

RECEBIDO EM: 11/10/2017

APROVADO EM: 20/11/2017

OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICAS

*PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY AND
REASONABLENESS IN JUDICIAL INTERVENTION IN
THE IMPLEMENTATION OF PUBLICPOLICY*

Laura Campolina Monti

Doutoranda em Direitos humanos, integração e estado plurinacional (PUC Minas).

Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia (Universidade FUMEC).

Especialista em Direitos Humanos e Cidadania (Instituto DH).

*Professora do Grupo de Formação em Direitos Humanos promovido pela Secretaria
de Estado de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania - SEDPAC do
estado de Minas Gerais.*

Michele Rocha Cortes Hazar

Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC.

*Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais (PUC MINAS).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade; 1.1 O Princípio da Proporcionalidade; 1.2 O Princípio da Razoabilidade; 2 A Tripartição de Poderes do Estado Democrático de Direito no Brasil e o Protagonismo do Poder Judiciário; 3 A Vertente da Judicialização da Política e Breve Análise de Casos Emblemáticos; 4 Conclusão Referências.

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar a atuação do Judiciário no tocante à implementação de políticas públicas. Tal estudo se mostra relevante ante o crescente protagonismo desse segmento no Brasil e aos possíveis impactos desse no equilíbrio do Estado Democrático de Direito, em especial no que se refere à tripartição de funções. A opção pela investigação específica do uso dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, decorre da inquietação das autoras com relação aos conceitos e limites desses, que, por sua imprecisão, poderiam ser aplicados de acordo com os interesses do julgador, respaldando decisões que atentem contra os próprios fundamentos do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Razoabilidade. Proporcionalidade. Judicialização. Ativismo. Políticas Públicas.

ABSTRACT: This study aims to analyze the judicial intervention regarding the implementation of public policies. It's relevant because of the increasing role of the Judiciary in Brazil and the possible impact of that on the balance of the democratic state, especially when it comes to the tripartite function. The choice of an specific research about the use of the principles of reasonableness and proportionality relates to the concern of the authors regarding the concepts and limitations of these, which, in its vagueness, could allow there application according to the interests of the judge, supporting decisions that are contrary to the very foundations of the state.

KEYWORDS: Judicial Intervention. STF. Reasonableness. Proportionality.

INTRODUÇÃO

A noção de Estado é tida como pressuposto a todo o estudo de Direito Público, em geral, e, especialmente, do Direito Constitucional, pelo que se verifica na literatura técnica grande empenho em delinear-lá. Nessa busca, resta patente a relação entre as idéias de poder e direito, tendo chegado Lenio Luiz Streck a afirmar que “*direito é poder. E os juristas sabem muito bem disso!*” (STRECK, 2009, p.14). Em face disso, possivelmente o tema central da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele (BARACHO, 1977, p. 137).

O poder pode ser compreendido como relação sócio-psicológica, fundada no efeito recíproco das ações daqueles que o detêm e o exercem e das ações de seus destinatários. Loewenstein, por exemplo, impulsionado por essas reflexões, entende que o poder político surge na sociedade estatal como exercício de um efetivo controle social por parte daqueles que o possuem (LOEWENSTEIN, 1975, p. 24-27). Nessa linha, deve-se entender como controle social a função de se tomar determinada decisão e a capacidade que os detentores do poder têm de obrigar os destinatários desta a obedecê-la.

Nesse sentido, o cenário de um Executivo extremamente fortalecido durante o período absolutista foi originalmente alterado nos anos que se seguiram ao movimento Iluminista e à Revolução Francesa, quando a desconfiança com relação ao soberano levou ao deslocamento do poder para o Legislativo.

Recentemente, no entanto, estamos testemunhando nova alteração do núcleo de poder do Estado em diversos países e, destacadamente, no Brasil. Evidencia-se o crescente protagonismo do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF), que vem, ao longo dos últimos anos, alargando suas fronteiras e chamando para si maior poder - esse entendido exatamente como a prerrogativa de tomada de decisão em determinado tema seguida da capacidade de fiscalização quanto ao cumprimento de sua decisão.

Tal modificação é percebível no momento em que a fonte do direito afasta-se de seu vínculo com a vontade do chefe de Estado ou de governo e, de certa maneira, da vontade do povo, que são freadas por uma instância que emerge superiora, em nome da leitura não mais adstrita às regras, mas alargando-se na direção dos princípios previstos, em especial, na Constituição.

