

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: BREVE ANÁLISE EVOLUTIVA, ESTADO E FINANCIAMENTO

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES: BRIEF EVOLUTIONARY ANALYSIS, STATE AND FINANCING

Cognitio Juris

Ano XII - Número 38 - Edição Especial - Fevereiro de 2022

ISSN 2236-3009

Autores:

Estevão Schultz Campos[1]

Jonatas Roberto de Oliveira [2]

Resumo: O Controle Judicial de Políticas Públicas acompanha a evolução de um Estado entendido como uma construção social moderna, onde tem suas Políticas Públicas em paralelo com O Estado Democrático de Direito, tendo por princípios basilares a Constituição Federal dando direcionamento ao financiamento destas mesmas políticas. A atuação do Judiciário diante deste cenário, se faz relevante diante de um controle constitucional horizontalizado, baseado no *common law* estadunidense, onde o ativismo judicial se fará presente não usurpando o poder legislativo, mas sendo uma fonte de solução de conflito entre o jurisdicionado e o Estado.

Palavras-Chave: Políticas Públicas, Controle Judicial de Políticas Públicas, Finanças e ativismo judicial.

Abstract: The Judiciary Control of Public Policy pass through the evolution of a State

understood as a social modern construction, where Public Policy goes side by side with Democratic State, following the principles of the Federal Constitution giving direction to the financial decisions of this Public Policy. The results of the activity of Judiciary branch in this set is relevant in face of the horizontal constitutional control, based on the United States common law, where the judicial activism will be present, not taking the power of the legislative branch instead being a source o disputes resolution between citizens and State.

Key Words: Public Policy, Judiciary Control of Public Policy, Finances and Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por base apresentação de um projeto de pesquisa para avaliar a Sociedade e sua evolução com suas demais vertentes com finalidade de objetivar abordagem de conceitos que permeiam o assunto.

Justifica-se o estudo do tema ao perceber que a gênese do Estado vem tomando contornos mais modernos e amplos, com assunção de mais atribuições para os seus entes e seus detalhes nas entrelinhas da Constituição.

O presente estudo mostra relevante interesse na medida em que reflete nas importantes transformações que vem ocorrendo na área do Direito Constitucional, permeando valores da sua forma organizacional.

Consoante ao exposto, este trabalho se dá pela oportunidade de buscar maiores entendimentos, ampliando a compreensão e identificando o pensamento dos diversos autores dentro do tema apresentado e oferecer um referencial teórico que sirva de base para a reflexão acerca do mecanismo da finalidade adotado pelo Estado Brasileiro.

Este trabalho possui um grande arcabouço histórico e cultural de pesquisa. O tema será desenvolvido através de uma análise acurada em doutrinas, trabalhos científicos específicos do assunto e legislação geral e específica, onde serão relevantes as ponderações já

realizadas.

O método dedutivo será usado para a conclusão do trabalho, em uma forma de cadeia de ideias, partindo da análise do macro para o micro, até a conclusão.

Inegável o fenômeno da sociedade em nossos dias, como meio consecutivo de agregação de determinadas pessoas com características próximas.

Há tempos o ser humano, desde quando nasce, está inserido em uma determinada comunidade que, em maior ou menor grau, é um espelho da sociedade.

No entanto, há de se estabelecer que o aglomerado dessas comunidades - religiosas, familiares, escolares, etc. - formam o núcleo conhecido como Sociedade. Esta instituição, é o cerne de direcionamento para a formação daquilo que hoje convencionamos como Sociedade Política ou Estado.

O ponto divisor para a caracterização do Estado, pode ser verificado na gênese científica do termo sociedade, que encontramos em Darcy Azambuja, a Sociedade “é um conjunto de indivíduos reunidos para alcançar uma finalidade comum” (Azambuja, 1953:1).

Ora, mostra-se evidente que o Estado é um propulsor de organização permanente e objetivo comum a todos ou a maioria.

Por óbvio que dentre outras finalidades do Estado, por exemplo, está a de proporcionar segurança, territorialidade, desenvolvimento comum, etc., mas, a ideia central é demonstrar que a conjunção de grupos, em certo ponto homogêneos, cria a possibilidade de transferência do querer do indivíduo para o ente Estado, que direciona o rumo que todos deverão trilhar.

Assim conclui Azambuja:

O Estado não se confunde, pois, nem com as sociedades em particular, nem com a Sociedade, em geral. Os seus objetivos são de ordem e defesa social, diferem dos objetivos de todas as demais organizações. Para atingir essa finalidade, que pode ser resumida no conceito de bem público (v. cap. XI), o Estado emprega diversos meios, que variam conforme épocas, os povos, os costumes e a cultura. Mas o objetivo é sempre o mesmo e não se confunde o de nenhuma outra instituição. (Azambuja, 1953:5)

Ao analisarmos o Estado podemos fazer uma evolução histórica na relação deste com o homem. Como nos ensina Engels, escritor inglês do século XIX, em um primeiro momento o homem se encontra sozinho em seu meio natural com uma organização estritamente familiar, onde neste núcleo se concentra o poder paterno, (Bobbio 1997).

Preconiza Kildare Gonçalves Carvalho (2009:70), ao retratar as sociedades pré-estatais:

Antes do aparecimento histórico do Estado, houve sociedades pré-estatais, como a família patriarcal; o clã (“divisão exógena de uma tribo, cujos membros são aparentados uns com os outros por meio de um laço qualquer comum, ou a posse comum de totem, ou a moradia em território comum”); a tribo, que, composta de clãs, é o grupo social de espécies simples, cujos membros têm um governo único e agem em conjunto para certos propósitos, como a guerra, a gens romana; o senhorio feudal.

Nessa perspectiva, informa o professor Henrique Carbellini Carnio (Abboud, Carnio e Oliveira. 2015:68), citando Albert Hermann Post, que na gens podemos observar uma certa forma de organização social caracterizada e aproximada de uma comunidade baseada em um princípio de direcionamento ordenativo social, constituidora de cerceamento de direitos e definidoras de deveres e obrigações a serem cumpridas por todos os integrantes que a esse meio se submete.

O segundo momento da evolução do Estado, pode ser observada na absorção do homem pela *polis* ou pela *civitas*, que, nelas inexistiam distinções entre sociedade e Estado, já que

cada cidadão era o Estado e vice-versa.

Por último, o Estado Moderno estaria marcado ou identificado pela representação político-administrativa direta, onde a sociedade, de forma indireta, é responsável pelas decisões governamentais a nível nacional e internacional, para dirimir conflitos, buscar a paz social e organizar as mais diversas atividades. Assim, temos a presença de uma ordem jurídica na determinação da vontade, nos dizeres de Hans Kelsen (2005:273), “o Estado é uma sociedade politicamente organizada, porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva e esta ordem é o direito”.

