - Prejudicado

Decisão Final

Decisão Monocrática Final

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS

LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).⁹

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 45 (Med. Liminar). Entrada no STF em 15 out 2003. Relator Ministro Celso de Mello. Distribuído em 15 out 2003. Partes: Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (CF 103, VIII). Requerido: Presidente da República.

4 COMO A JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO VEM ENFRENTANDO O TEMA

“A sujeição da ação do Estado à lei, por suas conseqüências civilizadoras, foi uma das conquistas mais notáveis do espírito humano, mas a ela se seguiu outra, possivelmente a mais significativa : a da submissão do Estado ao Direito”.¹⁰

É certo, portanto, que mais do que simplesmente a lei, a atividade administrativa se vincula ao direito, integralmente considerado, nele incluindo normas legais, normas princípios , positivados ou não, assim como a jurisprudência.

Pode-se, portanto, afirmar-se que a administração pública se processa sob o império da constituição.

Dessa postura democrática do Estado decorrem importantes conseqüências em termos de vinculação ao direito.

O reconhecimento da supremacia dos direitos fundamentais, por reconhecimento dos direitos subjetivos dos administrados, o reconhecimento da necessidade de ponderação de interesses protegidos pela ordem jurídica, sempre que conflitantes com interesses públicos disponíveis e o reconhecimento das garantias processuais administrativas e a presunção de boa fé dos administrados.

Com o desenvolvimento das sociedades, surgiram ainda demandas sociais para que o Poder Público oferecesse certos serviços.

No entanto, nem sempre houve um atendimento satisfatório a todos que a eles se dirigiam.

A história aponta referência à Administração Pública desde a Constituição de 1824.

A Carta de 1988 inovou no que tange ao tema, prevendo princípios ao regime jurídico administrativo, consagrados no artigo 37, caput:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.¹¹

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 127.

¹¹ OLIVEIRA, Cláudio Brandão de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2007.

A Administração compreende não somente pessoas jurídicas de direito público, mas igualmente, pessoas de direito privado que disponham de poderes públicos, de faculdades do *jus imperium*, ao tratar com o particular.¹²

Por óbvio, a Administração necessariamente realizará seu mister, se curvando aos direitos fundamentais. Ou, pelo menos, é o esperado.

A vinculação do ente público às normas de direito fundamental tornará nulo qualquer ato praticado divorciado deste sistema. Deverá, pois, a Administração pautar seu atuar consoante os direitos fundamentais envolvidos.

Não poderá o administrar público valer-se da discricionariedade, própria da atividade administrativa, para se exonerar da observância das garantias que são dirigidas ao cidadão. A discricionariedade, já foi dito, não é um cheque em branco.

Sabe-se ainda que a defesa dos direitos e garantias fundamentais é da essência da função judicial. Detêm a prerrogativa os tribunais de controlar os atos dos demais Poderes.

A vinculação destes aos direitos fundamentais leva à conclusão de que estão obrigados a fiscalizar se tais direitos têm sido efetivados de forma ampla.

Desta feita, os sistemas jurídicos democráticos mostram-se atentos em afastar toda decisão violadora da dignidade da pessoa humana.

É uma preocupação que se coaduna ao estado democrático de direito. .

A Constituição de 1988 seguindo esta orientação, consagra no art. 5º de seu texto o caráter preceptivo das normas que definem direitos fundamentais.

Podem, ou melhor, devem os magistrados aplicar diretamente as normas concernentes a esses direitos, o que torna desnecessária inclusive existência de lei.

Podem, até, para dar aplicação aos direitos fundamentais, decidir contra a lei.

Exceção a tal possibilidade é a hipótese de o próprio texto constitucional remeter a concretização do direito ao legislador, estabelecendo que o direito apenas será exercido na formam prevista em lei. Hipótese excepcional em que o princípio do §1º haverá de ceder.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se firmado para garantir a efetivação dos direitos fundamentais em diversos julgados.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

No âmbito do direito à educação, é recorrente os seguintes temas: atendimento em creche e pré escola, garantia de vaga em escola próxima à residência, transporte escolar, dentre outros.

Interessante apontar a amplitude com que tais temas têm sido abordados.

As interpretações coadunam-se à finalidade pretendida, de forma teleológica. Portanto, nos aspectos educacionais é possível verificar o acesso à educação consubstanciado ao número de vagas, proximidade ao local da moradia, construção de prédios aptos a receber o corpo discente, dentre outros.

Importante ainda frisar a técnica utilizada nos julgamentos, coerente aos postulados da Corte, como se verá oportunamente.

4.1 Análise de acórdãos

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.¹³

Considerado o *leading case* no que tange à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, o acórdão da relatoria do decano do Supremo Tribunal Federal, coteja o direito à educação à discricionariedade da Administração, “dever de execução inafastável”, sob pena de, ao não observá-lo, importar em violação a direito fundamental, vale dizer, ao da educação infantil, consubstanciada ao fornecimento de creches aos que necessitarem.

Entendeu o Ministro Celso de Mello que a educação infantil representa direito indisponível, e o direito à creche representa primeira etapa do processo de educação.

Desta forma, cabe ao Estado a obrigação de criar condições que possibilitem o acesso das crianças em idade de 0 a seis anos. (Constituição da República, art. 208, IV):

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR / SP. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 22 nov 2005. Segunda Turma.

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.¹⁴

Em não havendo o atendimento a tal imposição, estar-se-á configurada omissão governamental, o que preencherá ao primeiro requisito da intervenção judicial do Poder Judiciário a fim de efetivá-lo.

Afirma o ministro do Supremo Tribunal Federal que na origem, a prerrogativa de formular políticas públicas é de fato, dos Poderes Legislativo e Executivo.

Todavia, vislumbra, de forma excepcional, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de política pública, sobretudo por estar definida no texto constitucional.

Recentemente, em 29 de outubro de 2014, reafirmando todos os postulados que condicionam o Poder Judiciário a intervir em políticas públicas, entendeu o Ministro Roberto Barroso pela possibilidade de o Judiciário se imiscuir em políticas públicas. A toda evidência, dentro de certa perspectiva.

Alinhado ao entendimento capitaneado pelo Ministro Celso de Mello, reafirmou o Min. Barroso não estar a efetivação do direito ao aprendizado adstrita à avaliação de caráter discricionário feita pela Administração Pública.

É que a norma constitucional revela-se como limite à atuação discricionária da Administração Pública.