Ocorre que o protagonismo do Judiciário pode representar não apenas desequilíbrio no sistema de tripartição das funções do Estado¹, ofendendo, portanto, as garantias do Estado Democrático de Direito, mas também, uma vez aliado ao uso indiscriminado dos princípios, abrir espaço para decisões sem fundamentação técnica aprofundada e que, não raro, refletem a individualidade do julgador.

Diante do problema acima exposto, o presente trabalho se propõe a apresentar um estudo sucinto da evolução do uso dos princípios como fonte de direito e base argumentativa – adotando para tanto o recorte dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade –, e da relação dessa com a postura central atualmente ocupada pelo Judiciário, especialmente no que toca a intervenção na implementação de políticas públicas. A opção por essas balizas se deu em razão do reflexo desse tipo de atuação na gestão do Executivo e do Legislativo, resultando em potencial alteração da dinâmica estatal prevista no texto constitucional brasileiro.

Para a investigação das hipóteses acima mencionadas, foram realizadas pesquisas bibliográfica, doutrinária, legal, e jurisprudencial, com análise de casos emblemáticos em que os tribunais tenham se manifestado sobre questões que, *a priori*, caberiam aos demais atores em exercício de função estatal.

1 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

A necessidade de certeza, que determinou a codificação do Direito e conduziu por muito tempo o raciocínio de que o magistrado seria mero aplicador da lei, através da subsunção dos fatos às normas, não subsistiu diante de novos desafios interpretativos aos quais foram submetidos o Direito e sua aplicação. Na visão positivista tradicional, o ordenamento jurídico é considerado como um corpo coeso e coerente, sendo o conflito de normas apenas de caráter aparente. Atualmente, no entanto, já não se questiona mais a impossibilidade de o legislador prever todos os eventos da vida capazes de produzir efeitos jurídicos, o que impôs uma maior abertura do sistema jurídico.

Segundo García de Enterría, o positivismo pretendia reduzir a Ciência do Direito à expressão da lei, tendo sido exatamente o legalismo exacerbado que matou essa corrente filosófica. Para o autor, o Direito,

1 A opção pelo uso da expressão “funções do Estado” ao invés do termo “poderes do Estado” não é feita inadvertidamente. Entende-se que, em princípio, o poder do Estado é uno e as funções decorrentes do exercício desse poder são as formas pelas quais a atividade dominadora do Estado se manifesta sobre as pessoas.

hoje, é visto como um condensado ético de justiça, no qual as leis possuem forte caráter principiológico capaz de “fazer funcionar razoavelmente o sistema por cima de uma maré incessante de inúmeros preceitos escritos” (ENTERRÍA, 2000, p.102 e SS).

Sobre o tema, Valeschka e Silva Braga escreve:

São eles [os princípios] que garantem a fecundidade do sistema jurídico, permitindo sua constante atualização, conforme os ditames da permanente evolução da sociedade. Através deles, o Direito encontra campo fértil para evoluir adaptando-se às novas situações, que vão, paulatinamente, sendo criadas na vida em comunidade.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 1973, trazia previsão específica, em seu art.126, sobre a impossibilidade de o juiz esquivar-se de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. Tal previsão foi mantida no art.140 do novo Código de Processo Civil². Previsões como essas são necessárias para que se forneça a prestação jurisdicional e se assegure a efetividade dos direitos conferidos pela Constituição de 1988, no entanto, se não aplicados de maneira coerente com o próprio texto constitucional, os princípios podem converter-se em verdadeiros curingas prontos para serem sacados da mangas dos magistrados a qualquer tempo, prestando-se às mais diversas funções.

Em face desse quadro, faremos breve análise especificamente acerca de dois princípios que tem recebido destaque na fundamentação de decisões dos tribunais, especialmente quando a questão em juízo atinge a esfera das políticas públicas, quais sejam: o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

1.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A análise da trajetória percorrida pelo princípio da proporcionalidade é fundamental para se compreender o papel desempenhado por esse no sistema jurídico brasileiro.