Nesse sentido, Jorge Miranda, citado por Kildare Gonçalves Carvalho (2009:72), demonstra o Estado como um importante modo da sociedade se manter cada vez mais forte e democrática, maneira pela qual o Estado representa a esfera pública do que é geral e comum:

[...] Os grupos e todas as forças não podem, contudo, coexistir, prevaleçam estes ou aqueles interesses, sem a garantia prestada pelo Estado. Em contrapartida, também o Estado da sociedade plural, industrializada, urbana dos nossos dias e que se pretende em regime democrático não pode prescindir da regulamentação contratual dos conflitos.

Depois desta breve busca da inserção do Estado para o homem, podemos concluir conceitualmente que, o Estado é o ente com poder político, controlado pelo grupo que mantém esse poder em suas mãos. Neste diapasão o Estado tem buscado formas de atuação e apresentação em um plano interno e externo.

O escritor Dalmo de Abreu Dallari (2009:29), retrata de maneira sintética, mas bem abordada a análise final do Estado Moderno, momento atual que vivemos:

As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno. A aspiração à antiga unidade do Estado Romano, jamais conseguida pelo

Estado Medieval, iria crescer de intensidade em consequência da nova distribuição da terra. Com efeito, o sistema feudal, compreendendo uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, constituída de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número de proprietários, tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram o domínio de áreas menores. Os senhores feudais, por seu lado, já não toleravam as exigências de monarcas aventureiros e de circunstância, que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causavam prejuízo à vida econômica e social. Isso tudo foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial. [...] Era já o Estado Moderno, cujas marcas fundamentais, desenvolvidas espontaneamente, foram-se tornando mais nítidas com o passar do tempo e à medida que, claramente apontadas pelos teóricos, tiveram sua definição e preservação convertidas em objetivos do próprio Estado.

Assim, quando nos referimos a Estado e sua concepção temos a própria evolução dos arranjos pré-estatais que se fizeram necessários para a formação do Estado moderno na forma como atualmente convencionamos.

Na esteira de Maria Paula Dallari Bucci (2013:45), a definição final da construção de Estado se deu com a consolidação de conceitos relacionados à soberania em decorrência da junção de elementos como povo e território, como visão unitária do Estado e direito.

Assim, a autora citando Bobbio conclui:

O Estado é uma construção social da era moderna, formação tipicamente europeia, histórica e geograficamente situada, caracterizada pela 'progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre ampla'¹, que 'abarca completamente as relações políticas, o princípio da territorialidade da obrigação política e a progressiva impessoalidade do comando político,

através da evolução do conceito officium [...]². O sistema policêntrico e complexo dos senhores feudais dá lugar ao Estado territorial concentrado e unitário, por meio da racionalização do poder, o 'Estado territorial institucional'. Trata-se de um tipo de organização política relativamente recente (século XVII), que corresponde à maior complexidade social relacionada à divisão do trabalho, culminando no desenvolvimento do capitalismo.

Ainda, Hans Kelsen (2005:316,317), na Teoria Geral do Direito e do Estado, aponta que o Estado tem, intrinsecamente, o caráter político na sua formação e em sua essência:

É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isso, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento 'político' específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo e regulada por essa ordem, nos atos de coação que essa ordem estatui. São-no precisamente aqueles atos de coação que essa ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica.

Tal afirmação de Kelsen, relaciona a alhures evolução do querer na formação do Estado como ente que arregimenta moral, justiça e política.

Que, não obstante redimensiona a finalidade existencial do Estado para algo maior e predeterminado, para o direito jusnatural e juspositivado, como veremos a seguir.

2. FINALIDADE DO ESTADO – POLÍTICAS PÚBLICAS

Viver em sociedade pode trazer complicações ou maiores aspirações, variantes de acordo com o ponto de vista do interlocutor.

No entanto, algo que não se negue é que o Estado está fundamentado em agrupamentos que foram a gênese.

Essa conclusão se depreende da visão general que sociedade é toda e qualquer relação humana, em suas mais diversas formas e complexidades, com o fim único, objetivado na condução do bem público.

Ademais, como desenvolvimento do direito e a estabilidade do Estado, preleciona Damo de Abreu Dallari (2009:2), que o “Estado é a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”

Resta nos questionar em qual ponto de intersecção se encontra o que devemos considerar como bem comum de determinado povo e território.

Dessa ideia inicial, há autores que divergem sobre o conceito de Sociedade que, gera, a depender desse conceito, a orientação para a origem do Estado e, assim, a finalidade a qual perseguimos.

Em decorrência, duas são as teorias que tergiversam sobre os fundamentos da sociedade, quais sejam, as teorias organizacionista e a mecanicista.

Citado por Paulo Bonavides (1995:63):

quando Toennies diz que a Sociedade é o grupo derivado de um acordo de vontades, de membros que buscam, mediante o vínculo associativo, um interesse comum impossível de obter-se pelos esforços isolados dos indivíduos, esse conceito é irreprensivelmente mecanicista.

Por outro lado, ainda em Bonavides, afirma “quando Del Vecchio entende por Sociedade o conjunto de relações mediante as quais vários indivíduos vivem e atuam solidariamente em ordem a formar uma entidade nova superior, oferece-nos ele um conceito de sociedade basicamente organicista.”

A teoria orgânicista descende de Aristóteles e Platão, por verem no ser humano a

natureza do “ser político”, Bonavides (1995:64).

Tal teoria, explicita que se a Sociedade for “valor primário ou fundamental, se a sua existência importa numa realidade nova e superior, subsistente por si mesma, temos o organicismo.” Bonavides (1995:63)

Em evolução nesse pensamento, o Estado, que nasce da sociedade, organicista, tem por finalidade geral o bem público.

Ou ainda, o Estado como meio de se alcançar finalidade que busca o ser humano, ou ainda, o “aperfeiçoamento físico, moral e intelectual, é isso que justifica a existência do Estado” (Azambuja, 1953:122).

Ademais, tal aperfeiçoamento está ligado à própria identificação de direitos que ao ser humano são primados inerentes, inafastáveis, que o marco evolutivo do Estado, convencionou em caracterizar como bem público, a ser formalizado pela entidade criada e convencionada pela Sociedade, qual seja, o Estado

Resta nos identificar o que podemos determinar como bem público garantido pelo Estado em favor do tutelado, para avançarmos o que na atualidade será garantido de forma suprema ao tutelado e de que forma isso ocorrerá.

Citado por Azambuja, Dahin, em *Philosophie de l'ordre juridique*, pág. 160, define o bem comum como:

[...]conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constituem patrimônio como e ‘reservatório da comunidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensáveis ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção dos quadros naturais que mantem e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família, a corporação profissional: elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso, que só

a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade.

Tal definição nos permite concluir que o bem público não está ligado ao bem individual, tendo, aquele, como premissa o caráter universal de direitos fundamentais do homem.

Nessa linha, cumpre ao Estado não se afastar em garantir os direitos fundamentais ao cidadão que o tem de forma soberana.

Como mentor do Estado, o homem tem em si a finalidade daquele, e assim, a estruturação do bem comum e público. Tais conjecturas nos remontam à busca da aplicação do direito natural às vicissitudes do Estado.

Não podemos afastar a compreensão do bem comum da gênese de formação do Estado. Não há Estado sem o próprio ser. Não há ser sem a preservação de seus direitos.