E ratifica a excepcionalidade de se reconhecer ao Poder Judiciário o poder de determinar a implementação de políticas públicas definidas como tais no texto constitucional. Destacando ainda a inércia do administrador como requisito para tal ingerência.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. FALTA DE REGULARIDADE FORMAL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E À SEGURANÇA. DETERMINAÇÃO DE REFORMA DE ESCOLA

¹⁴ OLIVEIRA, Cláudio Brandão de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2007.

PELO PODER JUDICIÁRIO. SEPARAÇÃO DE PODERES. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. EXCEPCIONALIDADE.¹⁵

Partes

RECTE.(S): ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): M R M DA S

Decisão

Agravo. Decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto em ação civil pública objetivando a disponibilização de cuidador para criança portadora de necessidades especiais, durante as atividades realizadas em **ambiente** escolar.¹⁶

O recurso, embora não conhecido, em razão da incidência do óbice das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, teve considerações relevantes acerca do tema.

Afirmou o eminente Ministro Teori Zavascki que ainda que superado o obstáculo das mencionadas súmulas, há o entendimento daquela corte no sentido de que não viola o princípio da separação dos Poderes a intervenção excepcional do Poder Judiciário nas políticas públicas do Poder Executivo, com o objetivo de garantir direitos constitucionalmente previstos.

Parte(s)

REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): PGE-RJ - ALDE SANTOS JÚNIOR

REQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UERJ

ADV.(A/S): HENRIQUE COUTO DA NÓBREGA

Ementa

REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS A DETERMINADOS SETORES DA POLÍTICA EDUCACIONAL. CAUTELAR REFERENDADA PARA SUSPENDER A VIGÊNCIA DO § 1º DO ART. 309, DO CAPUT E § 5º DO ART. 314 E DA EXPRESSÃO "E GARANTIRÁ UM PERCENTUAL MÍNIMO DE

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 845392 / RS. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator Min. Roberto Barroso. Julgamento em 29 out 2014.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 750715 / SP. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em 1 jul 2014. Publicação no DJe-149 em 4 ago 2014.

10% (DEZ POR CENTO) PARA A EDUCAÇÃO ESPECIAL", CONTIDA NA PARTE FINAL DO § 2º DO ART. 314, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que são inconstitucionais as normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, seja porque desrespeitam a vedação contida no art. 167, inc. IV, da Constituição da República, seja porque restringem a competência constitucional do Poder Executivo para a elaboração das propostas de leis orçamentárias. Precedentes. 2. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. 3. A via original do agravo regimental interposto por fax pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro não foi recebida no Supremo Tribunal Federal, conforme determinam a Lei n. 9.800/1999 e a Resolução n. 179/1999. Agravo regimental não conhecido. 4. Medida cautelar referendada para suspender a vigência do § 1º do art. 309, do caput e § 5º do art. 314 e da expressão "e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial", contida na parte final do § 2º do art. 314, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.¹⁷

Seguindo seus postulados e em obediência à legislação e princípios da ordem tributária, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência de lei que garantia percentual para educação especial.

É que diante da evidente inconstitucional da norma que vincular parcela de receita tributária a percentual dirigido a educação especial, fere princípio insculpido no art. 167 da Constituição.

O que evidencia que a efetivação das políticas públicas vem sendo feito pela Corte Constitucional de forma técnica e nos termos da Constituição.

A saúde é direito fundamental que diante do descaso dos administradores públicos conduz a um debate interminável nos Tribunais superiores.

É comum a pífia argumentação acerca da impossibilidade de o Poder Judiciário poder se substituir à competência do Poder Executivo, alegação que é rotineiramente afastada.

Veja:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AUMENTO DE LEITOS
EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA – UTI. INTERVENÇÃO

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4102 MC-REF / RJ. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 26 maio 2010. Tribunal Pleno. Publicação no DJe-179 em 24 set 2010.

JUDICIAL QUE NÃO SE CONFIGURA SUBSTITUTIVA DE PRERROGATIVA DO PODER EXECUTIVO. DETERMINAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.¹⁸

Parte(s)

AGTE.(S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.¹⁹

O argumento trazido a fim de afastar a possibilidade de se realizar o tratamento médico pretendido, referiu-se aos limites orçamentários, o qual, mais uma vez foi rechaçado.

Observou o Ministro que o Poder Público não pode se furtar aos seus encargos constitucionais, salvo em havendo motivo objetivamente mensurável.

Esclareceu, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não vislumbra a configuração de violação aos Princípios da separação dos poderes, ou interferência ilegítima de um poder na esfera de outro quando há omissão da administração pública.

Parte(s)

AGTE.(S): ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 740800 AgR / RS. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo. Relator Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 3 dez 2013. Segunda Turma.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 820910 AgR / CE. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26 ago 2014. Segunda Turma. Publicação no DJe-171 em 4 set 2014.

PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.²⁰

Nestes autos, o eminente Magistrado, reportando-se à decisão anterior, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, considerou os princípios da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”, e numa ponderação de valores, entendeu a possibilidade de o Poder Judiciário, em se tratando de direito à saúde, intervir judicialmente.

O que, não configuraria inovação na ordem jurídica, mas apenas, cumprimento de competência constitucional, de determinar que o administrador que se omite, cumpra a política pública previamente estabelecida.

Parte(s)
 AGTE.(S): UNIÃO
 PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Ementa

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido.²¹

Questão da atualidade, pertinente à defesa do meio ambiente, foi questionada junto ao Supremo Tribunal Federal e outro não foi o entendimento do Ministro Dias Toffoli.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 642536 AgR / AP. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 5 fev 2013. Primeira Turma. Publicação no DJe-038 em 27 fev 2013.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 658171 AgR / DF. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento em 1 abr 2014. Primeira Turma. Publicação no DJe-079 em 28 abr 2014.

Apontou a orientação já firmada por aquela Corte no sentido de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações.

Neste sentido, a autorização de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias, reputados essenciais pela Carta Política, o que não revela violação ao princípio da separação de poderes.

Aduziu não poder a Administração justificar a frustração de direitos previstos na constituição sob fundamento da insuficiência orçamentária.

Partes

RECTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão

O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados.²²

A unanimidade dos Ministros reiterou os fundamentos expendidos pela corte. Desta vez a análise da ministra Rosa Weber ao descumprimento do ente político quanto ao ato administrativo, com o conseqüente comprometimento da eficácia e integridade dos direitos sociais, com arrimo na Constituição da República.

