

O CONTROLE CONSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSTITUTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICY IN THE FEDERAL SUPREME COURT

Danielle Anne Pamplona¹

Manoela Moreira de Andrade²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 1.1 Adis dos governadores; 1.2 Adis da procuradoria-geral da república; 1.3 Adis dos partidos políticos; 1.4 Adis das confederações sindicais ou de classe com representatividade nacional; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar os resultados de uma pesquisa que visava identificar casos em que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, decidiu sobre a constitucionalidade de políticas públicas, para verificar a hipóteses de ativismo judicial. O objetivo específico foi identificar quais as decisões do STF no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade declararam inconstitucionais políticas públicas e quais os seus fundamentos. Em um segundo momento, o objetivo foi identificar as ações que discutem a constitucionalidade de instrumentos que veiculam políticas públicas, para então analisá-las, quanto à declaração de inconstitucionalidade, com o objetivo final de avaliar a fundamentação exposta e definir se se trata de exemplo de ativismo judicial. A pesquisa foi iniciada com a busca das políticas públicas realizadas pelos ministérios do governo federal. Após, foram analisadas todas as ações em sede de controle abstrato registradas no STF, e as que não tratavam do tema central desta pesquisa foram descartadas. Ao mesmo tempo em que se fazia a análise das ações, foram coletados os dados propostos no plano de trabalho. Foram analisadas todas as 4.432 ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas no STF. Houve ativismo judicial em 68,51% das ações.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Judicialização da Política; Ativismo Judicial.

¹ Professora da Pós-Graduação e da Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006). *E-mail:* dapamplona@pamplonaebraz.com.br.

² Graduanda do décimo período pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. *E-mail:* manuelamandrade@yahoo.com.br.

ABSTRACT

The present article presents to show the results from a research with the main point was to identify case law from Supremo Tribunal Federal, judging cases of abstract constitutionality control concerning public policy, to verify hypothesis of judicial activism. The specific objective was to identify with decisions declared the public policies unconstitutional and its foundation. In a second moment, the goal was to find the lawsuit that argue the constitutionality of instruments that convey public policy to analyze them, concerning the declaration of unconstitutionality, to evaluate the reasons given and define if it is an example of judicial activism. The research began with the pursuit of public policies carried out by federal ministries. After that, were analyzed all the motions involving abstract judicial control were analyzed in STF and those that did not involved the theme of this research were discarded. At the same time, were collected the data proposed in the work plan. Were analyzed all 4.432 direct actions on unconstitutionality in STF. It was identified judicial activism in 68,51% of them.

KEY WORDS: Public Policies; Judicialization of politics; Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho resulta de um projeto de pesquisa cuja intenção era identificar casos em que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da inconstitucionalidade de leis que versavam sobre políticas públicas, caracterizando ativismo judicial.

O objetivo é apresentar os resultados de uma pesquisa realizada ao longo de julho de 2009 até julho de 2010, com o intuito identificar todos os casos em que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, decidiu sobre a constitucionalidade de políticas públicas, para então verificar casos de ativismo judicial.

O objetivo específico do projeto de pesquisa foi identificar quais as decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade declararam inconstitucionais políticas públicas e quais os seus fundamentos.

Feita análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIS – que tinham como objeto de questionamento as políticas públicas, entendidas como aquelas medidas isoladas pelo Estado para dar efetividade aos direitos fundamentais³,

³ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 47.

classificando sua legitimidade ativa e passiva, origem da norma, resultado do julgamento e matéria tratada.

Destas, serão apresentadas diversas classificações que foram perceptíveis através das pesquisas realizadas, para que se determine se há ou não ativismo judicial.

1 DESENVOLVIMENTO

A pesquisa pretendeu inicialmente identificar quais eram as decisões do Supremo Tribunal Federal Federal no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade declararam inconstitucionais políticas públicas e quais os seus fundamentos.

Inicialmente procurou-se arrolar todas as políticas públicas institucionalizadas nos Ministérios do Poder Executivo, onde já foi identificada a primeira dificuldade. Houve, então, uma mudança na orientação da pesquisa. A pesquisa se atentou ao recolhimento de dados que concernem às ações utilizadas no controle abstrato de constitucionalidade e sua classificação de acordo com critérios como o sujeito ativo, objeto e matéria.

Em um segundo momento, o objetivo foi identificar as ações que discutem a constitucionalidade de instrumentos que veiculam políticas públicas, entendidas como tais aquelas institucionalizadas em um Ministério de Estado, para então analisá-las, quanto à declaração de inconstitucionalidade, com o objetivo final de avaliar a fundamentação exposta e definir se se trata de exemplo de ativismo judicial.

