

JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS
PÚBLICAS
VELHOS
PROBLEMAS,
NOVOS DESAFIOS

THIAGO PENIDO MARTINS

RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES

RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR

[ORGS.]

JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS
PÚBLICAS

VELHOS
PROBLEMAS,
NOVOS DESAFIOS

JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS
PÚBLICAS

THIAGO PENIDO MARTINS
RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES
RODOLPHO BARREIRO SAMPAIO JÚNIOR
[ORGS.]

VELHOS
PROBLEMAS,
NOVOS DESAFIOS

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Tales Leon de Marco

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Judicialização das políticas Públicas: Velhos problemas novos desafios; MARTINS, Thiago Penido; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; JÚNIOR, Rodolpho Barreiro Sampaio. [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-789-8

1. Direito 2. Direito Civil. 3. Direito Público I. Título.

CDU347

CDD342.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

**1. POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIALIZAÇÃO:
LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONTROLE**.....11

Alex Matoso Silva

**2. INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES
FORTUNAS: COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA FACULTATIVA
OU EXIGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL?**.....23

Dalmo Vieira Pedrosa

**3. AÇÃO POPULAR: INSTRUMENTO DE CONTROLE E
PARTICIPAÇÃO**.....39

Stella de Oliveira Saraiva

**4. DEMOCRACIA E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A JUDICIALIZAÇÃO
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**.....61

Karoliny de Cássia Faria

**5. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: O
NEOCONSTITUCIONALISMO**.....77

Silvana Rezende Maia

**6. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A
NECESSIDADE DE SUA REVISITAÇÃO..... 97**

Patrick Juliano Casagrande Trindade

**7. AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE E
REFLEXÃO ACERCA DA SUA EFETIVIDADE NA TUTELA
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 115**

Ana Carla Rodrigues da Silva

**8. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL 133**

Dalvaney Aparecida de Araújo

Thiago Penido Martins

**9. DIREITOS FUNDAMENTAIS,
NEOCONSTITUCIONALISMO E CONTROLE
JURISDICCIONAL DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS NO BRASIL..... 159**

Renato Augusto dos Santos

**10. O MOVIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO
(CONTEMPORÂNEO) E SUAS PRINCIPAIS
CARACTERÍSTICAS E CRÍTICAS..... 181**

Bernardo Gonçalves Fernandes

**11. JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO
AO ENSINO SUPERIOR..... 193**

Alberto Magalhães de Oliveira

Leidiane Martins de Moura Oliveira

**12. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO
BRASIL E ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS: A
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM JUÍZO NA
TUTELA DO REGIME DEMOCRÁTICO E DOS DIREITOS
SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS.....213**

Paulo Adyr Dias do Amaral

Raphael Silva Rodrigues

AUTORES.....231

APRESENTAÇÃO

A Judicialização das Políticas Públicas constitui uma das temáticas mais relevantes da atualidade, exigindo daqueles que se dedicam ao estudo do Direito uma análise aprofundada sobre os limites da intervenção dos órgãos jurisdicionais na elaboração e consecução das políticas públicas, em especial, a partir de uma releitura crítica de temas como eficácia dos direitos sociais, separação dos poderes, reserva do possível, mínimo existencial, neoconstitucionalismo, jurisdição e hermenêutica constitucional, ativismo e controle jurisdicional.

A presente obra, nessa esteira, é fruto da reunião de trabalhos acadêmicos produzidos pelos alunos e professores dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna, da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e da Faculdade Milton Campos, cujas temáticas analisadas pretendem contribuir para o debate e aprofundamento teórico acerca da Judicialização das Políticas Públicas em seus diversos matizes.

O compromisso dos Professores organizadores dessa obra foi o de incentivar e orientar a produção dos trabalhos acadêmicos que a compõem, buscando manter a coesão entre as temáticas propostas, contribuindo para a compreensão e superação dos desafios inerentes à Judicialização das Políticas Públicas no ordenamento jurídico direito brasileiro, principalmente diante da contumaz inércia e ineficiência das funções legislativa e executiva na consecução de suas competências constitucionais, em especial, em matéria implementação de políticas públicas.