Partes

RECTE.(S): IRENE APARECIDA DE SOUZA

ADV.(A/S): MAURICIO SERGIO CHRISTINO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): MÁRIO DA RESSUREIÇÃO SILVEIRA

ADV.(A/S): DANIELA DE CASTRO ANTUNES E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): DENISE HORTÊNCIA BAREA

ADV.(A/S): ANTONIO CARLOS DE ARAUJO

Decisão

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL E CONSTITUCIONAL. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 845393 / RS. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator Min. Rosa Weber. Julgamento em 7 nov 2014. Publicação no DJe-223 em 13 nov 2014.

JULGADO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.²³

Diversos temas se submeteram à análise dos Ministros.

A questão pertinente ao direito à moradia não passou incólume à apreciação da mais alta corte de justiça do país, que firmou o entendimento de que é dever do estado implementar políticas públicas, viabilizando o acesso à moradia

Neste sentido:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido.²⁴

No primeiro julgamento, pertinente ao tema, reconheceu-se a constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei 8009/90.

Assim, ponderada a existência de artigo que prevê a possibilidade de penhorar casa do fiador, e o que leva à constatação da ausência de atecnia nos julgados acerca do tema.

Importante tal posicionamento uma vez não caracterizar estar o Supremo Tribunal Federal decidindo sem apego aos fundamentos já esposados em julgados anteriores.

Manteve-se fiel a seus postulados, em sintonia com as finalidades das normas já apreciadas pelo Tribunal.

O que dá maior legitimidade às decisões proferidas em relação às políticas públicas. Indicando não estar o Tribunal julgando com casuísmos, mas comprometido em cumprir sua função constitucional.

Demonstra ainda que o julgador está de fato comprometido com a guarda da Constituição, sem abrir mão de sua tradição jurídica..

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 849371 / SP. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 19 nov 2014. Publicação no DJe-234 em 28 nov 2014.

Parte(s)

AGTE.(S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II – Quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravo regimental a que se nega provimento.²⁵

Tema desafiador, em pauta em todos os entes da federação, a segurança pública, também foi objeto de ponderação no Pretório Excelso, tendo o Ministro Ricardo Lewandowski se posicionado a este respeito.

Entendeu o eminente Ministro da possibilidade de o Judiciário determinar a implementação em situações excepcionais de políticas na área de segurança, sem que isso acarrete a violação ao princípio da separação dos poderes.

Tem-se novamente o Poder Judiciário reafirmando seu posicionamento no que tange ao controle das políticas públicas, nos grandes temas que ocupam o debate nacional.

Parte(s)

AGTE.(S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ

Ementa

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 708667 AgR / SP. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento em 28 fev 2012. Primeira Turma. Publicação no DJe-069 em 10 abr 2012.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 768825 AgR / BA. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 12 ago 2014. Segunda Turma. Publicação no DJe-161 em 21 ago 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA. AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO QUE FRUSTA DIREITOS FUNDAMENTAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.10.2007. Emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal a quo manteve a sentença que condenou o Estado a designar um defensor público para prestar serviços de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes da Comarca de Demerval Lobão consoante os arts. 5º, LXXIV, 127, caput, 129, III e IX e 134 da Constituição Federal. No caso de descumprimento da obrigação, fixou multa diária. O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes. Precedentes. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.²⁶

É verdade que o texto constitucional é dirigido a todos.

No entanto a guarda dos direitos das minorias tem especial relevo nos estados que se pretendem democráticos.

A igualdade material albergada no texto constitucional conduz o julgador a determinar maior proteção ao hipossuficiente.

Tratar os desiguais nos exatos limites de suas desigualdades, é prestigiar que todos, sem distinção, tenham disponibilizados os serviços que importarão na busca de seus direitos, mormente quando ingressam no Poder Judiciário.

Neste diapasão, é lícito ao Judiciário determinar à Administração que promova medidas que assegurem os direitos dos que se socorrem ao Poder Judiciário, mas não tem condições financeiras de contratar advogado.

Parte(s)

AGTE.(S): ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Ementa

AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 739151 AgR / PI. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento. Relator Min. Rosa Weber. Julgamento em 27 maio 2014. Primeira Turma. Publicação no DJe-112 em 11 jun 2014.

ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA ‘RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES’ (OU DA ‘LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES’) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.²⁷

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581352 AgR / AM. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 29 out 2013. Segunda Turma.

A partir do acórdão acima verifica-se a preocupação do Supremo Tribunal Federal com os desassistidos, tema que tem sido freqüente em inúmeras decisões.

Neste sentido:

O relator asseverou que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não poderiam ser relevadas ao argumento de que a indenização não teria o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, dependente da definição e da implantação de **políticas públicas** específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Aduziu que, admitida essa assertiva, significaria justificar a perpetuação da desumana situação constatada em presídios como aquele em que cumpre pena o recorrente. A criação de subterfúgios teóricos — como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos — para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem afrontaria não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da CF, como determinaria o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais [Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; Convenção Americana de Direitos Humanos; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas contida na Resolução 1/2008, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinqüentes)]. O descumprimento reiterado dessas cláusulas se transformaria em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não poderia ser tolerado. Enfatizou que a invocação seletiva de razões de Estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não seria compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição. Acolher essas razões seria o mesmo que recusar aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, a descoberto de qualquer proteção estatal, em condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Seria dupla negativa: do direito e da jurisdição. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica dos detentos constituiria inescusável dever estatal. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.²⁸

Uma imensa lista de temas vem sendo enfrentado pelo STF, os quais merecem especial observância, no que tange à políticas públicas:

ECT: imunidade tributária recíproca e IPVA

Publicação no DJe-230 em 22 nov 2013.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580252/MS. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 3 dez 2014.