A pesquisa foi iniciada com a busca de todas as políticas públicas realizadas pelos ministérios do governo federal. Quando da apresentação do projeto, entendia-se que esse passo seria o inicial e suficiente para levar à identificação da legislação que poderia ser objeto de controle de constitucionalidade no STF. Então, passou-se à coleta das informações nos sítios dos Ministérios.

O volume de programas era muito extenso, e nem sempre foi possível determinar a qual legislação estavam vinculados. A impressão obtida da análise

dos documentos é de que todo o material que era encontrado fazia parte apenas do plano do atual governo federal, o que levou a conclusão de que se fossem analisadas apenas políticas públicas implementadas por esta gestão (2006-10) o resultado encontrado seria distorcido.

Com a constatação desses dados, a conduta adotada foi modificada. Foi feito o caminho inverso, analisando-se primeiramente as ações, e ao mesmo tempo delimitando-se se serviria como objeto da análise ou não, ou seja, se seu objeto tratava de política pública ou não. Foram analisadas todas as ações em sede de controle abstrato registradas do Supremo Tribunal Federal, e as que não tratavam do tema central desta pesquisa foram desde logo descartadas.

A premissa da pesquisa é que a atuação judicial na conformação das políticas públicas é imprópria, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo.

O intuito era identificar quais foram as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade que declararam inconstitucionais políticas públicas, iniciou-se a partir de um levantamento sobre as políticas públicas institucionalizadas pelos Ministérios do Poder Executivo Federal.

A dificuldade em delimitar as diversas políticas públicas implementadas pela administração pública federal foi notória, pois as mesmas se confundiam com as “políticas de governo” e “políticas de estado”:

A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas, cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas “políticas de Estado” -, há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas “políticas de governo”⁴.

Identifica-se que os diferentes governos tomam para si as políticas públicas, olvidando que as mesmas devem ser elaboradas para a população,

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

independente do partido político que esteja no poder em determinado momento. Essa visão distorcida, por motivos eleitoreiros, prejudicou o andamento do trabalho, pelo que a metodologia precisou ser modificada.

Para a conclusão da análise das 4.432 ações diretas de inconstitucionalidade, as quais tiveram trâmite no Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1989 e 2010, elegeu-se como conceito de política pública o encontrado nos ensinamentos de Maria Paula Dallari Bucci, como sendo “programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados”⁵.

Complementando o sentido de política pública, Eros Grau nos mostra que

A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade (...). A Expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público da vida social⁶.

Pode-se afirmar que as políticas públicas têm distintos suportes legais, podendo ser expressas por disposições constitucionais, leis e normas infralegais, como decretos, portarias, contratos de concessão pública, etc. Assim como encontrado na pesquisa aqui realizada, das ações definidas como objeto de estudo percebe-se que são veiculadas por leis infraconstitucionais, regulamentos, portarias, entre outras espécies normativas.

A partir do referido conceito de política pública, foram encontradas 111 ações que tinham como objeto de questionamento legislações tratando do assunto. No entanto, apenas 50 tiveram julgamento de seu mérito até a data em que se conclui a pesquisa, tendo sido perceptível ativismo judicial em 68,51% das ações. Ou seja, quase 70% das leis foram declaradas inconstitucionais, ressaltando a ação do Poder Judiciário sobre assuntos, ao menos em tese, de competência do Poder Executivo.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

⁶ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21.

Com a intenção de classificar as legislações contestadas, tendo-se em vista o objeto da norma, foram produzidas diversas categorias, baseando-se na classificação encontrada em Luiz Vianna Werneck⁷, abrangendo as seguintes categorias da vida social: administração pública, regulação econômica, política tributária, regulação da sociedade civil e relações de trabalho.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade analisadas, a legislação contestada envolve principalmente políticas públicas nas áreas de incentivos educacionais, fiscais, culturais e assistenciais.

Aqui se abriu espaço para uma nova classificação em relação ao que foi encontrado como justificativa para a declaração da inconstitucionalidade da lei.

As decisões foram principalmente fundamentadas por contrariar os dispositivos constitucionais que se referem a direitos e princípios fundamentais, assistência social, impostos da União, organização de poderes, administração pública, ordem econômica e financeira, organização político administrativa da União, tributação e do orçamento, dentre outros.