Apresento, com muito orgulho e entusiasmo, o livro **Judicialização das Políticas Públicas: velhos problemas, novos desafios**, o qual reúne estudos produzidos por dedicados professores e alunos, que impulsionados pela necessidade de contribuir com os debates e estudos existentes, compartilharam seus conhecimentos, sempre em busca de proposições que tenham por desiderato promover a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira, principalmente, os direitos sociais.

Thiago Penido Martins
Professor de Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade de Itaúna

POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIALIZAÇÃO

ALEX
MATOSO
LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL
DE CONTROLE SILVA¹

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, quando se imaginou o convívio do homem em sociedade, fez-se necessário o sacrifício de parcela de direitos individuais em benefício da coletividade.

Empiricamente, possível imaginar que a primeira atuação coletiva com viés de atividade estatal se deu com relação à segurança pública. Assim, se reconhece da ideia de que a um ou a alguns dos indivíduos daquelas arcaicas comunidades (pequenos agrupamentos humanos) incumbia o dever de sentinela – de vigia – contra as ameaças externas.

O desempenho da função de sentinela livraria o encarregado de participar das demais atividades destinadas à sobrevivência do grupo (caça e pesca, por exemplo), conquanto lhe fosse conferido o direito de se beneficiar delas (receber dos demais conviventes alimentos de que necessitasse).

Esse incipiente modelo de “Estado Social” se agiganta e outras necessidades comunitárias se incorporam à providência estatal, como a saúde, educação, transporte, cujos custos são suportados por todos mediante o pagamento de tributos.

À medida que se acresce ao Estado a responsabilidade por acudir outras necessidades sociais e se eleva a quantidade de cidadãos beneficiários, ocorrem omissões, sejam motivadas pela escassez de

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Público, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

recursos, sejam oriundas de desvios administrativos na formulação e execução das políticas públicas.

Em tempos atuais, em que se considera o Estado estruturado na tripartição das funções essenciais de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário), também Estado Democrático de Direito², ao cidadão lesado por uma omissão no atendimento de políticas públicas resta socorrer-se do Judiciário, ensejando a judicialização das políticas públicas, que, segundo BARROSO:

(...) significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decidida, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (2011, p.32)

Essa “transferência de poder”, para alguns, configura nociva ingerência na condução orçamentária. Confirma-se, assim, a advertência de HESS:

Um caso emblemático tem sido o de entrega de medicamentos, leitos em hospitais públicos e tratamento de saúde por meio de ações individuais e coletivas. O Judiciário intervém, nem sempre de forma adequada, em políticas públicas de saúde, pois há mais “rompimento ou quebra” da previsibilidade do orçamento destinado aos programas de saúde, privilegiando parcela da população em detrimento de outra, pelo viés do “acesso à Justiça”, em ações gratuitas. (2011).

Considerado o arcabouço temático apresentado, o propósito deste trabalho é identificar e evidenciar que a atuação do Poder Judiciário, no controle das políticas públicas, está legitimada em base constitucional, porque, como bem acentua CANELA JUNIOR:

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-

² Especialmente Democrático porque Estado de Direito, que “se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”, conforme BRÊTAS (2012, p. 65).

-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que comprovado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento dos fins do Estado (art. 3º da CF). (2013, p. 121)

De todo modo – conforme se verá adiante – conquanto se conclua por uma atuação legitimada por parte do Poder Judiciário, dita legitimação, no Brasil, não comporta a hipótese do ativismo judicial em sua amplitude máxima, senão naquelas situações mínimas de expressa permissão no próprio texto constitucional, porquanto há de se considerar interferência nefasta toda atuação do Poder Judiciário para além daquilo permitido constitucionalmente.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS SOCIAIS E OMISSÕES DO ESTADO.

Decorrentes da ação política do Estado, cuja definição atribui-se ao Poder Legislativo e a implementação ao Poder Executivo, conquanto não constituam um tema de fácil identificação científica, é de se entender, conforme adverte PENNA, que “*no plano democrático constitucionalizado, as políticas públicas aparecem como exigência do cidadão à efetividade dos direitos fundamentalizados constitucionalmente.*” (2011, p. 211-212).