ACO REPERCUSSÃO GERAL Art. 384 da CLT e recepção pela CF/1988 - 1 O art. 384 da CLT [‘Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho’] foi recepcionado pela CF/1988 e se aplica a todas as mulheres trabalhadoras. Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, desproveu recurso extraordinário em que discutida a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição vigente, à luz do princípio da isonomia, para fins de pagamento, pela empresa empregadora, de indenização referente ao intervalo de 15 minutos, com adicional de 50% previsto em lei. Preliminarmente, o Colegiado, por decisão majoritária, rejeitou questão de ordem, suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de não haver quórum para julgamento, tendo em conta se tratar de conflito de norma com a Constituição, e a sessão contar com menos de oito integrantes. No ponto, o Ministro Celso de Mello frisou que não se cuidaria de juízo de constitucionalidade, mas de discussão em torno de direito pré-constitucional. Assim, o juízo da Corte seria positivo ou negativo de recepção. Vencido o suscitante. No mérito, o Colegiado ressaltou que a cláusula geral da igualdade teria sido expressa em todas as Constituições brasileiras, desde 1824. Entretanto, somente com a CF/1934 teria sido destacado, pela primeira vez, o tratamento igualitário entre homens e mulheres. Ocorre que a essa realidade jurídica não teria garantido a plena igualdade entre os sexos no mundo dos fatos. Por isso, a CF/1988 teria explicitado, em três mandamentos, a garantia da igualdade. Assim: a) fixara a cláusula geral de igualdade, ao prescrever que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; b) estabeleceria cláusula específica de igualdade de gênero, ao declarar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; e c) excepcionara a possibilidade de tratamento diferenciado, que seria dado nos termos constitucionais. Por sua vez, as situações expressas de tratamento desigual teriam sido dispostas formalmente na própria Constituição, a exemplo dos artigos 7º, XX; e 40, § 1º, III, a e b. Desse modo, a Constituição se utilizara de alguns critérios para o tratamento diferenciado. Em primeiro lugar, considerara a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impusera ao Estado a obrigação de implantar **políticas públicas**, administrativas e legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho. Além disso, o texto constitucional reputara existir componente biológico a justificar o tratamento diferenciado, tendo em vista a menor resistência física da mulher. Ademais, levava em conta a existência de componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho. No caso, o dispositivo legal em comento não retrataria mecanismo de compensação histórica por discriminações socioculturais, mas levava em conta os outros dois critérios (componentes biológico e social). O Plenário assinalou que esses parâmetros constitucionais legitimariam tratamento diferenciado, desde que a norma instituidora ampliasse direitos fundamentais das mulheres e atendessem ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças.²⁹

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658312/SC. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em 27 nov 2014.

São imunes à incidência do IPVA os veículos automotores pertencentes à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (CF, art. 150, VI, a). Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, julgou procedente pleito formulado em ação cível originária na qual a referida empresa pública buscava o afastamento da exigibilidade do IPVA cobrado por Estado-membro, bem como das sanções decorrentes do não pagamento do tributo, tendo em conta o alegado desempenho de atividades típicas de serviço público obrigatório e exclusivo. A Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de ser aplicável a imunidade tributária recíproca em favor da ECT, inclusive em relação ao IPVA, reiterado o quanto decidido no RE 601.392/PR (DJe de 5.6.2013), na ACO 819 AgR/SE (DJe de 5.12.2011) e na ACO 803 AgR/SP (acórdão pendente de publicação). Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que julgava improcedente o pedido. Destacava que só se poderia cogitar de imunidade recíproca quando houvesse possibilidade jurídica de ser, a um só tempo, sujeito passivo e sujeito ativo tributário, o que não ocorreria com as pessoas jurídicas de direito privado, como a ECT.³⁰

INFORMATIVO Nº 726

Entes públicos e acessibilidade

PROCESSO RE - 627543

É dever do Estado-membro remover toda e qualquer barreira física, bem como proceder a reformas e adaptações necessárias, de modo a permitir o acesso de pessoas com restrição locomotora à escola pública. Com base nessa orientação, a 1ª Turma deu provimento a recurso extraordinário em que discutido: a) se o ato de se determinar à Administração Pública a realização de obras significaria olvidar o princípio da separação dos Poderes, porquanto se trataria de ato discricionário; b) se necessário o exame de disponibilidade orçamentária do ente estatal. Consignou-se que a Constituição (artigos 227, § 2º, e 244), a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei 7.853/1989; e as Leis paulistas 5.500/1986 e 9.086/1995 asseguram o direito das pessoas com deficiência ao acesso a prédios públicos. Frisou-se o dever de a Administração adotar providências que viabilizassem essa acessibilidade. Pontuou-se presente o controle jurisdicional de políticas públicas. Asseverou-se a existência de todos os requisitos a viabilizar a incursão judicial nesse campo, a saber: a natureza constitucional da política pública reclamada; a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; a prova de que haveria omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para esse comportamento. Destacou-se a promulgação, por meio do Decreto 6.949/2009, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporado ao cenário normativo brasileiro segundo o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição. Ressalvou-se o disposto no artigo 9º do mencionado decreto [1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso,

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 879/PB. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso. Julgamento em 26 nov 2014.

em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho’].³¹

INFORMATIVO Nº 686

Amianto e competência legislativa concorrente

PROCESSO

ADI - 3357

Ponderou acerca dos impactos econômicos e sociais da proibição do amianto e os classificou como relevantes. Arrematou que a vedação de certos produtos pela via judicial implicaria dizer que a sociedade, por seus representantes, seria incapaz de analisar os riscos e benefícios de determinada atividade. Considerou que, em questões a envolver política pública de alta complexidade e com elevada repercussão social, a Corte deveria adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores. Não haveria excepcionalidade a justificar a atuação do STF, que teria conhecimento limitado acerca dos efeitos e das políticas públicas a envolver o uso controlado do amianto, bem como das consequências práticas de eventual decisão pelo banimento, a exigir o predicado da autocontenção. Aquilatou que nem mesmo os órgãos da União seriam uníssomos quanto à continuidade da exploração de amianto no Brasil. Concluiu pela constitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, bem como pela inconstitucionalidade da legislação estadual, esta por inadequação ao art. 24, V, VI, XII, e § 3º, da CF. Por fim, deliberou-se suspender o julgamento.³²

INFORMATIVO Nº 663

Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas

PROCESSO

ADPF - 186

Assentou que as políticas públicas implementadas pelas universidades em nada violariam o princípio da reserva legal. Elas não surgiriam de vácuo, mas teriam fulcro na Constituição, na legislação federal e em atos administrativos (atos normativos e secundários). Nesse sentido, citou normas criadas com essa finalidade: a) a Lei 9.394/96, que estabelece Diretrizes e Bases para a Educação; b) a Lei 10.172/2001, que aprova o Plano Nacional de Educação, a qual teria disposto que o ensino superior deveria criar políticas que facilitassem às minorias vítimas de discriminação o acesso à educação superior por meio de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior; c) a

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 440028/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 29 out 2013.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3357/RS. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 31 out 2012 e ADI 3937/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 31 out 2012.