1.1 ADIS DOS GOVERNADORES

Com a pesquisa foi possível observar os Executivos estaduais como atores centrais na atuação relativa à propositura de ações de inconstitucionalidade envolvendo políticas públicas. As ADIS propostas pelos Governadores representam 44,4% das que consideramos objeto de estudo, revelando a natureza particular da Federação brasileira, uma vez que o recurso às ADIS por eles vem sendo usado para que a União intervenha contra a legislação produzida nas assembleias estaduais. Apenas encontra-se legislações de origem estadual (ou distrital) contestadas por eles, o que leva a concluir-se que no âmbito estadual, o poder legislativo vem interferindo no papel exclusivo do poder executivo de criar políticas públicas. As normas contestadas encontram-se

⁷ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47-70.

principalmente nas categorias de “política social” e “regulação da sociedade civil”.

1.2 ADIS DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Ministério Público passa a ocupar papel fundamental na defesa das leis e da sociedade, especialmente nos casos de interesses sociais e individuais indisponíveis, assim como os direitos fundamentais, principal alvo das políticas públicas. As ADIS propostas pela Procuradoria-Geral da República representam 20,37% dentre as que versavam sobre política pública, demonstrando a atuação do chamado fiscal da lei, especialmente quando algumas delas parecem ser contrárias à Constituição da República.

1.3 ADIS DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Interessante analisar as ADIS de iniciativa dos partidos políticos por ser perceptível como a atuação maior se dá pelos partidos, em regra, de oposição ao governo da época. Estas representam 11,11% das ações ajuizadas entre 1988 e 2010, com julgamento de mérito, tratando de leis questionando políticas públicas, o que demonstra a possibilidade de participação de diversos setores da sociedade, relativizando a aparência de ditadura da maioria, já que todos os partidos com representatividade no Congresso Nacional estão aptos a participar do processo democrático da construção jurisprudencial referente a políticas públicas. No entanto, vale dizer que dentre todos os legitimados ativos para propor demandas constitucionais diretas, os partidos políticos tiveram o número menos expressivo.

1.4 ADIS DAS CONFEDERAÇÕES SINDICAIS OU DE CLASSE COM REPRESENTATIVIDADE NACIONAL

As ADIS propostas por essas entidades reserva algumas exigências especiais para serem apreciadas, como a pertinência temática em relação á sua identidade associativa, relativizando o papel de “defensor da Constituição” conferido a elas. As ações de iniciativa dessas entidades representam 22,22%, e em sua maioria, tratam de política social e política tributária.

Ao mesmo tempo em que se fazia a análise das ações, foram coletados os dados propostos no plano de trabalho, ou seja, a identificação do tipo de ação, dos autores e do objeto da mesma, preparando o terreno para o último passo: a apreciação das decisões que declararam a inconstitucionalidade de ações cujo objeto principal eram atos normativos relacionados com políticas públicas. Dessa forma, passou-se à próxima fase da pesquisa: avaliar se a atuação do Superior Tribunal Federal ao analisar políticas públicas pode ser identificada como ativismo judicial.

Foram analisadas todas as 4.432 ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1989 até 2010. Destas, apenas 111 tratavam de leis versando sobre políticas públicas contestadas. Foram consideradas ações tratando de política pública aquelas que tinham como objeto normas que intuíaam dar efetividade aos direitos fundamentais elencados na Constituição Brasileira, por meio de atuação do Estado.

Perceba-se que esse passo foi definitivo para a modificação da metodologia e para a continuidade dos trabalhos. Ao contrário do que se acreditou, em um primeiro momento, necessário foi avaliar cada uma das ações em busca de seu objeto, e cotejá-lo com o conceito de políticas públicas adotado, para então definir se a ação fazia ou não parte do conjunto de ações que se adaptam à hipótese do trabalho. Definiu-se que para os fins de pesquisa que as ações analisadas deveriam estar circunscritas àquelas com julgamento de mérito para evitar possíveis distorções nas conclusões do trabalho, ou seja, a inclusão de

julgamentos anulando legislação, por questões formais, afasta desde logo a possibilidade de ativismo judicial.

Dentre as 111 ações que se encaixavam na hipótese de estudo, apenas 50 tiveram julgamento de mérito, as quais efetivamente foram objeto de análise mais aprofundada. Para tanto, adotou-se a classificação encontrada na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes et al.⁸. Desta forma, inconstitucionalidade formal é aquela em que o vício não atinge o conteúdo do ato normativo, mas apenas aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei, traduzindo um defeito de formação do ato normativo, enquanto a inconstitucionalidade material se apresenta dando ensejo a um conflito com regras ou princípios constitucionais, dizendo respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato.