Em nota de rodapé, o autor adverte a respeito da referência feita à expressão “direitos fundamentalizados constitucionalmente”:

Notadamente aos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento impõe ao Poder Público prestações positivas de cunho individual ou coletivo, por isso estes direitos são também chamados *direitos fundamentais prestacionais*. Aliás [continua Versiani Penna], a este respeito, não se pode deixar de mencionar o Protocolo adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.321/99, que, em seus art. 6º a 18, prevê a implementação dos direitos prestacionais nos Estados signatários. (PENNA, 2011)

Não destoa desse conceito a lição de DUARTE, para quem, políticas públicas são:

(...) do ponto de vista da ciência política, um conjunto de ações e omissões que manifestam uma modalidade de intervenção do Estado como resultado do conflito de interesses divergentes, confrontos e negociações entre várias instâncias instituídas ou arenas e entre os atores que dela fazem parte, caracterizando formas de ação governamental aptas a alcançar finalidades públicas e a implementar, portanto, os propósitos do Estado de Bem-Estar Social. (2011, p. 71).

Como visto, à luz dos conceitos expostos, os direitos sociais são a consubstanciação de garantia fundamental constitucional, a base da formação das políticas públicas, cuja observância pelo Poder Público decorre da força normativa do texto constitucional. A tal respeito, pertinente a lição de MARTINS:

A despeito de inexistir no texto constitucional dispositivo expresse prevendo a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, não tem se verificado, dentre os teóricos nacionais, maiores questionamentos sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado, restringindo-se, a controvérsia, ao âmbito das relações entre particulares. (2010).

MARTINS, com referência a SARLET, arremata:

A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. (2007, p.360).

Todavia, ainda que dotada de força normativa plena e, pois, de aplicabilidade imediata, as normas delimitadoras de direitos sociais carecem, em sua grande maioria, de concretude especificada no texto constitucional, fator capaz de permitir o seu desrespeito pelo Poder Público.

Ocorrida a omissão, surge à luz do próprio texto constitucional, a legitimação para, mediante provocação, por via do devido processo

legal, trazer à seara do Poder Judiciário o exame da situação – judicialização – conforme expressamente consignado na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXV: – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim:

Em um Estado Democrático de Direito deve-se assegurar via judicial disponível para impugnação de atos que ameacem ou efetivamente lesem direitos garantidos aos cidadãos, nos casos em que políticas públicas impliquem desperdício de dinheiro ou, ainda que não prejudiquem diretamente o erário, firam a moralidade administrativa, deverá admitir-se o controle das mesmas pelo Judiciário. (BURGO, 2013, p. 94).

Eis a pedra-de-toque legitimadora da atuação do Poder Judiciário, sem a qual o cidadão beneficiário ou pretense beneficiário não poderá satisfazer seu propósito de revisão sobre a legitimidade ou adequação da negativa estatal.

3. DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Chamado a se manifestar – julgar omissões ou desvios de rumo na concretização das políticas públicas – o Poder Judiciário estará jungido aos limites do devido processo legal, ou, mais apropriadamente, à garantia do devido processo constitucional, no qual:

(...) a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma *estrutura normativa metodológica* (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo. (DIAS, 2011, p. 128)

Sob tal condicionante – a garantia do devido processo constitucional – aquilo que não estiver contido na vontade do povo, substanciado no arcabouço das normas constitucionais (princípios e regras) é imprestável a servir de fundamento à conclusão do caso posto a julgamento, ou seja, conforme DIAS:

Na esteira de doutrina moderna, científica e seriamente comprometida com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, não pode haver decisões jurisdicionais apoiadas nas noções vagas, imprecisas e fluídas de *justiça* e de *equidade*, vale dizer, “*ao alvedrio do judiciário*”, buscando alcançar aquilo que, sob atecnia e de forma indefinida, costuma-se qualificar de *ideal de justiça* ou de *decisão justa*, construídas pelos devaneios inconsequentes dos adeptos do direito livre ou do direito alternativo, “*que transformam o juiz no ‘grande justiceiro do caso concreto’, sujeitando-se, apenas, ao farol da justiça*”, segundo crítica procedente de Humberto Theodoro Júnior, ou, em outros termos, “*convertendo-se o direito em esdrúxulo recinto de decisão personalista de um juiz clarividente*”, conforme censura inquestionável de Rosemíro Pereira Leal. (2011, p. 125)