Lei 10.558/2002, que estatui o Programa de Diversidade na Universidade, ao definir como objetivo implementar e avaliar estratégias para promoção do acesso ao ensino superior; d) a Lei 10.678/2003, que cria a Secretaria Especial de **Políticas** de Promoção de Igualdade Racial; e) a Lei 12.288/2010, que institui o Ordenamento da Igualdade Racial, ao estipular que, no âmbito do direito à educação, a população afrodescendente deverá receber do Poder Público programas de ação afirmativa; e f) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada no ordenamento pátrio pelo Decreto 65.810/69. Por fim, relembrou orientação da Corte no sentido de que o STF não defenderia essa ou aquela raça, mas a raça humana.³³

INFORMATIVO Nº 657

Parecer prévio por comissão mista e tramitação de novas medidas provisórias

PROCESSO

ADI - 4029

No que atine à não emissão de parecer pela comissão mista, ressaltou-se que seria temerário admitir que as leis derivadas de conversão de medida provisória em desrespeito ao disposto no art. 62, § 9º, da CF fossem expurgadas, com efeitos retroativos, do ordenamento jurídico. Em consequência, declarou-se a inconstitucionalidade da Lei 11.516/2007, sem pronúncia de nulidade, pelo prazo de 24 meses, a fim de garantir a continuidade da autarquia. Quanto à inconstitucionalidade material, o Min. Luiz Fux rechaçou a assertiva de que a criação do ICMBio enfraqueceria a proteção ao meio ambiente. Concluiu que não caberia a esta Corte discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor de conhecimento necessário para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser a sede idealizada pela Constituição para o debate em torno do assunto. Em suma, ao levar em consideração os fundamentos expostos, o Colegiado, por maioria, na assentada de 7.3.2012, julgou parcialmente procedente o pedido requerido na ação direta, com modulação da eficácia, contra os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, que o reputava improcedente, e Marco Aurélio, que o acolhia na íntegra.³⁴

INFORMATIVO Nº 657

Lei Maria da Penha (Transcrições)

PROCESSO

RMS - 23111

Lei Maria da Penha (Transcrições) (v. Informativo 654) ADI 4424/DF* e ADC 19/DF* Relator: Min. Marco Aurélio VOTO DO MIN. LUIZ FUX Senhor Presidente, Vivemos a era da dignidade. O Direito, que outrora bradava pela sua independência em relação a outras ciências sociais, hoje torna arrependido ao seu lar: o Direito reside na moral. Há, entre esses dois conceitos, uma conexão não apenas contingente, mas necessária. Vivemos a era neokantiana. Ainda no

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 25 e 26 abr 2012.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4029/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 7 e 8 mar 2012.

Século XVIII, Immanuel Kant nos ensinava que, independente de nossas crenças religiosas, é uma exigência da racionalidade reconhecer que o ser humano não tem preço, tem dignidade, e que não é possível fazer dele meio para a consecução do que quer que seja. É a sobrepujança do ser sobre o ter. A cada dia essa lição, cravada no art. 1º, III, da Carta de outubro, nos revela novas nuances, em um aprendizado perene. A tendência expansiva do sobreprincípio constitucional da dignidade humana resta bastante clara na doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, que dele extrai os princípios da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade (O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119). Analisando a filosofia Kantiana, Michael Sandel, professor de Harvard, ensina que alguns preceitos básicos de justiça, como a igualdade, se utilizados indiscriminadamente, podem conduzir à barbárie e à ruína da dignidade humana. Nas suas palavras: “a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade” (SANDEL, Michael. Justiça: O que é fazer a coisa certa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 135-136). A Lei Maria da Penha reflete, na realidade brasileira, um panorama moderno de igualdade material, sob a ótica neoconstitucionalista que inspirou a Carta de Outubro de 1988 teórica, ideológica e metodologicamente. A desigualdade que o diploma legal visa a combater foi muito bem demonstrada na exposição de motivos elaborada pela Secretaria de Proteção à Mulher: Ao longo dos últimos anos, a visibilidade da violência doméstica vem ultrapassando o espaço privado e adquirindo dimensões públicas. Pesquisa da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar - PNAD do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas. Para enfrentar esse problema, que aflige o núcleo básico da nossa sociedade – a família – e se alastra para todo o corpo comunitário por força dos seus efeitos psicológicos nefastos, é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal. A adoção das ações afirmativas é o resultado de uma releitura do conceito de igualdade que se desenvolveu desde tempos remotos. Na clássica obra Aristotélica ‘A Política’, o filósofo já ponderava que ‘A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção.’ A nossa Carta Magna herdou da experiência norte americana a expressa consagração da igualdade, que, a bem de ver, é mesmo um princípio da razão prática. A Virginia Bill of Rights de 1776 foi o primeiro diploma constitucional a homenagear esse preceito, no seu artigo 4º,

posteriormente repetido na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, logo no primeiro artigo. Era, porém, uma concepção liberal da igualdade, simplesmente formal, ignorando a diferença de condições sociais entre os sujeitos igualados. A partir do Estado Social de Direito, cujo marco é o conhecido welfare state, percebeu-se que a atitude negativa dos poderes públicos era insuficiente para promover, de fato, a igualdade entre as pessoas. Exige-se uma atitude positiva, através de políticas públicas e da edição de normas que assegurem igualdade de oportunidades e de resultados na divisão social dos bens escassos. Na lição de Canotilho, não há igualdade no não direito (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 7 ed., 2003. p. 427). Esse senso de discriminação positiva foi analisado com maestria pelo Min. Joaquim Barbosa em sede doutrinária, verbis: “Em Direito Comparado, conhecem-se essencialmente dois tipos de políticas públicas destinadas a combater a discriminação e aos seus efeitos. Trata-se, primeiramente de políticas governamentais de feição clássica, usualmente traduzidas em normas constitucionais e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório da discriminação. Em segundo lugar, de normas que ao invés de se limitarem a proibir o tratamento discriminatório, combatem-no através de medidas de promoção, de afirmação ou de restauração, cujos efeitos exemplar e pedagógico findam por institucionalizar e por tornar trivial, na sociedade, o sentimento e a compreensão acerca da necessidade e da utilidade da implementação efetiva do princípio universal da igualdade entre os seres humanos.” (BARBOSA GOMES, Joaquim B. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade – o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49) Sendo estreme de dúvidas a legitimidade constitucional das políticas de ações afirmativas, cumpre estabelecer que estas se desenvolvem também por medidas de caráter criminal. Uma abordagem pós-positivista da nossa Carta Magna infere dos direitos fundamentais nela previstos deveres de proteção (Schutzpflichten) impostos ao Estado. Como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores agasalhados na Lei Maior. Ingo Sarlet, em estudo sobre a proteção deficiente no Direito Penal, empreendeu a seguinte análise: “cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo) , como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a

criminalidade num mundo em constante transformação. A partir destes exemplos e das alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção (...). Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3, 2003. p. 86 e segs.) Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (Untermassverbot). Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Por óbvio, todo discrimen positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para a promoção da igualdade de fato. Isso porque somente é possível tratar desigualmente os desiguais na exata medida dessa desigualdade. Essa exigência de razoabilidade para a edição de ações afirmativas foi muito bem analisada por Canotilho: “(...) o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 7 ed.,