Assim, podemos caracterizar o direito natural, na esteira de Lenio Streck, apud Georges Abboud, in *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito* (2015:73), que “toda a ideia de direito natural professa um conceito segundo o qual se compreende por direito tudo aquilo que, no seio do convívio humano, acontece de acordo com uma ordem de coisas pressuposta (vale dizer: uma ordem de coisas natural)”.

Pode ser objeto de questionamento a utilização do direito jusnatural como oposto ao ideal do juspositivismo. No entanto, a utilização e aplicação da ideia de jusnaturalismo, vem, aqui nesse texto, justamente, para temperar o positivismo puro alavancado por Kelsen e apontar, entre outras que, não se pode admitir a exclusão integral do direito natural inerente ao ser humano soberano, como nos séculos 18 e 19, culminando em aplicação desumanizada do direito e, duas grandes guerras.

Ainda, o direito natural não afasta a existência do direito positivado.

Essa evolução da visão que imprimimos ao direito leva-nos, finalmente, a uma teoria de temperamento, qual seja, pós-positivismo, que abordaremos detidamente no decorrer do texto. O que te fato, aqui não afastamos é a ideia do jusnaturalismo.

Encontramos uma intersecção entre os direitos (fundamentais) a serem tutelados e a forma pelo qual o Estado irá garantir tais meios, a execução propriamente dita, em tal encontro temos o que se convencionou de Políticas Públicas:

A sistematização teórica da abordagem das políticas públicas deve contribuir para a criação de fórmulas de organização e estruturação do Poder Público capazes de melhorar a sua intervenção - tornando-a mais efetiva, racional e compreensível - e acelerar o processo de modernização, redução da desigualdade e de inclusão social. Busca-se apontar pressupostos teóricos que subsidiem juridicamente tanto a análise como a formulação de políticas públicas, considerando a ação governamental em escala ampla. (Bucci, 2013:37)

Quando tratamos de Políticas Públicas estamos a falar de direitos naturais que devem e precisam ser implementados pelo Estado, detentor da organização de determinado território.

Demais direitos poderão ser objeto de execução por meio do Estado, como veremos a definição. Assim, políticas públicas para professora Celina Santos:

[...]como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). Em outras palavras, o processo de formulação de política pública é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real. (Santos, 2002:2)

Ou ainda, na esteira de Guilherme Amorim Campos (2004:104) que conceitua políticas públicas como:

[...]o instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o Executivo e Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário.

Por tal, a concretização da finalidade do Estado, como meio de se alcançar o bem comum do cidadão, se dá por meio de políticas públicas.

Interessante anotar que, todos os conceitos tragos preconizam a garantia de determinados direitos pelo Estado.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FINALIDADE DO ESTADO

A evolução do Estado pressupõe uma série de modificações nos direitos a serem tutelados pelo mesmo.

Quando tratamos de direitos fundamentais temos que enfrentar algumas perspectivas ligadas ao jusnaturalismo.

Tal análise se deve a ideia que se quer imprimir ao discorrer sobre a origem dos direitos fundamentais, seu meio de execução por intermédio do Estado – Políticas Públicas – e sua real efetividade em planos intraestatal e supraestatal.

Há quem afaste a visão jusnatural dessa análise, aplicando tão somente o juspositivismo, no entanto, com a evolução das gerações dos direitos, há de se afastar por completo a inaplicabilidade do conceito de direito natural por ser descabida e temerária.

Na linha do doutrinador Ingo Wolfgang Salet, o jusnaturalismo prevê uma aplicação de direitos inerentes ao ser humano que não podem ser usurpados pelo Estado, mas, que podem e devem ser concretizados por esse. Ainda, tem-se, para esse escritor, no cristianismo de São Tomás de Aquino a visão inerente da natureza humana de liberdade à

imagem e semelhança de Deus.

Conforme obtempera Virgílio Afonso da Silva:

O elemento justificador, por excelência, das primeiras declarações de direitos foi, sem dúvida, o recurso à ideia de direitos naturais. Isso pode ser notado, para me limitar às duas grandes declarações de direitos fundamentais, por meio da recorrente menção à ideia de direitos inatos e, por isso, inalienáveis e imprescritíveis. O recurso a essa ideia tem uma razão simples, que pode ser expressada pelo contratualismo lockeano, segundo o qual o Estado tem o dever de respeitar alguns direitos básicos – especialmente a liberdade e a propriedade – porque tais direitos, por serem naturais e inalienáveis, não podem ser dispostos nem mesmo por seus titulares. E como todo o poder do Estado decorre, em linhas gerais, da transferência de direitos e competências dos indivíduos para o ente estatal, esses direitos naturais estão excluídos automaticamente dessa transferência. Essa ideia, que não era uma criação de Locke, pode ser encontrada, por exemplo, também em Aristóteles que, com base na Antígona, diferenciava as leis particulares, que seriam, em linhas gerais, o que hoje se entende por direito positivo, das leis comuns, que expressariam a ideia de direitos naturais e absolutos. (Silva, 2005:541)

A busca pelos direitos fundamentais do homem passa por uma enorme evolução histórica culminada no constitucionalismo.

No entanto, o objetivo do presente subcapítulo é referenciar o que venha a ser tais direitos fundamentais e ainda como esses se ligam a finalidade do Estado que, como alhures apontamos é a busca, propulsão ao bem comum geral.

A criação jurídica do Estado de Direito não proporciona a transferência desses direitos fundamentais ao mesmo e sim, uma outorga de atuação em nome daquele, sem, no entanto, renunciá-los.

A ligação entre liberdades públicas – direito fundamental reconhecido pelo Estado na primeira geração -, constitucionalismo e direito do homem, foram enfrentados nos primórdios do Estado de modo autônomo sem inter-relação, como afirma Karl Loewenstein, citado pelo professor Guilherme Amorim Campos da Silva:

[...] para o constitucionalismo, a presença da expressão ‘direitos do homem’, entende que para proteção a certos campos autômatos da personalidade humana reconhecidos pelo Estado e livres de intervenção. A ideia de que o cidadão – prescindindo já da massa dos cidadãos – tinha que deter direitos próprios diferentes de suas obrigações frente à comunidade, foi completamente alheia à teocracia hebreia, à Cidade-Estado Grega e à República Romana. Os pensadores políticos gregos criam firmemente que a personalidade humana somente poderia desenvolver-se plenamente quando estivesse integrada e subordinada ao Estado onipotente, e os pragmáticos políticos de Roma compartilhavam desta concepção. A ideia de que existem dos indivíduos fora do Estado tem raízes na filosofia helênica dos estoicos (Panécio e Cícero): lei natural, a razão, a igualdade e a dignidade do homem são valores que estão por sobre o Estado e fora de seu alcance. (Silva V. A., 2005:21)

De fato, não se afasta entre nós o reconhecimento de valores inerentes ao ser humano que transcendem toda construção da Sociedade na forma elaborada no capítulo antecedente.

O Estado, mesmo diante de direitos fundamentais não pode se olvidar de cumprir seu propósito em garantir os pilares fundamentais de aperfeiçoamento da sociedade.