A história nos conta que, em 1971, o então rei da Prússia, Friederich Wilhelmm, teria sido alertado de que o Estado só estaria autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que tal cerceamento

² Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

fosse necessário à manutenção da liberdade e da segurança de todos. O positivismo reinante naquele período impunha, entre outras coisas, a regulamentação do poder dos mais fortes (governantes), como forma de proteção dos mais fracos (governados).³

A partir desse momento, no direito administrativo alemão, o princípio da proporcionalidade começou a ser encarado como regulador do poder de polícia estatal, se prestando à limitação dos excessos. Somente em meados do século XX, o referido princípio foi transportado para o direito constitucional daquele país, por força do posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental (GUERRA FILHO, 2000, p.77). Em julgamento histórico, no ano de 1971, aquele tribunal abordou a proporcionalidade nos seguintes termos:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz. (GUERRA FILHO, 2000, p.84)

Neste ponto, cabe destacar que Paulo Bonavides (2002) aponta que a primeira inserção deste princípio no direito constitucional teria ocorrido na Suíça e não na Alemanha. Porém, afirma o mesmo autor, que os alemães o utilizaram no campo constitucional com tanta ênfase e de formas tão renovadoras que, sem eles, dificilmente teria alcançado o *status* de princípio constitucional no Estado Democrático de Direito.

Nos anos que se seguiram, no entanto, o alcance do princípio se revelou ainda mais amplo do que a simples proibição de excessos. Após a Segunda Guerra Mundial, conforme ensina Canotilho (2000), a necessidade de um direito material mais justo potencializou-se tanto na Inglaterra (combate ao *manifest unreasonableness*), na França (sujeição dos atos administrativos ao controle *erreur manifeste d'aoreciation*), na Itália (análise dos juízos de manifesta *illogicità, de congruità e ragionevolezza*), como na própria Alemanha (a proibição de excesso erigida a *status* de regra constitucional).

Atualmente, para que bem se compreenda a importância e adequada aplicação do princípio da proporcionalidade, no entanto, é preciso ter em

3 Sabe-se, no entanto, que a preocupação com a proporcionalidade, especialmente no que se refere às penas criminais, é anterior a 1791, conforme se extrai na clássica obra de Cesare Beccaria, "Dos Delitos e das Penas".

mente que a sua concepção antiga, muito associada ao princípio da legalidade, cedeu passo a uma nova concepção, ligada agora à constitucionalidade, que, no ordenamento jurídico brasileiro, deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro gravitacional da ordem jurídica.

Em face do problema em estudo no presente trabalho, têm-se que a filosofia forneceu importante contribuição para o estudo da proporcionalidade. Destacaremos, no entanto, algumas das observações de Luiz Recaséns Siches. O referido autor aponta que a realização da justiça exige que se leve em conta a idéia de proporcionalidade, sem se perder de vista que é essencial se indagar a cerca de qual o *critério* utilizado para tal fim (RECASÉNS SICHES, 1934, p. 97). Para se chegar ao critério adequado é preciso lembrar que a lógica é impregnada de critérios de valoração e de perspectivas axiológicas percebidos, em primeiro lugar, por experiência própria e, em segundo lugar, pela experiência ensinada pela história, ou seja, pela experiência de outros (RECASÉNS SICHES, 1959, p.642).

Vê-se, portanto, que a preocupação com os subjetivismos não é nova e, se até este ponto a teoria de Sinches aborda o tema com acerto, não podemos, sem ressalvas, concordar com a conclusão do autor, em sua obra de 1973.

O filósofo afirma que na solução de problemas humanos, em geral, inclusive os de cunho jurídico, não há uma resposta exata, em virtude da vasta multiplicidade de componentes heterogêneos que influem na conduta humana, mas considerando que o juiz tem por missão decidir um determinado litígio compete a ele a utilização não da lógica tradicional, mas da lógica do razoável, ponderando os valores em jogo conforme a hierarquia destes.

Nossa inquietação com relação a essa conclusão decorre da impressão de que, na tentativa de definir a adequada aplicação do princípio da proporcionalidade – que por sua natureza é bastante aberto a interpretações – o autor, a despeito de anteriormente nos alertar para a importância da escolha do critério de avaliação, aponta outro parâmetro amplamente sujeito à subjetividade do julgador para tal fim, qual seja, o princípio da razoabilidade.

1.2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A noção de direito já contém, em certa medida, a de razoabilidade, pois sua pretensão é regular condutas, estabelecendo normas que sejam aceitas pela sociedade, sendo possível supor que as pessoas em geral obedecerão aos comandos do ordenamento jurídico.

Para Wilson Steinmetz (2001), o que não é razoável não pode ser considerado jurídico e, no âmbito do Direito, dizer que uma decisão é razoável significa que, do ponto de vista de seu conteúdo, ela é aceitável ou, mais precisamente, ela é substantiva ou materialmente aceitável. A razoabilidade diz respeito ao conteúdo, portanto, e não à forma.