2003. p. 428) Bem por isso, o afastamento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha seria uma atividade essencialmente valorativa, acerca da razoabilidade dos fundamentos que lhe subjazem e da capacidade de seus institutos para colimar os fins a que se destina. É que, no campo do princípio da igualdade, qualquer interpretação da medida escolhida pelo Parlamento pressupõe seja feito um juízo de valor. No entanto, salvo em casos teratológicos, a decisão do legislador deve ser prestigiada. Se não é factível defender que jamais será possível a intervenção do Judiciário nessa matéria, nem por isso se pode postular um excessivo estreitamento das vias democráticas. Aqui se impõe uma postura de autocontenção do Judiciário (judicial self-restraint), na feliz expressão de Cass Sunstein (One Case At A Time. Judicial Minimalism On The Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press. 1999), sob pena de indevida incursão na atividade legislativa. Nesse ponto, é essencial invocar as ponderações de Robert Alexy, quando enfrentou idêntico problema no ordenamento alemão: “Saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder. Para tanto são exigíveis outras considerações, também elas valorativas. E é exatamente a esse ponto que são direcionadas as críticas fundamentais acerca da vinculação do legislador ao enunciado geral da igualdade. Essas críticas sugerem que uma tal vinculação faria com que o Tribunal Constitucional Federal pudesse impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador, o que implicaria um ‘deslocamento de competências sistemicamente inconstitucional em favor do Judiciário e às custas do legislador’. Essa objeção, que, no fundo, sugere que o Tribunal Constitucional Federal se transformaria em uma corte de justiça com competências ilimitadas que decidiria sobre questões de justiça, pode, no entanto, ser refutada. (...) Se há casos nos quais estejam presentes razões suficientes para a admissibilidade mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, então, há também casos nos quais o enunciado geral da igualdade não exige nem um tratamento igual, nem um tratamento desigual, mas permite tanto um quanto o outro. Isso significa que ao legislador é conferida uma discricionariedade. (...) Nesse sentido, não se pode argumentar que a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade faz com que ao Tribunal Constitucional Federal seja conferida uma competência para substituir livremente as valorações do legislador pelas suas próprias. É possível apenas argumentar que o enunciado geral de liberdade confere ao tribunal determinadas competências para definir os limites das competências do legislador.” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411-413) Por isso, Senhor Presidente, não é possível sustentar, in casu, que o legislador escolheu errado ou que não adotou a melhor política para combater a endêmica situação de maus tratos domésticos contra a mulher. Vale lembrar que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher. Inúmeros outros compromissos internacionais foram assumidos pelo Estado brasileiro nesse sentido, a saber, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV

Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros. Justifica-se, portanto, o preceito do art. 41 da Lei nº 11.343/06, afastando-se todas as disposições da Lei nº 9.099/95 do âmbito dos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Ao suposto ofensor, não serão conferidos os institutos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos. Do mesmo modo, os delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da ofendida, processando-se mediante ação penal pública incondicionada. O condicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade humana feminina. Tenha-se em mente que a Carta Magna dirige a atuação do legislador na matéria, por incidência do art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) e do art. 226, § 8º (“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”). No que atine à competência prevista no art. 33, a Lei Maria da Penha também não merece reparos. Uma adequada proteção da mulher demanda uma completa análise do caso, tanto sob a perspectiva cível quanto criminal. Desse modo, é essencial que o mesmo juízo possua competências cíveis e penais, sem que se possa nisso vislumbrar ofensa à competência dos Estados para dispor sobre a organização judiciária local (art. 125, § 1º c/c art. 96, II, d, CRFB). Ex positis, voto pela total procedência da ADI nº 4.424 e da ADC nº 19, nos termos pleiteados pelos proponentes. * acórdãos pendentes de publicação INOVAÇÕES LEGISLATIVAS 5 a 9 de março de 2012 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) Poder Judiciário - Cargo efetivo - Quadro de pessoal - Redistribuição Resolução nº 146/CNJ, de 6 de março de 2012 – Dispõe sobre o instituto da redistribuição de cargos efetivos dos quadros de pessoal dos órgãos do Poder Judiciário da União. Publicada no DJE/CNJ, n. 39, p. 2-3 em 8/3/2012. Poder Judiciário - Precatório - Gestão Resolução nº 145/CNJ, de 2 de março de 2012 – Acrescenta e altera dispositivos da Resolução nº 115 do CNJ, que dispõe sobre a Gestão de Precatórios no âmbito do Poder Judiciário. Publicada no DJE/CNJ, n. 36, p. 2 em 5/3/2012. Tribunal Regional do Trabalho (TRT) - Diretor - Indicação - Secretaria - Vara do trabalho - Juiz titular Resolução nº 147/CNJ, de 7 de março de 2012 – Determinar aos Tribunais Regionais do Trabalho que a indicação do diretor de secretaria das Varas do Trabalho, na forma do art. 710 da Consolidação das Leis do Trabalho, compete, de forma discricionária, ao juiz titular, preferencialmente entre bacharéis em Direito, salvo impossibilidade de atender ao requisito.³⁵

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo RMS – 23111. Publicado no DJE/CNJ, n. 39, p. 3-4 em 8 mar 2012.

Não se pode olvidar que do momento que não há o atendimento ao núcleo essencial dos direitos daqueles que compõe a maioria da população, o próprio conceito de democracia se vê ameaçado.