Volvendo à questão de fundo deste trabalho – judicialização das políticas públicas – e tendo por sentido as lições deste tópico, devido processo legal, cabe anotar a lição lapidar de TOMAZ para quem, “*O direito das pessoas de ter uma decisão favorável em um processo é um direito político genuíno, lembra Dourkin, e não se pode permitir que, no processo judicial decisório, um argumento de princípio seja corrompido por um argumento de política.*” (2012, p. 363–364)

Sim, são as circunstâncias e elementos do caso concreto – examinadas sob o contraditório – que, arrostadas às normas constitucionais – que ditarão a decisão adequada e, pois, justa. Revela-se, aqui e neste contexto, a segunda força legitimadora do controle judicial das políticas públicas.

4. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS X ATIVISMO JUDICIAL

Conquanto seja de numerosa ocorrência tomar-se um instituto pelo outro, porque há uma íntima relação entre ambos, não se há de confundir judicialização com ativismo judicial. A tal respeito, bem observa BARROSO, “*a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.*” (2009)

Aquele primeiro instituto – judicialização – até autoexplicativo em sua denominação, decorre da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, pela qual não se permite excluir da apreciação do

Poder Judiciário toda ameaça ou lesão a direito (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV). O marco de concretude da judicialização está na omissão ou falha estatal em atender aquilo que a Constituição estabeleceu como direito fundamental aos cidadãos. Isso porque, conforme bem observado por DUARTE (2011), “*se uma política pública viola direitos ou deixa de os contemplar indevidamente, a questão assume a roupagem de um conflito jurídico*”. Nesse passo, conforme VALLE:

A provocação da jurisdição assecuratória de direitos fundamentais – que como já viu, envolve um monitoramento, ainda que de forma reflexa, dos métodos e programas de ação estatal – pode ser provocada a partir de pelo menos três distintas situações: 1) não há qualquer atuação estatal na matéria; 2) existe uma estratégia de ação em curso que se reputa inadequada ou ineficiente; e 3) existe uma ação em curso que, independentemente de qualquer avaliação quanto à sua eficiência ou adequação, não contemplou ao jurisdicionado, que considera assim violada sua esfera subjetiva de direitos e por isso busca a proteção jurisdicional. (2016, p.107)

De se anotar que a judicialização de políticas públicas não tem histórico aprofundado no tempo; é fenômeno recente, corporificado no advento do pós-positivismo, que se apresenta, segundo TOMAZ, como:

um novo paradigma para o enfrentamento da experiência jurídica o qual se louvam várias correntes teóricas amparadas, todas elas, em um forte discurso de superação do solipsismo jurídico propugnando por alçar a experiência jurídica num campo de interacionismo com a moral [especialmente esta], a política, a economia, enfim, apostando, portanto, numa racionalidade prática. (2012)

Este novo paradigma – o pós-positivismo – serviu de premissa filosófica à doutrina do neoconstitucionalismo, cujo mote, em suma, é a garantia, a preservação e a promoção dos direitos fundamentais à luz do princípio democrático, a consubstanciar uma nova forma interpretativa constitucional com ênfase na valorização dos direitos humanos e reconhecimento de que os direitos fundamentais precognizados na *Carta Magna* são dotados de força normativa irradiante, que para SARMENTO:

(...) enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo aplicador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (2008)

Assim, pois, somente a partir da compreensão de que as normas constitucionais são dotadas de força normativa e supremacia hierárquica, conforme MARTINS (2010), citando SARMENTO (2008) é que se passou a conceber a ideia de que os comandos constitucionais poderiam ser tutelados em juízo, quando não forem espontaneamente respeitados.

O outro instituto – ativismo judicial – de origem jurisprudencial norte-americana, por sua vez, significa, grosso modo, segundo BARROSO (2011), “*uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucional com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes.*” BARROSO delinea as diferentes condutas por meio das quais o ativismo judicial se consubstancia:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções do Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (2009)

Então, há que se concluir que enquanto a judicialização de políticas públicas encontra limites bem estabelecidos no devido processo legal constitucional e, por isso, controlável em base científica, o ativismo judicial, porque exercido ao largo de tais limites, apresenta-se como um amplo portal, através do qual pode transitar, sem qualquer restrição, o decisionismo judicial (ausência de fundamentação racional), este permeado de completo subjetivismo.