A idéia de *reasonableness*⁴, derivada do *substantive due process of law* e declaradamente associada à idéia de senso comum, desenvolveu-se mais acentuadamente nos Estados Unidos, onde o Judiciário concentrou grande poder, dada a enorme desconfiança que pairava sobre o Legislativo. É certo que a tradição dos países continentais é a valorização do Parlamento, por ser esse, ao menos em tese, veículo da vontade popular através de seus representantes. Tal tendência, em regra, somente é mitigada pela necessidade de proteção aos direitos individuais. No entanto, a desconfiança que os estados americanos mantiveram com relação ao Parlamento, mesmo após sua independência, fez com que fosse fortalecido o controle jurisdicional, formalmente reconhecido através da celebre decisão *Madison X Marbury*⁵, proferida em 1803.

Os juízes do *Common Law* têm tradição em promover a comparação entre a situação de fato e os precedentes jurisprudenciais, tendo por parâmetro a noção de um comportamento razoável, em conformidade com as circunstâncias, para a fundamentação de suas decisões. Há que se destacar, no entanto, que o fato de estarem inseridos no sistema do *Common Law* não autoriza os magistrados a agirem segundo suas vontades individuais, ainda que as considerem razoáveis, conforme explica Roscoe Pound no trecho abaixo destacado que evidencia, mesmo naquele sistema, a preocupação em afastar os subjetivismos e impor limites racionais e verificáveis à atuação dos juízes.

A doutrina dos precedentes judiciais e a doutrina da supremacia da lei ou do direito, por trás das quais existe a razão, em oposição ao elemento da vontade [...]. A doutrina dos precedentes significa que as causas devem ser julgadas por princípios extraídos indutivamente da experiência judicial do passado, não por dedução de regras estabelecidas arbitrariamente pelo soberano. Em outras palavras, a razão, e não a vontade arbitrária, há de ser o último fundamento da decisão. A

4 *Reasonable*, na linguagem jurídica norte americana, remete ao sentido de adequação, plausibilidade, imparcialidade. *Reasonableness*, no entanto, traz a noção de senso comum, justiça, moderação, equidade. (Cf. ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 90, v. 783, p. 11, jan. 2001).

5 Cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137

doutrina da supremacia do direito é redutível à mesma idéia. É uma doutrina segundo a qual o soberano e todos os seus representantes estão vinculados a agir conforme princípios, e não pela sua vontade arbitrária; são obrigados a seguir a razão, em vez de serem livres para seguir o capricho [...]. A doutrina do *common law* é uma doutrina da razão aplicada à experiência. (POUND in OLIVEIRA, 2000, p. 178-179)

No Brasil, inicialmente o Supremo fundou o controle de razoabilidade de lei e atos normativos na teoria francesa do desvio de poder. Ou seja, além de ter a formalidade satisfeita, o conteúdo dos atos passou a ser avaliado à luz da razão proveniente do bom senso do homem comum.

Na prática, cabe sempre ao Judiciário valer-se do exame da razoabilidade, já que ele é responsável por dizer a lei no caso concreto, sendo certo que na Inglaterra e nos Estados Unidos (países que adotam o sistema do Common Law), limita sua atuação aos eventos que compreendam direitos individuais.

2 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

A teoria da separação dos poderes foi inicialmente esboçada na antiguidade por Platão, ganhando vertente tripartite a partir de Aristóteles, em obra intitulada *Política*⁶, na qual admitia a distribuição do poder soberano em três esferas individualizadas, às quais cabiam as decisões estatais. Posteriormente o pensamento foi reorganizado pela exposição de John Locke. Entretanto, o núcleo da teoria clássica da tripartição de poderes foi estruturado por Charles de Montesquieu, na obra *O Espírito das Leis*, como explica Elival da Silva Ramos (2010).

Conforme aduz Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2009), a teoria clássica da tripartição de poder foi pensada por Montesquieu com o objetivo de limitar o poder pelo próprio poder, sendo, portanto, divididas as funções do Estado em três frentes distintas, evitando-se, assim, a centralização e a arbitrariedade.

No núcleo da separação tripartite das funções estatais situa-se a teoria do sistema de freios e contrapesos, desenvolvida sob a égide da Constituição norte americana. Tal sistema tem por objetivo promover o controle mútuo das funções independentes exercidas pelo Estado, quais

6 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

sejam, a jurídica, a legislativa e a executiva. Tais centros de atuação exercem delicado controle uns sobre os outros, a fim de evitar excessos arbitrários, conforme aponta Paulo Fernando Silveira (1999).