Por fim, temos que nos questionar a concretização desses direitos fundamentais.

Jorge de Miranda, sobre os direitos fundamentais:

[...] na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos, *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de

dignidade, como bases principais de situação jurídica de cada pessoa, eles dependem de filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar. (Silva V. A., 2005:23)

Não podemos determinar *numerus clausus* os direitos fundamentais, tendo em vista a definição de Jorge Miranda, tais direitos são mutáveis de acordo com época e lugar que estão inseridos. Não obstante, a evolução dos direitos fundamentais perceptíveis em várias fases, como direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.

O que observamos, no entanto, são as inegáveis perspectivas jurídico-políticas da existência irrevogável dos direitos fundamentais, ora em maior, ora em menor pujança no Estado, que devem ser tutelados acima de quaisquer interesses.

Nesse ponto, retomamos a intersecção que a construção moderna do direito convencionou nomear de Políticas Públicas.

A necessidade de se garantir determinados direitos ao tutelado é algo real e inafastável nesse momento do Estado Moderno:

A política ou “polícia” pública, como se usava dizer na antiga linguagem jurídica portuguesa, é um programa de ação governamental. Ela consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa atividade, ou seja, numa série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, em uma meta a ser alcançada e em um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. (Silva G. A., 2004:103)

Garantir a consecução dos direitos fundamentais ao tutelado são atos de governo ligadas a

técnica governamental de administrar, com base no que é determinado e proposto a ser organizado para a Sociedade e em prol da Sociedade.

No entanto, o que torna nos direitos fundamentais programas de governo executáveis, per si, é o seu núcleo determinante, com “juricidade, caráter vinculativo, constituindo-se em imposição constitucional, na terminologia de Canotilho, aos poderes públicos estabelecidos” (Silva G. A., 2004:107).

Assim, a margem de discricionariedade e determinação do Estado no que tange aos direitos fundamentais e sua estruturação de aplicação por parte desse agente é reduzida, mas, de caráter inerente desse ente jurídico.

4. PRIMEIRA CONCLUSÃO

O Estado é formado pela construção humana, nitidamente, moderna e que exerce os desejos daqueles que compõem a Sociedade.

Não podemos objetivar o Estado afastado do seu criador, o qual deve preservar a humanidade e diversidade de cada agente integrador.

Pensar o Estado em meio ao complexo viés de formação do mesmo, nos direciona a uma premente necessidade de entender a formulação do mesmo na forma exposta.

Estado sem finalidade é o mesmo que suscitar o corpo sem alma, é morto.

Os direitos fundamentais surgem no presente século como força de direcionamento, inclusive eficaz, para o Estado trabalhar e se pautar, sem incorrer em erros epistemológico, mas que sem o devido tratamento podem levar a tal.

5. FINANÇAS PÚBLICAS DO ESTADO E A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DO ESTADO

Em uma virada para o Brasil, a década de 1990 marca a reabertura do período de redemocratização plena, com abertura ao desenvolvimento nos campos sociais e econômicos.

No entanto, conforme preceitua Maria Paula Dallari Bucci (2013:25,26), o afastamento daqueles que compõem o Estado – a população – do interesse governamental, fez com que o descrédito governamental afastasse, também, a legitimidade de ação no plano institucional.

O início da temática de políticas públicas, ocorreu junto com a democracia. A democracia está, entre outras medidas, ligada aos financiamentos de infraestruturas que cumpram as demandas civilizatórias.

A estabilização econômica, dentro do cenário pós governo militar, possibilitou o estancamento das políticas sociais que não eram praticadas até então, e muito menos objeto de inserção em planejamentos governamentais. Ou seja, estabilização econômica tem que ver com possibilidade de planejamento adequado de implementação das políticas públicas:

O problema não é apenas saber qual o papel do Estado num país já não tão periférico como no passado, mas apontar os modos de sua atuação para realização bem-sucedida dos objetivos democraticamente escolhidos. (Bucci, 2013:26)

Tais objetivos são os inseridos na Constituição Federal e estão colimados, em sua maioria, com à própria essência da criação do Estado, o bem comum dos cidadãos, ou ainda, os direitos fundamentais.

Anota Maria Paula Dallari Bucci (2013:26) que nos países em desenvolvimento, as demandas sociais e econômicas são mais notadas, dado aos atrasos nas garantias constitucionais, mais desenvolvidas em países que durante anos participou da evolução e sedimentação dos direitos fundamentais.

Ainda, a coesão governamental é ponto de destaque no que tange ao enraizamento da

institucionalização das políticas a serem manejadas em plano governamental.

Antes, para avançarmos no que tange à forma de implementação dessas políticas públicas pelo Estado, temos que estratificar essas políticas para compreendermos a forma de atuação e quais são ou poderiam ser as políticas passíveis de implementação por meio do Estado.

Assim, como cerne, temos na política as formas de exteriorização da vontade e do direito, meio pelo qual os pensamentos se institucionalizam:

O governo é o motor do aparelho do Estado. Com a modernidade, aprofunda-se uma relação paradoxal entre os dois termos, decorrente do fato de que as iniciativas políticas e sociais mais evoluídas, conduzidas pelos governos, dependem de uma estruturação do poder estatal igualmente complexa. (Bucci, 2013:39)

De rigor, temos que fixar no que tange a estratificação das políticas públicas, esta deve ser feita e gerida pelo Estado. A estabilidade do governo, da administração pública e todos os fatores macro institucional, são gatilhos de aperfeiçoamento dos mecanismos de funcionamento operacional do Estado, embora em torno dessa inoperabilidade gravitam questões, dentre elas como a separação dos poderes ou, mais precisamente, inefetividade de políticas públicas fundamentais.

No entanto, antes de prosseguirmos, ainda temos a analisar que, como política governamental, o Estado-Administrador tem como função Constitucional garantir investimentos em políticas públicas por meio de planos diretivos:

Planos econômicos são documentos adotados pelos Poderes Públicos e destinados a analisar as probabilidades de evolução econômica e a definir as orientações desta evolução que as autoridades públicas consideram desejáveis e no sentido das quais entendem orientar os agentes econômicos.

Fábio Konder Comparato parece adotar posição algo assente com a de Laubadère ao tratar

da necessidade de uma reformulação da organização interna dos poderes da República Federativa do Brasil e da atribuição de funções com relação ao planejamento determinado pelo art. 174 da Constituição Federal. (Silva G. A., 2004)

Tal planejamento econômico-financeiro com buscas a atender direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, tem sido objeto de aperfeiçoamento nos últimos 70 anos, conforme constata por Hélio Jaguaribe, citado por Guilherme Amorim Campos da Silva.

A forte tentativa de organizar o desenvolvimento político se deu, ainda, no governo Dutra, com a tentativa de implementação do chamado Plano Salte, como meio de solidificar a planificação de investimentos em infraestrutura, o conduziu a uma das maiores tentativas de planificação já aplicados no Brasil; as metas de organização traçadas no governo Kubitschek, que visavam estabelecer transformações em setores básicos de energia, transporte, saneamento básico, indústria de base, etc.