5. A TÍTULO DE CONCLUSÃO: DA LEGITIMAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Extrai-se de tudo que se anotou até aqui que não há dissenso quanto à atuação do Poder Judiciário no que se tem por judiciali-

zação de políticas públicas. A falta de consenso está nos limites dessa atuação, ou melhor e mais especificamente, na adoção de uma atuação típica daquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial. A tal respeito, ressalta MAURÍCIO JÚNIOR:

O Poder Judiciário exerce um importante papel em países como o Brasil, inseridos em processo de transição para a democracia e caracterizados por uma forte heterogeneidade sócio-econômica, garantindo a qualidade democrática das decisões políticas. Este controle de qualidade, todavia, deve se limitar às questões vinculadas com os princípios básicos do sistema, e não avançar sobre aquelas questões constitucionalmente liberadas à negociação e ao compromisso dos partidos políticos que integram o Parlamento, pois controle de qualidade democrática não significa juridicização da política. Desta forma, o princípio democrático na Constituição brasileira de 1988 não significa um impedimento absoluto à intervenção judicial nas escolhas orçamentárias. Se as decisões sobre alocação de recursos, tomadas pelos órgãos políticos da soberania, vulnera os direitos que condicionam o desenvolvimento da democracia, o próprio princípio democrático exigirá a atuação – do povo ou de seus representantes – através do Judiciário. Entretanto, não podemos cair na tentação autoritária de um governo de juízes – como guardiães platônicos da justiça – e esquecer que sua função nessa tarefa é subsidiária. (2009, p.222)

Ainda que se reconheça a legitimidade constitucional da judicialização de políticas públicas, o tema ainda é vazio de delimitações acerca dos limites da atuação do judiciário. Importa perquirir em que medida as decisões judiciais que concretizem políticas públicas relegadas à omissão pela Administração Pública serão afetadas pela escassez orçamentária (reserva do possível), que, em seara de efetividade, poderá tornar inócuo aquilo que se decidiu.

Apesar dos esforços, também são incipientes os resultados dos estudos visando a estabelecer diretrizes de valoração em termos de essencialidade das prestações pretendidas e, de igual forma, ainda não há definição de que as políticas públicas – apesar da universalidade estabelecida no texto constitucional – devam ser atendidas em condição de integralidade: tudo para todos, uma óbvia utopia.

A falta de diretrizes e balizas interpretativas também deixa, perigosamente, em desamparo, a atuação dos juízes, cujas decisões, em

quantidades crescentes, não têm se atentado para o estabelecimento de um paradigma de política, senão servientes do ataque aos efeitos da omissão em detrimento do tratamento de sua causa.

Por fim, impossível olvidar que a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, uma vez que inicializada por provocação de quem se sente lesado, a par de ter natureza subsidiária, será sempre uma consequência de má gestão dos interesses sociais, esta a causa a se atacar em seara própria.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*. Brasília: Atualidades Jurídicas, v. 11, p. 62/106, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Texto publicado em 2009.

BURGO, Vitor. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas/ coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe*. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas/ coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe*. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HESS, Helena Maria Coutinho. *Ativismo judicial e controle de políticas públicas*. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.

MARTINS, Thiago Penido. *Contratos de Planos de Saúde*. Juruá: Curitiba, 2016.

MAURÍCIO JR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto*. São Paulo, Baraúnas, 2011.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Direito, razão e sensibilidade (construindo um modelo de juiz para a proteção dos direitos fundamentais)*. Pará de Minas: VirtualBooks, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA FACULTATIVA OU EXIGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL? DALMO VIEIRA PEDROSA¹

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu texto² a histórica pretensão de consolidar o chamado Estado Social Democrático de Direito, na medida em que resguarda uma nova era de direitos sociais, chamados de direitos fundamentais sociais, consistentes em prestações estatais orientadoras não mais de mera política de governo mas, dado o respectivo *status* constitucional, de políticas públicas de Estado.