Dessas 50 ações com objeto de questionamento legislações que tratavam de política pública, constatou-se que 14 tratavam de leis federais, 32 tratavam de leis estaduais e 4 de leis do Distrito Federal.

Dentre essas, 26 obtiveram resultado procedente, 11 parcialmente procedentes, e 13 foram improcedentes.

Outro dado importante que se pôde retirar da análise diz respeito às matérias tratadas pelas leis questionadas. Dentre elas, 18 ações versavam sobre direito administrativo, 16 sobre direito tributário, 6 sobre direito previdenciário, 1 de direito trabalhista, e 3 referentes a outras matérias constitucionais.

Das 50 ações que foram o principal objeto de análise desta pesquisa 22 tiveram legitimidade ativa dos governadores de estado, conferida pelo artigo 103, inciso V da Constituição da República, um total de 5 de partidos políticos, conferida pelo artigo 103, inciso VIII, 11 ações com legitimidade ativa do Procurador-Geral da República, conforme o artigo 103, inciso VI, e 12 ADIS tiveram iniciativa de Confederações Sindicais ou de Classe com representatividade nacional, conforme garantido pelo artigo 103, inciso IX.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1061-1063.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle judicial das políticas públicas tem gerado discussão a respeito da perspectiva de possibilidade e limites exercidos pelo poder judiciário. A premissa deste trabalho foi que a atuação judicial na conformação das políticas públicas é imprópria, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo.

Após um ano de trabalho, chega-se ao final da execução do plano de pesquisa com os objetivos propostos alcançados.

Foram analisadas todas as 4.432 ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas no Supremo Tribunal Federal, do ano de 1989 até 2010. Dentre as 111 ações que tinham como objeto de questionamento normas versando sobre políticas públicas, analisou-se a legitimidade ativa e passiva, a origem da norma contestada, o assunto, os dispositivos legais questionados, os resultados e o tipo da inconstitucionalidade, quando declarada.

Percebeu-se que apesar de 111 ADIS tratarem de política pública, nem todas tiveram julgamento de mérito. Grande parte delas foram julgadas pelos vícios formais que apresentavam, especialmente vícios de iniciativa, o que não caracteriza caso de ativismo judicial.

As ADIS que foram objeto de análise por se tratarem de política pública com julgamento de seu mérito tratavam principalmente de assuntos abrangendo a administração pública, regulação econômica, política tributária, regulação da sociedade civil e relações de trabalho.

Como justificativa para a declaração da inconstitucionalidade da lei, as decisões foram principalmente fundamentadas por contrariar os dispositivos constitucionais que se referem a direitos e princípios fundamentais, assistência social, impostos da União, organização de poderes, administração pública, ordem econômica e financeira, organização político administrativa da União, tributação e do orçamento, dentre outros.

Quase 70% das ADIS foram declaradas procedentes, declarando, necessariamente, a inconstitucionalidade das leis apreciadas, ressaltando a ação do Poder Judiciário sobre assuntos, ao menos em tese, de competência do Poder Executivo, revelando que a hipótese que deu origem ao projeto de pesquisa foi confirmada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Ministério da Agricultura, Pecuário e Abastecimento.** Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério da Ciência e Tecnologia.** Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério da Cultura.** Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/categoria/politicas/>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério da Defesa.** Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério da Fazenda.** Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério da Integração Nacional.** Disponível em: <<http://www.integracao.gov.br/>>. Acesso em: 17 ago. 2009.=

BRASIL. **Ministério da Justiça.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA21B014BPTBRNN.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério da Pesca Aquicultura.** Disponível em: <<http://www.mpa.gov.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério da Previdência Social.** Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=418>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério das Cidades.** Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério das Comunicações.** Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério de Minas e Energia.** Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/mme>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Agrário.** Disponível em: <<http://www.mda.gov.br/portal/>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.** Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.** Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério do Esporte.** Disponível em: <<http://www.esporte.gov.br/>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.** Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego.** Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério do Turismo.** Disponível em: <<http://www.turismo.gov.br/turismo/home.html>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

BRASIL. **Ministério dos Transportes.** Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas:** Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política.** São Paulo: Brasiliense, 1984.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: RT, 2005.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto.** 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

PAMPLONA, Danielle Anne; ANDRADE, Manoela Moreira de. O controle constitucional de políticas públicas no supremo tribunal federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.