Há determinação expressa em nossa Constituição Federal que o Estado deve buscar a dignidade da pessoa humana - art. 1º, III -, e como corolário a promoção do bem de todos - art. 3, IV.

Os objetivos fundamentais expostos na Constituição, corroboram a própria finalidade do Estado.

E a organização e planejamento para que as políticas públicas soltem do texto normativo para a práxis estrutural estatal, a própria Constituição, mais uma vez, formula o caminho a ser trilhado por todos:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional

equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Interessante anotar que o dever do Estado, mais que garantir o desenvolvimento dos objetivos fundamentais, é solidificar a política pública capaz de torná-la tão enraizada que o planejamento estatal se torne inimaginável sem a mesma.

Ademais, na esteira de Paulo Henrique Rocha Scott, apud Guilherme Amorim Campos da Silva, o dispositivo acima citado visa proporcionar o modo operandi de realização econômico estatal:

O desenvolvimento nacional é preceito fundamental da República, devendo conformar todas as normas de ordem econômica e orientar todas as ações e iniciativas do Poder Público Executivo e Legislativo, numa ponta da relação da separação dos poderes, além de ser uma exigência constitucional contrastável perante o Poder Judiciário, de outro lado.

Em consequência, podemos afirmar que o Estado brasileiro possui o dever jurídico, de ordem constitucional, portanto orgânico e inafastável, de realização do desenvolvimento nacional.

Isto porque, como lembra Gilberto Bercovici, 'a Constituição impõe tarefas que devem ser efetivamente realizadas', sendo que 'os princípios político-constitucionais visam essencialmente definir e caracterizar o Estado e enumerar suas principais opções e objetivos político-constitucionais'. Os artigos que fazem parte dessa divisão podem ser considerados como matriz dos restantes dispositivos constitucionais, formando, nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, o 'cerne da Constituição'.

Tais fatores, em outra perspectiva dizem respeito ao ato de governar exercido pelo Estado por meio de sua autonomia administrativa e financeira.

Em primeiro, a autonomia administrativa é a possibilidade final de gerir a coisa estatal designada para cada ente, como uma auto-organização sem a ingerência de qualquer outra

esfera administrativa, como leciona José Maurício Conti (2001), é uma forma nítida de perceber o cumprimento das “tarefas impostas pela Constituição”.

A organização à nível de Estado-União, na visão que estamos traçando, dizem respeito ao modo pelo qual as discussões de direitos fundamentais abrangentes ao todo nacional, e que por esse deve ser conduzido pela globalidade da ação.

Por outro lado, temos ainda a autonomia financeira como sendo a competência tributária exercida pelo Estado-União, capaz de suportar todas as suas necessidades de financiamento da sua área de gestão, como nos ensina Sacha Calmon Navarro Coelho, apud Élcio Fonseca Reis.

E nessa perspectiva, cabe ao Estado direcionar, com a autonomia administrativa-financeira que lhe é peculiar, a forma adequada de financiar, planejar e executar o descompasso das diferenças sociais.

Acima expusemos que o planejamento econômico deve ser encarado como modo de estudar/racionalizar a probabilidade de evolução econômica e as necessidades mais relevantes à garantia do bem social mínimo para cada integrante do núcleo estatal; sem, no entanto, esquecer a condição de país em desenvolvimento com desigualdades, de tamanho continental e de frágil estabilidade político-institucional.

Nesse diapasão, temos que, embora diante das grandes dificuldades apresentadas, na forma de Sabino Cassese (Silva G. A., 2004), “a atividade de planejamento voltada para a comunidade, entende que se deve buscar superar as diferenças regionais e de produção econômica”

Ainda:

À toda evidência, à luz das experiências francesa e italiana, o modelo brasileiro de desenvolvimento planejado, mediante a utilização do instrumento político constitucional de

planejamento, seja por lei ou seja por ação estatal, ou ainda, mediante a elaboração do orçamento programa, busca, justamente, a minimização das diferenças locais, regionais e nacionais no sentido de promover as bases e condições para uma intervenção dirigida desenvolvimentista. (Silva G. A., 2004:112)

O desenvolvimento da Sociedade, com vistas ao bem comum de todos, tem lastro em nossa norma fundamental. A implementação das políticas públicas tem viés material, na forma diretiva do art. 174 da Constituição Federal.

Como unidade política-federativa, o Estado Brasileiro por meio de outorga Constitucional, do art. 43 da norma máxima, “em nome do interesse nacional presente no desenvolvimento, trespassar os limites políticos para trabalhar em regiões identificadas por outros critérios – não quaisquer – mas geopolíticos, econômicos, naturais, sociais etc.; tudo objetivando emprestar meios de realização das tarefas que poderão atingir o objetivo fundamental de erradicar pobreza e diminuir desigualdades sociais ao passo que se promove o desenvolvimento nacional”.

De forma objetiva, o Estado deve dispor de meios financeiros, pela liberdade administrativa financeira, que lhe é restrita, pelo dever de planejar:

Estevão Horvath reforça esse raciocínio, ao comentar o art. 165 do Texto Magno: “Com efeito, parece clara a materialização, em nível jurídico, da ideia de orçamento como sendo a aplicação de um plano de governo. Reza o §1º. desta regra constitucional: ‘A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.’ Uma simples leitura do dispositivo retro transcrita nos dá conta de que a ideia que subjaz, quando se cuida do plano plurianual, é a de um planejamento, a médio e longo prazos, da atividade estatal. Quer-se impedir o ‘não planejamento’, assim como o início de um projeto – ou a não conclusão de um já iniciado –

devido a razões de cunho político” (Silva G. A., 2004:153).

Sob essas premissas, orçamento e planejamento são atividades normativas previstas para qualificar a conduta do agente.

As políticas públicas devem estar previstas nos três extratos de planificação econômica de previsão constitucional, para efetivar-se por meio do financiamento público, sendo: o plano plurianual o modo de previsão orçamentária de estratégias continuadas; com vistas a traçarem diretrizes e objetivos para a administração pública.

Nesse texto normativo constitucional do art. 165, encontramos a “síntese do conjunto de políticas públicas a cargo de cada unidade da federação”.

A atuação do Poder Pública deve ser direcionada e inequívoca, capaz de corroborar a finalidade estatal.

Em que pese a norma diretriz que objetiva uma construção para o atendimento das perspectivas narradas nos planos econômicos normativos, nem todas as políticas públicas são atendidas pelo Estado, por uma manifesta falta de recursos em um país em desenvolvimento.

Rememorando o acima mencionado, países em desenvolvimento, ainda que sintetizem uma profícua organização de direcionamento na atuação econômica frente ao desenvolvimento, há demandas maiores que recursos:

A atuação dos Estados e governos das nações emergentes é relevante no percurso que leva ao desenvolvimento. Como advertia Stuart Mill: “As funções peculiares ao governo não são fixas, mas diversas em diferentes estados e sociedades – muito mais extensas em estado atrasado do que em um desenvolvido”. A ascensão de um Estado emergente ao patamar de Estado desenvolvido, vivendo plenamente a democracia, reclama uma cultura política e social fortemente entrelaçada com práticas jurídicas efetivas e progressivamente

institucionalizadas. (Bucci, 2013:29)

Assim, o desenvolvimento ligado às políticas públicas em países em desenvolvimento, sempre, terá um déficit entre o realizável e o desejável. E, quando o Estado-Governo não atende o desejável das políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais é criado um hiato que a institucionalização passa a enfrentar.