Para além do conceito clássico de direitos fundamentais, fundado no princípio geral de liberdade, orientador de uma ação estatal negativa, no sentido de se respeitar o patrimônio jurídico do particular, os direitos fundamentais sociais, fundamentam-se no princípio da igualdade material e consistem, basicamente, no direito subjetivo do particular a prestação estatal positiva que lhe supra necessidades materiais e ou imateriais. Consequentemente, a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos torna-se obrigação constitucional do Estado.

E, na medida em que as demandas vão se avolumando e se especializando, ante o inexorável crescimento e desenvolvimento da sociedade, afigura-se cada vez mais difícil ao Estado provê-las, porquanto limitadas as receitas públicas disponíveis à satisfação de aludidas prestações sociais – haja vista que, em regra, o Estado nada produz.

¹ Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais, pela UIT- Universidade de Itaúna (2016/2018). E-mail: dalmovip@hotmail.com currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6890642960554376>

² CF, art. 6º; 7º e; título VIII – Da Ordem Social.

Esse dilema – aumento da demanda x carência de recursos – gera dois fenômenos que justificam o presente estudo: *primus* – o condicionamento do atendimento às demandas sociais ao princípio da reserva do possível, ou seja, à disponibilidade financeira e; *secundum* - à judicialização das políticas públicas, hipótese em que o Judiciário é chamado a suprir a omissão estatal no sentido de garantir, individual ou coletivamente, a satisfação de determinada prestação de direito social. Estes fenômenos, contudo, põem em cheque o próprio conceito de Estado Social Democrático de Direito, na medida em que o primeiro impede a satisfação das demandas sociais específicas e, o segundo permite ao Judiciário interferir nas políticas orçamentárias e fixar o conteúdo dos direitos prestacionais o que, a princípio, seria competência legislativa.

Não obstante, a própria Constituição da República, ciente dos deveres do Estado Brasileiro e de que este nada produz, imputa-lhe competência para instituir e cobrar receitas públicas de natureza tributária/previdenciária³, cujos recursos são, ou deveriam ser, por força de sua finalidade extrafiscal ou da vinculação constitucional de gastos, as principais fontes de custeio dos direitos fundamentais sociais.

Mesmo assim e a despeito da crescente judicialização das demandas sociais, a União abstém-se de exercer, na íntegra, a competência tributária que lhe fora atribuída pela Constituição da República, na medida em que, passados quase trinta anos de sua promulgação, ainda não instituiu o chamado imposto sobre grandes fortunas (IGF).

Assim sendo e, partindo-se do pressuposto de que o Estado brasileiro está obrigado à prestação dos chamados direitos fundamentais sociais, afigura-se lhe legítimo abrir mão da instituição e cobrança do aludido imposto sobre grandes fortunas (IGF) de modo a impactar negativamente em sua capacidade econômica para a satisfação dos chamados direitos fundamentais sociais?

Certamente que não. Isso, à luz dos princípios da igualdade na efetivação dos direitos fundamentais sociais; da solidariedade tributária e, da universalidade do custeio da seguridade social. Mas, justificar esta resposta, o que se pretende fazer ao longo do texto, nos limites da pesquisa teórico/bibliográfica a que se propõe, impõe-se analisar também: se a Constituição da República de 1988 orienta à formação de um Estado Social Democrático; a natureza jurídica dos direitos

³ CF, art.149; 153 e; 195.

fundamentais sociais; correlacionar: receitas tributárias, reserva do possível e, mínimo existencial; além da análise do sistema tributário nacional à luz da efetivação dos direitos fundamentais e, do princípio da solidariedade.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de inspiração Weimariana, é pródiga na garantia dos direitos sociais, a ponto de dedicar todo um título (VIII) à ordem social, que terá por objetivo o *bem estar e a justiça social*. Dentre os direitos fundamentais, em seu art.6º, elenca os chamados direitos fundamentais sociais, consistentes no dever do Estado de assegurar à cada um: *educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e, assistência aos desamparados*. Essas características levam à classificação do Estado brasileiro como sendo um Estado Social e Democrático de Direito:

Embora a Constituição Brasileira empregue a fórmula 'Estado Democrático de Direito' (art.1º) existem outros dispositivos prevendo o valor social do trabalho como princípio fundamental, reconhecendo uma série de direitos sociais (art;6º e 7º) e, além do mais, o título VIII é inteiro dedicado à ordem social o que permite afirmar que o Estado brasileiro também se enquadra na categoria de Estado Democrático e Social de Direito. (LEGALE, 2016)

Para GRAU:

A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts.1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art.170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. (2015)

Neste contexto, portanto, tem-se que os direitos sociais fundamentais resguardados pela Constituição vinculam a atuação do Poder Executivo, erigindo-se em objetos de política de Estado e

não de política de governo. Vinculam também ao Legislativo, ao qual compete satisfazer as normas de direitos fundamentais programáticas, bem como ao Judiciário, encarregado, por sua vez, de solucionar conflitos envolvendo a efetividade dos direitos fundamentais. Neste sentido SARLET:

De outra parte, admite-se (embora não se possa aqui adentrar o fascinante complexo temático que ora se abre) a partir de prestigiada doutrina e até mesmo de alguma jurisprudência (nacional e estrangeira) a possibilidade de responsabilização do Estado por conta da sua inoperância na implementação de medidas (administrativas e legais, concretas e normativas) que sejam indispensáveis à plena realização dos direitos fundamentais, notadamente nas hipóteses em que existe um dever (explícito ou implícito) de proteção e, portanto, de atuação. (2007)

Ora, se por um lado a administração pública deve pautar sua conduta no sentido de satisfazer/implementar efetivamente os direitos fundamentais sociais, como visto, haveria, em contrapartida, direito subjetivo do indivíduo às prestações materiais de que trata a Constituição? Cumpre, destarte, perquirir acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais sociais?

3. A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Evidenciada a vinculação dos Poderes constituídos à satisfação dos direitos fundamentais sociais, cumpre saber se tais prestações erigem-se à condição de direitos subjetivos, ou seja, se pertencem ao patrimônio jurídico do indivíduo, de modo a legitimar a sua persecução jurídica.

Para Alexy, as prestações inerentes aos direitos de proteção (vida, dignidade, liberdade, família, propriedade...) constituem-se efetivamente em direitos subjetivos, na medida em que refletem direitos fundamentais individuais;

Em nosso ordenamento, o Supremo Tribunal Federal também reconhece como subjetivos tais direitos fundamentais, conforme se extrai do seguinte julgado:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas

pela própria Constituição da República (art.196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a toda as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. (...) A interpretação de norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. (...) ...sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (...). (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ de 24/11/2000).⁴

Há, portanto, dever do Estado e direito subjetivo da parte em exigir judicialmente a satisfação das prestações materiais e mesmo imateriais inerentes aos direitos fundamentais sociais. Por sua vez, em que medida e qual o conteúdo das prestações podem ser exigidas? O cotejo entre o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial balizará o conteúdo do direito às prestações.

4. RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL E TRIBUTAÇÃO

Limite jurídico e fático à satisfação dos direitos fundamentais sociais, o princípio da reserva do possível, informa que a plena efetivação dos direitos sociais às prestações materiais subordina-se à capacidade financeira do Estado, em especial, conforme suas previsões orçamentárias. Conforme CALIENDO⁵:

⁴ In “A Constituição e o Supremo” 2ªed. Pág.1182/3. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

⁵ In “Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível” 2ªed. Pág.180. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm.

THIAGO PENIDO MARTINS

“O compromisso dos Professores organizadores dessa obra foi o de incentivar e orientar a produção dos trabalhos acadêmicos que a compõem, buscando manter a coesão entre as temáticas propostas, contribuindo para a compreensão e superação dos desafios inerentes à Judicialização das Políticas Públicas no ordenamento jurídico direito brasileiro, principalmente diante da contumaz inércia e ineficiência das funções legislativa e executiva na consecução de suas com-

petências constitucionais, em especial, em matéria implementação de políticas públicas.

Apresento, com muito orgulho e entusiasmo, o livro *Judicialização das Políticas Públicas: velhos problemas, novos desafios*, o qual reúne estudos produzidos por dedicados professores e alunos, que impulsionados pela necessidade de contribuir com os debates e estudos existentes, compartilharam seus conhecimentos, sempre em busca de proposições que tenham por desiderato promover a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira, principalmente, os direitos sociais.”



ISBN 978-85-8425-789-8