Assim, deve o Poder Judiciário continuar em seu papel de guardião dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

5 REPERCUSSÃO GERAL: TEMA 698

A emenda constitucional n. 45/2004 consagrou no art. 102, § 3º da Constituição da República, o instituto da repercussão geral, segundo o qual no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrá-la nas questões constitucionais discutidas nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O recurso extraordinário, a partir da Lei 11.418, que definiu a disciplina processual do novo instituto, passou a sofrer o crivo da admissibilidade referente ao novo instituto.

Assim, em havendo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais que se relacionem a idênticas questões jurisprudenciais, deverá o órgão a quo selecionar os recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao tribunal superior, sobrestando os demais até final julgamento dos recursos selecionados.

Uma vez sobrestado, o § 2º do art.543-B do Código de Ritos estabelece que, decidindo o Supremo Tribunal Federal no sentido da inexistência de repercussão geral, os recursos cuja tramitação ficou suspensa, considerar-se-ão não admitidos,

De se ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal tem caráter vinculante Caso, conheça do recurso e o julgue no mérito, o órgão a quo poderá retratar-se em consonância ao decidido pelo STF, o que excepciona a regra do artigo 463 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 463 - Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da arte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração.³⁶

Hipótese em que o recurso extraordinário sobrestado, restará prejudicado.

Poderá manter a decisão tal como proferida, hipótese em que o recurso extraordinário deverá ser encaminhado ao STF, que ordenará por sua cassação ou reforma liminar do acórdão contrário à orientação firmada.

Poderá ainda revisar a tese anteriormente firmada, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 684612 discutirá os limites em decisões judiciais sobre políticas de saúde.

Trata-se de recurso interposto pelo Município do Rio de Janeiro em face do Ministério Público estadual, que em sede de ação civil pública, pediu que a municipalidade se obrigasse a tomar providências administrativas para o funcionamento de hospital municipal.

Os ministros por deliberação no Plenário Virtual consideraram que a matéria ultrapassa os interesses das partes e reconheceram a existência da repercussão geral e irão discutir os limites de atuação do Poder Judiciário para determinar as obrigações de fazer do Estado, consistente na realização na execução de obras que atendam ao direito social da saúde, dentre outras questões.

A alegação ministerial é que é da competência do Estado promover ações que promovam o acesso do cidadão à saúde.

Assim, foi ajuizada ação civil pública a partir de relatório do Conselho Regional de Medicina do estado (CREMERJ) sobre as condições estruturais e de atendimento no Hospital Municipal Salgado Filho.

Formulou-se na ação, pedido de realização de concurso para contratação de médicos e correção das irregularidades expostas no relatório da autarquia.

Em primeira instância, foi julgado improcedente o pedido, decisão reformado pelo Tribunal *ad quem*.

No recurso extraordinário, o Município sustentou a impossibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir nas ações do Poder Executivo, no que tange ao cumprimento do direito fundamental à saúde.

Pela relatora do recurso, Ministra Carmem Lúcia, foi dito:

a discussão sobre os limites do princípio da independência entre Poderes, quanto à adoção de providências relativas a políticas públicas para implementação de direitos e garantias previstos na Constituição da República, tem sido submetida, de forma reiterada, à análise deste Supremo Tribunal Federal.³⁷

Reconheceu, assim a transcendência da questão. A seguir descrição do tema 698:

³⁶ BRASIL. **Lei n 5.869, de 11 jan 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 20 dez 2014.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 684612 RJ. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 16 out 2014. Publicação no DJe-213 em 30 out 2014.

Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização e concursos públicos, contratação de servidores e execução e obras que atendam o direito social de saúde ao que a Constituição da República garante especial proteção. Acaso o julgamento deste RE reafirme a orientação atual do Supremo Tribunal Federal, evidenciar-se-á a possibilidade de o Poder Judiciário adotar providências a fim de efetivar políticas públicas, desde que de forma excepcional, para observância de direitos e garantias fundamentais.

É que inúmeras vezes este Tribunal já se posicionou em casos análogos por esta possibilidade.

Recentemente, por exemplo, o Min. Barroso entendeu a possibilidade da implementação de políticas públicas em caráter emergencial, diante de inércia da Administração, como meio de assegurar direitos fundamentais.

Destacou o culto e douto ministro, com a propriedade que lhe é peculiar, que não se está defendendo a interferência entre os poderes, mas garantir proteção do direito fundamental à educação.

Destacou o entendimento das duas Turmas daquele Tribunal quanto a esta possibilidade, destacando o caráter excepcional e os inúmeros precedentes.

Trouxe à baila a premissa que, de fato, a competência primária é dos Poderes Legislativos e Executivo, em formular e executar política públicas.

Mas em havendo inadimplemento por estes, a ponto de comprometer a efetividade dos direitos fundamentais, possível a interferência. Menciona ainda o *leading case*.³⁸

Salientou, por fim, que a interpretação judicial tem forte cunho prático para os que operam com o direito.

Contudo, a importância de tais mecanismos, teria sua importância redobrada com a adoção das vinculações jurisprudenciais obrigatória, como praticada em outros países com vista a redução do tempo de processamento das ações. Tudo para garantir a segurança jurídica do jurisdicionado.

Neste sentido, tudo o que for manejado a fim de que se busque uma prática mais consistente, terá valor ao direito.

Registre-se que no direito administrativo-constitucional a interpretação de maior alcance é a que prestigia os direitos fundamentais; a que orienta o aplicador

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segurança (RE 628.159-AgR, Rel.^a Min.^a Rosa Weber; RE 367.432-AgR, Rel. Min. Eros à saúde (ARE 740.800-AgR, Rel.^a Min.^a Carmén Lúcia; RE 581.352-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; RE 642.536-AgR, Rel. Min. Luiz Fux), ao meio ambiente equilibrado (RE 658.171-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 563.144-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes), à assistência jurídica gratuita aos necessitados (AI 739.151, Rel.^a Min.^a Rosa Weber; AI 598.212-ED e RE 763.667-AgR, ambos Rel. Min. Celso de Mello), entre outros.

para a satisfação do interesse da coletividade, mormente aqueles que só tem no Poder Público a via para exercer seus direitos de cidadão.

6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 consagrou-se como o texto voltado ao primado da pessoa humana e de seus direitos fundamentais.

Diante disto, tem o Estado brasileiro o dever de executar todas as suas funções, buscando todos os interesses postos a seu encargo, sobretudo os relacionados ao atendimento de seu elemento humano.

Assim, priorizado este tópico passam-se aos demais e não como se tem comumente visto. O privado tem prevalecido sobre o público.

Tem esquecido o administrador público de princípio basilar nas relações públicas, o da boa administração.