As dificuldades que decorrem da atuação limitada do Estado-Governo ocasionam um conflito de interesse com o governado, e nesse ponto, algumas das divergências são encaminhadas ao Estado-Juiz, essas considerações iremos discorrer no próximo tópico.

6. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO, CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, FINANÇAS E ATIVISMO JUDICIAL

Nesse ponto, iremos de modo conclusivo, expor que a falta de investimento em determinadas áreas por meio do Estado e a, inerente, necessidade de intervenção/atuação do Poder Judiciário/Estado-Juiz.

A intervenção do Poder Judiciário em temas ligados as políticas públicas merecem algumas considerações no que tange, em primeiro, a uma nova medida de se enfrentar a tripartição dos poderes no Estado moderno.

Garantias fundamentais flexibilizaram as elaborações teóricas a uma institucionalização não tão mais segmentada, com novos arranjos de integração e maior interpenetração entre os poderes estatais.

O novo modo visual do exercício das funções, tem uma integração principiológica de estrutura de correlação de forças, para pacificar o direito por último referendado pelo Poder Judiciário, sem, no entanto, aduzir em interferência do Estado-Juiz no que diz respeito as garantias fundamentais preconizadas pelo Estado:

Das experiências históricas e suas elaborações teóricas, resulta que a separação de poderes não é um princípio absoluto, havendo diversos arranjos e modos de distribuição em que as funções típicas de cada poder se interpenetram segundo maneiras peculiares. Como concepção, a separação de poderes é relativizada por alguns que a consideram não propriamente um princípio de organização política, mas distribuição de funções entre os corpos do poder, a exemplo de Loewenstein, que propõe a tripartição entre determinação da decisão, execução da decisão e controle político. O que permanece como princípio estruturante é a ideia do controle do poder pelo poder.” (Bucci, 2013:58)

As funções de organização do Estado, na visão de Montesquieu, quais sejam, legislação; execução e jurisdição; decorrem dos direitos fundamentais e demais objetivos de bem comum (Silva G. A., 2004:154).

Outrossim, conforme entende Georges Abboud, a conformação entre políticas públicas e direitos fundamentais é ponto nevrálgico para o afastamento de uma possível correlação de interferência entre os poderes Estatais:

Nesse contexto paradigmático, no qual entendemos ser um falso problema relacionar a implantação de políticas públicas referentes a direitos fundamentais, com ativismo judicial ou invasão ilegítima do Judiciário no Poder Judiciário.

Afirmamos ser um falso problema porque políticas públicas relacionadas a direito fundamental não estão à disposição ou discricionariedade de nenhum poder, até mesmo porque esses direitos tem o condão de vincular inclusive particulares. (Abboud, 2014:165)

Ainda, explorando a normatividade constitucional como meio limitador de atuação política oponível erga omnes:

À medida que se amplia o alcance da Constituição, também se juridificam, crescentemente, as esferas de atuação política não disciplinada direta ou exclusivamente por ela. O

paradigma jurídico do pós-guerra, centrado nas Constituições garantistas, com sua ‘força normativa’ assegurada pela multiplicação dos instrumentos de controle judicial, modifica o papel jurídico específico dos governos. Consagram-se os direitos e também as garantias, o que faz deles bens exigíveis. Isso tudo constitui limitação da política. E impõe custo político aos governantes que cogitem diminuir a fruição de qualquer desses direitos.” (Bucci, 2013:76)

Em segundo, a intervenção do Poder Judiciário quando chamado a dirimir uma lide, retratando-se como garantia constitucional de dizer o direito à cada integrante governado, é o meio democrático.

Por tal, viu-se a necessidade da evolução a um novo catálogo de garantias e deveres do Estado para com os seus representados.

Nesse aspecto, premissas básicas estão relacionadas a abertura dos direitos fundamentais, o constitucionalismo surge como meio de limitação do poder exercido por soberanos instituídos em suas territorialidades.

A transmutação da visão de exercício do poder e manifesta limitação na influência do direito individual é o cerne da objetividade de fato buscada pelos novos protagonistas estatais.

Conceitua Canotilho que o constitucionalismo é uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão” (Barroso) forte e independente, constitui meio de transformação de um constitucionalismo democrático forte, e, como não poderia deixar de ser como garante final de direitos fundamentais.

Assim relaciona Barroso como sendo “as decisões de matizes garantistas de direito fundamental – dignidade da pessoa humana – tem a ver com a judicialização orgânica do direito constitucional, horizontalizado”.

O enfretamento das questões judiciais relacionadas ao controle de políticas públicas de

direitos fundamentais, pelo Estado-Juiz, é aceita e legítima na medida que não ultrapasse os limites de adequação Constitucional em sua decisão final e, nesse ponto, iremos discorrer, a partir da seguinte premissa: nem todas as demandas das políticas públicas são atendidas pelo Estado-Administrador através de suas medidas de atuação decorrentes de planos organizativos e diretivos. Algumas áreas do Estado são desatendidas, e o governado, por muitas vezes, se sente ameaçado e tolhido de direitos mínimos. Diante do fenômeno da judicialização, há de se enfrentar até que ponto a atuação do Estado-Juiz (Poder Judiciário) ganha relevância e iremos analisar esse enfrentamento final.

Em terceiro, a interpretação adequada do Poder Judiciário tem de respeitar a tripartição dos poderes, mesmo que superado o modelo anterior, para garantia do institucionalismo, que como afirmamos, passa ser o equilíbrio da correlação de forças.

Antes, precisamos tratar da questão interpretativa para a análise de uma decisão adequada do Poder Judiciário sem interferência do mesmo nos demais poderes.

A ascensão do Poder Judiciário pode ser enfrentada sob o espeque do descrédito da democracia representativa e pelo fato de serem as decisões administrativas de cunho político-discricionário.

O pós-positivismo destaca a passagem da mera limitação do poder do governante para a aproximação axiológica moral dos direitos metafísicos inerentes ao ser humano, exercendo o Poder Judiciário a interpretação da norma jurídica, afastando-se o mero silogismo da norma. A viragem valorativa traz novas características que influenciam diretamente no protagonismo judicial:

O genuíno pós-positivismo imprime significantes mudanças nos conceitos elementares para se decidir uma questão jurídica. Esse paradigma oferece novo conceito de norma que passa a ser concretizada e a subsunção é eliminada como mecanismo para aplicar o direito, deixa-se de perquirir por uma vontade (lei ou legislador) para se alcançar a correta interpretação

dos enunciados jurídicos. (Abboud, 2014:52)

Assim, essa evolução demonstra o direito constitucional penetrante nos demais direitos, seja como garantidor de liberdades individuais, seja como propulsor de garantias axiológicas não normatizadas.