Deste modo, nota-se que a teoria da tripartição do poder estatal, aliada ao conceito de freios e contrapesos, se destina também à descentralização do poder e à proteção dos indivíduos contra a tirania e arbitrariedades do Estado.

No cenário brasileiro, ao se realizar breve análise do histórico constitucional, é possível notar que a divisão de funções tem previsão expressa desde a Carta Imperial de 1824, quando assumiu dimensão quadripartite - além da legislativa, judiciária e executiva, foi prevista a função moderadora, de titularidade do imperador, que controlava todas as demais, conforme disposto no art. 10 do referido texto normativo.

Nesta toada, destaca-se que apenas a partir da primeira constituição republicana, em 1891, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a lógica de tripartição das funções estatais, tal como no modelo estruturado por Montesquieu (art. 15 do referido diploma). A partir deste marco todos os textos constitucionais até a vigente Carta Fundamental de 1988 abrigam tal teoria.

Entretanto, ao nos debruçarmos sobre o contexto histórico pátrio é possível vislumbrar que em períodos específicos determinada função do Estado destacou-se mais do que outras, chegando inclusive a subordiná-las. Tal fato evidencia-se, por exemplo, na análise do período de vigência da Constituição Brasileira de 1967 que vigorou durante a ditadura militar. A referida norma fundamental contemplava em seu texto, especificamente no artigo 6º, a separação harmônica dos poderes do Estado. Porém, ao arripio de tal previsão, o cenário autoritário que se instalou promoveu o alargamento do Executivo e da figura do Presidente da República, interferindo nas atribuições do Legislativo e do Judiciário, conforme apontam Eduardo Martins de Lima e José Alfredo Baracho Júnior (2013).

Após o conturbado período ditatorial supramencionado e de muita luta social e política foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o intuito de promover a (re) democratização, ampliar o *rol* de direitos e garantias fundamentais, e reequilibrar as atribuições das funções das instituições estatais (executiva; legislativa e judiciária). Nessa linha, a Constituição previu, em seu artigo 2º, a tripartição e a harmonia as funções do Estado.

Ocorre, no entanto, que em face da ampla textualização de direitos, garantias e deveres promovida pela Carta de 1988 e da ineficiência dos agentes executivos, bem como da inércia dos membros do parlamento no que se refere à tutela de algumas garantias fundamentais, criou-se o cenário perfeito para o protagonismo judicial que temos testemunhado. Conforme aduz Luís Roberto Barroso (2012), tal fenômeno fica cada vez mais evidente e alarmante no país, em razão de estar a sociedade depositando nos magistrados sua expectativa para a melhor solução de velhos problemas e a garantia de direitos, comprometendo, tais circunstâncias, no entanto, a estrutura do Estado que pretende se afirmar como democrático, especialmente em face da atuação solipsista e midiática de alguns dos membros do judiciário.

3 A VERTENTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E BREVE ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS

Hodiernamente, considerando o contexto mencionado no tópico anterior, bem como a crise de representatividade e de coalização governamental⁷, observa-se, sob a ótica de alguns autores, argumentos que tentam explicar a expansão da atividade jurisdicional, como por exemplo, a oportuna inércia e o comodismo do Legislativo, apontados por Luís Roberto Barroso (2012), o que faz com que a população deposite, de maneira acentuada, sua crença na atividade jurisdicional.

Deste modo, vislumbra-se, que o Judiciário toma para si a atribuição de efetivador de direitos e garantias, certo de sua autoridade e sob o argumento de ser o guardião dos ditames constitucionais.

O protagonismo judicial é fenômeno recorrente no Brasil e no mundo, o que desperta argumentos favoráveis e contrários tanto no âmbito jurídico quanto no da ciência política. Sem desconsiderar a relevância do fenômeno em caráter mundial o presente trabalho se atentará para os aspectos nacionais da questão.

Para tratar de temática tão polêmica se faz necessário mencionar algumas distinções de extrema relevância para o presente estudo. Conforme aduz Amandino Teixeira Nunes Júnior (2014), o protagonismo judicial é gênero, do qual podem ser extraídas duas vertentes que não se confundem, o ativismo judicial e a judicialização da política.

7 Sobre coalizão governamental vide ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. v. 31, n. 1, 1988.

Para Luís Roberto Barroso (2012), é possível notar que o ativismo judicial e a judicialização da política, embora apresentem traços semelhantes, são ocorrências distintas. De acordo com o autor, a judicialização da política, também intitulada judicialização da vida, advém do próprio modelo constitucional pátrio, da vasta inserção de direitos na Carta Magna e da busca da sociedade pela efetivação desses direitos, e não da deliberação criativa do juiz. Já o ativismo judicial refere-se à participação mais ampla e inovadora do Judiciário no espaço dos outros poderes.