Há de se fazer a melhor gestão possível, não por favor social, mas por obediência ao texto da Constituição. Por isso, representa direito do administrado, consentâneo ao exercício da cidadania.

O controle recíproco entre os Poderes permite aos estados democráticos, como o brasileiro, a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, desde que de forma excepcional e em observância aos ditames constitucionais.

Faz-se necessário um diálogo constante entre os Poderes, a fim de que com esta fiscalização recíproca realizem-se os planejamentos elaborados, tudo em prol do bem comum.

A efetivação dos direitos fundamentais, a toda evidência, deve ser prioridade absoluta dos entes estatais, cujas competências encontram-se traçadas no texto da Constituição.

Há que se avaliar fatores importantes ínsitos à Administração Pública, sempre de mãos dadas aos fins da República, destacados no rol do artigo 3º da Carta Política.

Outrora, em que padeciam de baixa normatividade, os direitos sociais, por não possuírem para sua realização, garantias ministradas pelos instrumentos processuais e proteção, hoje, verifica-se o manejo de alguns mecanismos exitosos, consoante inovação processual, em que autoriza a utilização de meios eficazes a fim de efetivar a tutela solicitada.

Como exemplo de grande importância, tem-se a determinação de apreensão de verba pública, a fim de garantir a tutela solicitada ao Estado.

O que trouxe máxima efetividade em situações em que a urgência aliada à absoluta inércia do administrador possibilitou ao atendimento dos que padeciam diante de seus percalços.

Este trabalho se propôs a apresentar como tem sido feito o controle de políticas públicas a partir da análise de decisões do mais importante tribunal pátrio.

Buscou-se apontar a íntima ligação entre tais políticas e a fundamentalidade dos direitos envolvidos.

Alguns autores e magistrados, anacronicamente, rejeitam a obrigação de o Estado prover aos que necessitam no âmbito médico, educacional, habitacional, entre outros.

Prendem-se a conceituações estanques sem a adequada contextualização às hipóteses que são apresentadas no cotidiano forense. Realidades dramáticas que não podem passar sem uma resposta do Poder que preconiza a pacificação social.

Esquecem-se, portanto, de que a negação de qualquer tipo de obrigação com espeque nos direitos fundamentais importa em renúncia em reconhecê-los como direito, o que a toda evidência é inaceitável, após toda a evolução do reconhecimento dos direitos e garantias através da história.

Felizmente, o grupo dos que consideram os princípios e normas de direitos sociais como fonte de direitos e obrigações, dividem o entendimento de que a intervenção do Judiciário é absolutamente pertinente em caso de omissões governamentais e hoje representa um grupo com atuação significativa, revelando-se capaz de compreender e resolver adequadamente esses conflitos.

O controle judicial no nosso país a partir da decisão do Ministro Celso de Mello no RE 410715 indicou o caminho a ser trilhado pelos Tribunais a fim de se obter a efetiva implementação das políticas públicas, sempre de forma subsidiária.

Não se pode desconsiderar a forte visão político-social abordada pelo ministro Celso de Mello quando das considerações em decisão que não teve o mérito analisado em razão da prejudicialidade que se impôs.

Mas por ter um imenso perfil humanístico, não renunciou o Ministro em realizar profunda abordagem a respeito do tema.

Dito isto, de se afirmar a importância da formação do magistrado, o que tem sido feito nos cursos de direito em que incluiu em seu programa, matérias como filosofia, sociologia.

É que pensar o direito é tão importante quando aplicá-lo.

No entanto, não só a formação dos magistrados levará à garantia da efetivação das políticas públicas.

Como visto, por emanar do Estado a elaboração dessas políticas é preciso que este cidadão que legitima seu representante, tenha consciência de sua importância.

Para tanto, outro caminho não haverá, se não o da educação formal de qualidade.

Parece retórico, mas não é. Só a educação fará com que as pessoas tenham lucidez em suas escolhas, com base em propostas sérias e concretas e não considerando apenas favores sociais.

No que tange ao que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal neste âmbito, revelou-se absolutamente lícita a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas em obediência à excepcionalidade, bem como a inércia do administrador ao inobservar competência que lhe é atribuída pelo texto constitucional.

Na verdade a se entender pela impossibilidade de tal intervenção, reconhecia-se a não prestação jurisdicional, em afronta a princípio tutelado pelo artigo 5, XXXV da Constituição da República:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O julgamento do Tema 698 em sede de repercussão geral contribuirá para que esta posição do Supremo Tribunal Federal torne-se mais sólida. É que vinculará os magistrados a segui-la. Em que pese a necessária observação pelo julgador do caso concreto que se lhe apresentará..

Aliás, historicamente, viu-se que não só os Tribunais, como os próprios mecanismos legais criados pelo legislador têm contribuído para que haja a efetivação de políticas públicas.

Haja vista as possibilidades processuais trazidas pelas inovações albergadas pelo artigo 461 da lei processual em que o juiz pode se utilizar de mecanismos hábeis a satisfazer a tutela específica da obrigação.

No entanto, não se pode ter a ingenuidade de atribuir ao Judiciário a tarefa de solucionar todas as mazelas da sociedade.

Sabe-se que somente a educação pública, de qualidade e para todos terá o condão de estabelecer a melhor avaliação nas escolhas dos cidadãos.

Os institutos de pesquisa apontam aumento no índice no número de crianças matriculadas. Mas esses mesmos institutos afirmam não serem homogêneos esse crescimento.

Há mais crianças nas escolas na faixa entre 7 e 14 anos e na faixa etária que compreende o ensino médio, esse índice cai, a revelar uma gama imensa de jovens sem freqüentar os bancos escolares.

Aliado ao fato de que estar matriculado não representa ter educação de qualidade, o que demonstra o quadro ruim no ensino do Brasil.

Mas, é preciso se ter esperança e buscar sempre o melhor de si e do outro, sob diversas perspectivas.

Com os pés no chão e por que não dizer, cabeças nas estrelas, diante de um país de extrema desigualdade.

Nesta esteira, oportuna a ponderação da doutora, Ana Paula de Barcellos:

a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.³⁹

Desta feita, deve-se exigir, de forma veemente, que o alvo prioritário dos gastos públicos atenda ao mínimo existencial.

E isto, considerando uma obediência ao mandamento constitucional e não como uma eventual benesse que escamoteia muitas vezes uma política excludente.

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 245-246.

7 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo; Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Roma Vitor, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2007.