E essa viragem ontológica e linguística, permite entendermos que o pós positivismo traz uma dicotomia que acarreta uma nova metodologia de decisão judicial. Referimo-nos a dicotomia lei e norma, aqui a lei (texto normativo) não contém a norma, sendo esta a construção axiológica e valorativa do caso concreto:

O programa normativo constitui os elementos linguísticos do processo concretizador, o teor literal. Enquanto o âmbito normativo constitui os elementos não linguísticos, consistindo no recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma criou para si como âmbito de regulamentação.

Destarte, diante de um acesso hermenêutico ao direito, não se pode mais confundir texto normativo com norma. O texto normativo é o programa da norma, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto etc.), sua constituição é ante casum e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo. (Abboud, 2014:68/69)

Logo, o resumo nessas duas premissas alhures apresentadas, nos faz deduzir que nem todos os direitos são normatizados pelo legislador e, ainda que reducionista, determina a aplicação imediata e independente da carga axiológica existente. Tal pós-positivismo aberto, na forma exposta, propicia a atuação de guardadora do Poder Judiciário.

Não obstante, entra em pauta a análise da figura do Poder Judiciário com novo viés institucional determinado pelo pós-guerra.

No entanto, isso não permite ao Poder Judiciário uma aplicação interpretativa discricionária, uma vez que o texto normativo é o limitador interpretativo do julgador:

[...] o texto determina os limites extremos das possíveis variantes em seu significado.

O texto normativo não contém a norma em si, ele possui normatividade, ou seja, aptidão para em conjunto com o caso concreto, produzir a norma. Entretanto, ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização. Mais precisamente, o texto normativo é, sob o ponto de vista cronológico, a primeira instancia das alternativas admissíveis de interpretação. (Abboud, 2014:74)

Quando o julgador ultrapassa esse limite linguístico e temporal – vez que a norma está vigente e essa foi escolhida pelo legislador – podemos incorrer em um ativismo, que se torna prejudicial para forma institucional escolhida pelo constituinte.

Mas, o que trata o ativismo e como podemos defini-lo?

Um dos maiores críticos do ativismo judicial na forma como o judiciário brasileiro propõe utilizar, Elival da Silva Ramos, discorre que a construção dos parâmetros das decisões judiciais pautada em uma suposta discricionariedade judicial é o início de todo mal.

O ativismo é criação do direito estadunidense e utilizado para prestação jurisdicional em meio a um texto constitucional enxuto, que não percorre toda as novas formas de direito diante do aumento da carga axiológica pós Segunda Guerra Mundial.

E nesse aspecto, isso não implica afirmar que no direito romano-germânico a decisão judicial é imanente de uma fonte válida, in casu, essa fonte é a produção normativa. Por outro lado, o common law tem em suas decisões uma fonte prevalente do direito, mesmo em países fundado em uma Constituição escrita, como a estadunidense.

No que tange a aplicação do precedente, o Tribunal atua do mesmo modo como o julgador

quando da observação da lei. Inicialmente, o julgador determina a pertinência temática-normativa do caso fático (técnica do distinguishing). Posteriormente, busca o refinamento interpretativo, com a possibilidade de refinamento, com ampliação, restrição ou revogação 'dos efeitos da norma acoplada ao precedente (técnica do overruling). Por fim, se o caso concreto não suportar o precedente, o magistrado produzirá nova norma com base nos princípios de gerais de direito do common law.

No direito anglo-saxão a criação da norma pelo Tribunal é inerente à forma de prestação jurisdicional e, assim, o direito consuetudinário não estabelece uma rígida alocação da forma interpretativa do precedente. Ademais, o precedente, tanto o declarativo como criativo tem forma de surgimento discricionária pelo Tribunal. Ainda, conforme preleciona Canelluti, a própria criação legislativa é vinculada e integrada ao direito anglo-saxão na medida em que não se discute a essência da norma criada e sim existe uma preleção do alcance da norma, já interpretada e sedimentada pelo Tribunal, nas linhas de Carnelutti "o direito legislativo é visto, em certo sentido, como fonte excepcional do direito." A função exercida pelo Tribunal nada tem a ver com a legislativa. Uma vez firmado o entendimento o entendimento de agente veiculador da norma, o Poder Judiciário, é um mero solucionador de litígios. (Ramos, 2010:106, 108/109)

E, nesse ponto, conclui Georges Aboud:

Apenas para ilustrarmos a diferença de tratamento do ativismo no common law e a dimensão decisionista e contra legem que ele atingiu no Brasil, resumimos a conclusão de Christopher Wolfe sobre o tema. O jurista americano é favorável a uma modalidade moderada de judicial activism, mediante a qual a judicial review seria utilizada para proteger direitos individuais, resguardar minorias, impulsionar reformas sociais, eliminar discriminações ilegais, bem como fulminar e atualizar lei inconstitucionais.

Esse não é o enfoque que pretendemos conferir ao ativismo praticado no Brasil, até mesmo

porque as ações supracitadas podem ser realizadas pelo nosso Judiciário, sem que sua atuação extrapole os limites impostos pela Constituição. (Abboud, 2014: 419/420)

Ainda, por tal interferência e atuação distorcida pela interpretação no âmbito local do tema, Elival Ramos relaciona o ativismo judicial com a usurparção do exercício do direito por outros agentes do Estado, e assim conceitua o fenômeno:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feitos subjetivos (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (Ramos, 2010:129)

Assim como Elival Ramos, Georges Abboud relaciona o ativismo na decisão judicial a uma manifesta quebra, inimaginável, do Estado Democrático de Direito por não observar a legalidade imposta. Não estamos relacionando a legalidade à estrita observância legal e uma subsunção de fatos a normas, no entanto, não pode o mesmo julgador extrapolar os limites da legalidade, e assim conclui Elival Ramos quanto a utilização do ativismo na forma brasileira:

O Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder. A teoria do Poder Constituinte se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual, por conseguinte, não pode ser por aquele limitado ou condicionado, por outro lado, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercida pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita (e também de acordo com as normas de conteúdo por ela antecipadamente impostas). Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chaves, inquestionável, é o princípio da separação dos Poderes.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (Ramos, 2010: 111/116)

Por fim, conforme assevera Georges Abboud, quando o julgador relaciona a sua decisão a parâmetros legais e intrínsecos do texto da norma, para garantia e implementação de uma política pública, não estamos a tratar de ativismo judicial e, consecutivamente, de uma usurpação do direito inerente a outro agente estatal (Abboud, 2014:422).

Assim, como podemos afastar o ativismo judicial e possibilitar uma atuação jurisdicional com base no texto normativo e que garanta a implementação de uma política pública que o Estado-Governo, não o fez, por limitação financeira? Como estamos construindo até então.

A forma adequada para a decisão do julgador deve estar pautada em uma construção analítica que proporcione uma interpretação de fatos e textos normativos.