A despeito de ambos os fenômenos serem distintos, é importante ressaltar que a concentração da vida e de todas as decisões no âmbito do Judiciário, seja no aspecto do ativismo ou no da judicialização, é, em alguma medida, prejudicial aos ideais democráticos. Juliano Zaiden Benfido (2014) se manifesta do sentido de que é possível afirmar que um Estado apenas pode se pretender democrático quando nenhuma de suas instituições detiver, de maneira substancial, o poder concentrado no exercício de suas atribuições, em detrimento da participação das demais.

O protagonismo judicial é alvo de sérias críticas na literatura especializada. A presente pesquisa, no entanto, se atentará especificamente à vertente da judicialização da política e à breve análise de alguns casos que ilustram tal fenômeno.

Como já mencionado, a judicialização da política e o ativismo judicial não se confundem. Atentando-se ao conceito forjado por Luiz Roberto Barroso (2012), verifica-se que a Constituição Federal, no processo de (re) democratização do país trouxe não apenas a proteção dos indivíduos contra os arbítrios do Estado, mas também um extenso *rol* de direitos e garantias inerentes à manutenção de vida justa, digna e materialmente igual, tanto em âmbito individual como no coletivo.

Neste cenário tem-se o que se convencionou denominar de judicialização da política ou judicialização da vida. A força normativa da Carta Magna e a ampliação das atribuições do Judiciário, somadas à inefetividade e inércia do Legislativo e do Executivo, principalmente no que diz respeito à implementação de políticas públicas, faz com que a sociedade empodere, cada vez mais, o Judiciário com o intuito de satisfazer seus direitos constitucionalmente e legalmente garantidos.

Desta forma, o indivíduo ou a coletividade, quando acionam o Judiciário têm o direito constitucional à prestação jurisdicional, por força do art. 5º, XXXV, devendo o magistrado oferecer respostas às demandas

que lhes são apresentadas, sendo certo que tais respostas vincularão todos os envolvidos na questão.

De outro modo, é válido mencionar que não se verifica em face do Legislativo e do Executivo semelhante imposição normativa, afastando-se, cada vez mais, tais funções da coletividade. Por essa razão, dentre outras, a sociedade vislumbra na prestação jurisdicional o caminho mais curto e eficaz na satisfação das necessidades e garantia de direitos, conforme argumenta Helena Colodetti Gonçalves Silveira (2015).

Diante desse contexto, é possível afirmar que a judicialização da política ou da vida mediante a expressiva atuação do Judiciário na manutenção ou efetivação de direitos, apresenta-se sobre um viés positivo. Porém, o empoderamento da instituição impulsiona sérios questionamentos que envolvem o exacerbado uso dos princípios da discricionariedade, razoabilidade e proporcionalidade, a intervenção do Judiciário na esfera dos demais poderes, a concessão isolada de determinada medida em detrimento dos direitos e garantias de toda a coletividade, dentre outros argumentos.

No que se refere à análise específica de casos que deflagram a judicialização da política e seus excessos é válido destacar os reflexos de tal fenômeno no âmbito da saúde. Diante da disposição constitucional expressa ao direito à saúde, contemplado no art. 196, nota-se que a implementação de tal prestação deve ocorrer por meio de políticas públicas e sociais, ou seja, mediante a atuação de órgãos próprios, em regra, vinculados ao Executivo.

O primeiro ponto que merece referência aduz à não atribuição ao Judiciário de participação no processo de implementação de políticas públicas. Outro destaque é o alarmante fato de as decisões judiciais, especificamente no âmbito da saúde, resolverem apenas demandas pontuais, impondo gastos vultosos e desproporcionais ao Estado, prejudicando o investimento desses recursos em favor de um maior número de indivíduos.

Sobre a temática merece destaque o Mandado de Segurança 0034026-16.2010.8.26.0053 (SÃO PAULO, 2010) impetrado contra a Secretaria de Saúde Estadual do Estado de São Paulo, para obtenção de medicamento de alto custo. No caso supramencionado o impetrante, portador de doença rara, intitulada hemoglobínúria paroxística noturna, impetrou o mandado de segurança com o objetivo de ver fornecido pelo Estado o medicamento que lhe garantisse melhor qualidade de vida, embora não curasse a doença.

O impetrante obteve êxito o Estado de São Paulo gasta, anualmente, quase 800 mil reais, apenas para concessão de medicamentos e tratamento à parte vencedora.

Na judicialização da saúde, em casos como a decisão sobre a concessão ou não de medicamentos e/ou tratamentos de alto custo, a implementação de políticas públicas fica a mercê da discricionariedade do magistrado e de seu critério do que seja razoável e proporcional exigir ou sacrificar, sem que se avalie a capacidade orçamentária do ente federado que ocupa o polo passivo da demanda, e os impactos da decisão em outras prestações, comprometendo os recursos financeiros destinados à satisfação de outros direitos.

Outro caso que merece análise, ainda no que tange o direito à saúde, é o que envolve o julgamento da ação ordinária nº 0806879-36.2015.4.05.8100 (CEARÁ, 2015a) que correu 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará. Em sucinta análise, é possível verificar que o juízo monocrático de primeira instância indeferiu o pedido da parte autora, cuja pretensão era o fornecimento por parte do Estado do Ceará de medicamento não oferecido pelo Sistema Único de Saúde, ao argumento de que era portadora de Síndrome Mielodisplásica e não dispunha de recursos para o tratamento.

Não obstante a pretensão autoral tenha sido negada em primeira instância, o desembargador federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, concedeu a prestação pleiteada, mediante apreciação do Agravo de Instrumento 0806584-49.2015.4.05.0000 (CEARÁ, 2015b).

Na fundamentação da decisão, o desembargador menciona que as demandas que envolvem o direito à saúde devem ser examinadas com extremo cuidado, tendo-se em vista que os recursos são limitados e a destinação de valores para custear determinado tratamento não inserido na listagem do Ministério da Saúde, pode acarretar deficiência na prestação de outro serviço pelo SUS. Destaca ainda, em seus argumentos, que o Judiciário não pode interferir nas atribuições reservadas constitucionalmente ao Executivo e determinar a aquisição de medicamento diverso daqueles fornecidos pelo SUS, sob pena de prejudicar a execução das políticas públicas implementadas em prol da universalidade e afastar a isonomia no atendimento aos cidadãos.

Entretanto, a despeito de admitir a incompetência do Judiciário de se imiscuir em tal questão e afirmar que a concessão de medicamentos e tratamentos de maneira singular pode prejudicar o direito de inúmeras

pessoas, o desembargador, valendo-se de maneira desarrazoada e desproporcional de sua autoridade, concede o medicamento pleiteado.

Outro caso emblemático, para fins de se analisar os limites da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na atuação do Judiciário, é o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1698/DF, julgada em 25.02.2010, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia.

As agremiações partidárias autoras da demanda defendiam que durante o governo do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso e seu Ministro de Estado da Educação, Paulo Renato Souza, teriam sido omissos em garantir educação de qualidade no Brasil e erradicar o analfabetismo, conforme os ditames da Constituição Federal. A corte julgou improcedente a ação, ao argumento de que não se verifica omissão no trato do direito à educação.

Em que pese o fato de que a propositura da ação tenha ocorrido em uma cenário de divergências políticas conjunturais dos partidos autores em face de determinada política educacional de um ex-presidente, é preciso ressaltar que alguns ministros teceram relevantes considerações acerca da judiciabilidade de políticas públicas educacionais. Sem qualquer argumentação mais aprofundada e sem estabelecer a forma como sua decisão seria executada se fosse majoritária, o Ministro Marco Aurélio declarou seu voto pela procedência da ação consignando apenas que “o piso constitucionalmente previsto não basta. É preciso fazer mais, [isso porque] o piso mínimo *minimorum* não me conduz a assentar que não há omissão do Poder Público. Por isso, julgo procedente a ação, de iniciativa de partidos voltados para o lado social”.

Em seu voto, Gilmar Mendes consigna que o Tribunal não estaria a afirmar o atendimento satisfatório dos requisitos pertinentes à educação pelo Poder Público. Somente se estava a verificar a realização de políticas que se aproximassem progressivamente (doutrina da aproximação - *Annäherungslehre*) do desiderato constitucional estabelecido. Afirma este Ministro que “no futuro, se esse tema vier a se colocar novamente e se se entender que as políticas não se encaminham nesse propósito, certamente o Tribunal poderá ter outro entendimento.”

Arremata, por fim, o Ministro Carlos Ayres Britto:

é franqueado ao Supremo Tribunal Federal sindicarem o cumprimento das políticas públicas que já estão definidas na própria Constituição, ainda que em linhas gerais, mas aqui até com percentuais mínimos (...).

O Supremo Tribunal Federal está exercendo, com legitimidade, um ofício de controle de constitucionalidade que, de fato, lhe cabe. Agora, como disse o Ministro Gilmar, trata-se de política pública predefinida, claro que não com todas as minudências, com todas as especificidades, na própria Constituição Federal. E a norma de fato é norma-programa ou norma-tarefa, segundo a melhor doutrina.

Ainda sobre a temática do direito à educação, o STF apreciou, em 6/12/2011, o agravo regimental no recurso extraordinário n. 635.679. O referido recurso foi proposto pelo estado de Goiás objetivando a reforma de decisão do tribunal de justiça daquele estado, que acatou a ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Goiás pleiteando a construção de salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento da população e em cumprimento ao artigo 4º, inciso IX da Lei de Diretrizes e Bases (LDB), que estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de padrões mínimos de qualidade de ensino – definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem – e também em cumprimento ao artigo 34 da LDB de Goiás, que estabelece a relação adequada entre o número de alunos e o professor, de modo que esse seja prestado com qualidade e no prazo de seis meses.

Nesse caso, o STF, por unanimidade, acatou a ação civil pública proposta por entender que cabe ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo adote medidas que assegurem o direito à educação quando este não o faça espontaneamente.

Vê-se, portanto, que a postura intervencionista está presente inclusive na última instância do Judiciário brasileiro que se declara competente para intervir nas demais esferas do Estado quando entender conveniente, adotando, em regra, para fundamentação de tais decisões a necessidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4 CONCLUSÃO

Em face do breve estudo aqui desenvolvido a respeito dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas, verifica-se que o protagonismo desse decorre não apenas da ineficiência do Executivo e do Legislativo e da desconfiança geral da sociedade brasileira com relação a esses, mas também da forma de atuação dos magistrados em geral.

Valendo-se de decisões genéricas, fundadas em bom senso, princípios e referências subjetivas de justiça, ética e moralidade, o que se verifica é uma ingerência crescente do Judiciário em todas as esferas, tanto como fiscalizador, como na qualidade de agente executivo, não sendo ele próprio, no entanto, efetivamente regulado por ninguém.

Nessa linha, a menos que se reverta a onda de práticas centralizadoras por parte dos Tribunais e seus membros, estaremos chancelando o atendimento pontual de demandas e a garantia eventual – e individual – de direitos fundamentais em detrimento das próprias bases do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; LIMA, Eduardo Martins de. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502953>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 24 de jun. 2016.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 set 2016.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. *Lei 9.212 de 1990 de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. *Lei 9.213 de 1990 de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Ministério do trabalho e previdência social. *Portaria Interministerial nº 1 de 08 de janeiro de 2016*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=315164>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1698*, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-02 PP-00693 RTJ VOL-00214-01 PP-00016 RSJADV mai., 2010, p. 32-38

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 635679 AgR*, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 03-02-2012 PUBLIC 06-02-2012

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Mandado de Segurança 0034026-16.2010.8.26.0053*. Relator: JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI000YRXG0000>. Acesso em: 29 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (5ª Região). *Agravo de Instrumento no processo nº 0806584-49.2015.4.05.0000*. Relator: Sérgio Murilo Wanderley Queiroga. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/data/2016/02/PJE/08065844920154050000_20160226_68631_40500003795466.pdf. Acesso em: 19 out. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Montesquieu e a releitura da separação de poderes no estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica*. 2009. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21>>. Acesso em: 12 out. 2016.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Justicia y seguridad jurídica em um mundo de leyes desbocadas*. Reimpressão. Madrid: Civitas, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: Celso Bastos Editor, 2000.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *A previdência social na jurisprudência recente do STF – análise crítica e comparativa com a corte europeia dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_Ibrahim%2001.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1975.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *Ativismo judicial no Brasil: o caso da infidelidade partidária*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502954/001002783.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 set. 2016.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *O ativismo do Supremo Tribunal Federal*. 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2011_10734_1.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

OLIVEIRA, Cybele. Devido processo legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 8, n. 32, p. 178-179, jul./set. 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECASÉNS SICHES, Luiz. *Los temas de La filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1934.

RECASÉNS SICHES, Luiz. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

RECASÉNS SICHES, Luiz. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 20 out. 2016.

SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$ 800 mil*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SILVEIRA, Helena Colodetti Gonçalves. *Direito e modernização brasileira: o papel civilizatório da jurisdição constitucional*. 2015. 211 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos: check and balances*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermeneutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.