Na escorreita tese desenvolvida por Georges Abboud; o autor apregoa que uma decisão deve ter por escopo, conforme suas buscas nas teorias de Dworkin e Lênio Streck, a eliminação da discricionariedade com o fito de minimizar a arbitrariedade do julgador que se pauta em convicções políticas e morais de foro íntimo. Por tal, afirma que “desse modo, uma decisão judicial estará justificada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade” (Abboud, 2014:463).

Ainda, o preceito de princípio, acima levantado e baseado em Dworkin, “não é materializável em a priori em um texto ou enunciado emanado” (Abboud, 2014:463), mas a todo arcabouço

teórico construído, e a partir de tal, integrar as diferentes ordens normativas.

A perspectiva do direito como integridade implica que toda interpretação judicial tenha por finalidade uma descrição coerente da ordem jurídica em seu conjunto. Isso ocorre porque, em uma democracia, toda a interpretação do direito constitucional deve considerar a própria democracia. Assim, por exemplo, as decisões que interpretam o devido processo legal e a isonomia, devem, ao serem concretizadas, necessariamente levar em conta todo o restante da principiologia constitucional. (Abboud, 2014:463)

O direito como integridade visa a pluralidade de uma análise jurídica do fato concreto, sendo uma base de reflexão substancial para a base da decisão do julgador.

No entanto, para a o caso concreto, qual a melhor resposta decisória para o caso?

Inicialmente, temos a base da resposta – o direito como integridade – mas, ainda, temos que desmistificar uma inobservância para a resposta correta, tendo, em nosso direito a premissa que todas as respostas são corretas, no entanto, não o são.

A resposta correta, na esteira da teoria pós-positivista, surge da compressão de que tal movimento de produção argumentativa-intelectual do julgador é única e precisa ao caso concreto, uma vez que a norma não surge do texto legal e sim da interpretação. O julgamento do magistrado deve pautar sua análise a existência de uma construção que esboça o modo de se alcançar a melhor definição jurídica para o caso concreto:

Nessa perspectiva, compreende-se a dimensão de metáfora que permeia a resposta correta. Ou seja, se nos casos concretos é sempre possível avaliar qualitativamente uma proposição jurídica em relação à outra, tona-se crível, a imposição para o julgador de evidenciar as razões pelas quais se alcançou aquela decisão e por quais razões ela se apresentou a melhor em relação as demais, no caso concreto. Ou seja, a resposta correta é a junção da melhor resposta que se pode ser dada pelo magistrado com a melhor resposta a ser obtida no caso

concreto, ela não é um valor inalterável a ser acessado metafisicamente pelo intérprete. (Abboud, 2014:465)

A decisão correta deve se pautar única e exclusivamente na teoria jurídica, afastando-se clamor social ou demais devaneios que não amparados na teoria construída.

Ainda:

[...] A resposta correta não é metafísica, ela se impõe construtivamente, quando o julgador evidencia as razões pelas quais a decisão por ele alcançada é melhor do que todas as outras vislumbráveis na comunidade. Nas palavras de Dworkin, “uma proposição interpretativa é verdadeira porque as razões de sua admissão são melhores do que as razões de admissão de qualquer outra proposição interpretativa rival.”

[...]

A resposta correta é, antes de tudo, uma veemente negação do relativismo, mais precisamente da utilização da discricionariedade para solução das questões jurídicas.

[...]

Ato contínuo, a resposta correta exige do julgador a demonstração, mediante fundamentação da sentença, de porque aquela decisão é a melhor em relação às outras soluções trazidas pelas partes no caso concreto e outras que por ventura existam em outros tribunais ou tão somente em sede teórica-doutrinária. (Abboud, 2014:469)

Por fim, conclui o autor a forma adequada de se pautar a decisão judicial por meio de requisitos para a construção da resposta correta, sem incorrer o julgador em equívocos, devendo estes (Abboud, 2014:472-474):

A construção de uma metodologia visa afastar a discricionariedade na construção da decisão

proferida pelo julgador, como meio de propagar a aplicação equânime do direito.

Quando determinamos uma adequação teórica para afastar a discricionariedade da atuação do magistrado temos uma busca pela atuação pautada nos parâmetros constitucionais baseado em um Estado Democrático de Direito.

A possibilidade de uma decisão correta construída para a garantia de políticas públicas fundamentais, enobrece a força normativa da constituição e a criação de institucionalismo preconizado.

A escolha do Estado-Governo em direcionar a forma organizativa-financeira de construção da implementação de políticas públicas de cunho a garantir direitos fundamentais, não olvida ao jurisdicionado o direito de se garantir pela via adequada os seus direitos fundamentais.

No entanto, e aqui se atribui a interseção, sem a devida adequação da resposta do Poder Judiciário, podemos incorrer uma quebra do institucionalismo constitucional.

Assim, a decorrência de vincularmos as políticas públicas, planejamento estatal e a construção correta da reposta judicial.

SEGUNDA CONCLUSÃO

O Estado é o ente responsável pela organização efetiva do Estado para colocar à disposição do governador políticas públicas que lhes atendam o anseio físico-moral.

Não há de se perder de vistas que o governado tem em contraprestação a figura de criação do Estado a seu favor.

Há de se relevar que todas as atividades devem proporcionar, cada vez mais, um maior número de contraprestações no âmbito do Estado Moderno.

Organizar e gerenciar políticas públicas deve estar no âmago de direcionamento por

quaisquer gestoras responsáveis pela máquina pública, como ato contínuo e independente, mas com vistas no orçamento público.

Entretanto, quando do conflito de interesse, de direitos fundamentais, entre o gestor estatal – com vistas às políticas públicas adotadas com espeque em seus planos organizativas – e o governado, o Poder Judiciário, como novo protagonista estatal, deve garantir o ideal buscado.

Mas, sem transpor sua legitimidade institucional, por meio de uma busca incessante para uma decisão balizada em uma interpretação coerente com o atual Estado de Direito.

Interpretar de forma a garantir a aplicação da norma deve ser o meio pelo qual o Estado, Direito e Políticas Públicas se interpenetram e institucionalizam.

Bibliografia

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial*. São Paulo: Revista dps, 2014.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Globo, 1953.

BARROSO, Luís Roberto. “JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE.” Rio de Janeiro, s.d.

BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de governo*. Brasília: UnB, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de

Oliveira, 2001.

ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Gaberllini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Élcio Fonseca. *Federalismo Fiscal: Competência Concorrente e Normas Gerais de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SANTOS, Celina. "Políticas Públicas: Conceitos, Tipologias e Sub-Áreas." *Fundação Luís Eduardo Magalhães*, 2002: 1-29.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. "A evolução dos direitos fundamentais." *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2005: 541-558.

[1] Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, sob a orientação do Professor Cláudio de Cicco. Bolsista CAPES/PROSUP. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, sob a orientação do Professor Erik Frederico Gramstrup. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público e Privado. Professor de Direito nas áreas de Direito Civil e Constitucional, do Centro Universitário Adventista (UNASP) – Campus São Paulo e Hortolândia. Contato: estevoadv@hotmail.com.

[2] Advogado, pós-graduado em Direito Corporativo e Compliance, membro da comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP.