



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO.

NUCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTIFICO

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ORIENTANDO: WELINTON DE MEDEIROS SANTOS
ORIENTADOR: PROF. ME. MARCELO DI REZENDE BERNARDES

WELINTON DE MEDEIROS SANTOS

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, do Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO).

Professor Orientador: Me. MARCELO DI REZENDE

WELINTON DE MEDEIROS SANTOS

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Data da defesa, 08 de junho de 2022

BANCA EXAMINADORA

Orientador: PROF. ME. MARCELO DI REZENDE BERNARDES

Examinador Convidado: PROF. DRA. MARINA RUBIA MENDONÇA
LOBO

A FRAGILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Welinton de Medeiros Santos¹

Resumo: Busca-se com a presente pesquisa, desenvolver o assunto “A efetividade do controle judicial de políticas públicas”, e, sobretudo analisar a eficácia da medida, ante os anseios da sociedade no que diz respeito aos direitos sociais, objetivamente de que forma, esse controle judicial tem conferido efetividade aos supramencionados direitos, em longo prazo, considerando, sobretudo, que esse tema deve ser analisado com ressalvas, pelo risco da judicialização “excessiva” comprometer a democracia e acabar por judiciar a política pública. Será discutido também, acerca do posicionamento doutrinário e jurisprudencial do tema, que tem se mostrado cada dia mais polêmico, dado o seu caráter de fundamental importância em uma sociedade que sofre com a má gestão dos recursos públicos, influenciando diretamente na disponibilização de serviços públicos essenciais, interferindo de modo inevitável no exercício da cidadania por parte das pessoas, que não raro, recorrem ao Poder Judiciário como última ratio frente a determinada omissão do Poder Público, em dar cumprimento ao que dispõe a Magna Carta.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Eficácia. Direitos Fundamentais. Estado Democrático de Direito. Ações Afirmativas. Direitos Sociais. Posicionamento doutrinário e jurisprudencial. Descaso. Orçamento Público. Políticas Públicas.

¹ Acadêmico do 9º Período do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	6
2 – AS ORIGENS DO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL EM DETRIMENTO DO MODELO DE ESTADO LIBERAL.....	7
3 – UMA ABORDAGEM REFLEXIVA SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	9
4 – A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – UM EMBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA.....	12
5 – CRITICAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.....	14
6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	19
7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	22

1 - INTRODUÇÃO

Atualmente o Brasil passa por um cenário de crescente descrédito da sociedade na democracia participativa, em virtude de fatores diversos, mas sobretudo pela dificuldade com que os cidadãos se deparam sempre que necessitam de alguma prestação por parte do Poder Público. É de conhecimento geral que a saúde pública, a educação, moradia, segurança e assistência aos desamparados são os direitos mais afrontados por parte do Estado que se mostra incapaz de efetivá-los, tendo em vista o alto custo de tais direitos prestacionais, e sobretudo a ineficiência burocrática de gestão, aliados à corrupção que assola o país.

Diante de tais fatores, o Judiciário tem sido cada vez mais demandado com ações de obrigações de fazer ou mesmo mandamentais, objetivando que o juiz determine ao gestor/administrador o cumprimento de determinada prestação tendente a dar efetividade ao direito afrontado por omissão, ou prestação deficiente, contudo, o debate polariza-se entre os que são a favor e contra tal medida.

O ativismo Judicial, tem sido entendido como “(...) uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”², noutro vértice há que se levar em consideração o Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil), que estabelece que cada Poder é especializado no exercício de uma função e ao Poder Judiciário compete a função jurisdicional, não podendo a priori interferir no agir do administrador público, pois não lhe é dado gerir políticas públicas.

Ante o caráter de fundamentalidade inerente aos direitos sociais, são também conhecidos como direitos de crédito pois requerem uma ação por parte do Estado, através da prestação de serviços essenciais capazes de propiciar o exercício da cidadania da forma mais plena possível.

É certo que a judicialização dadas as suas ressalvas é também inrente ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a própria Constituição Federal

² DELGADO, José Augusto. Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. Processo civil novas tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 319.

define em seu artigo 5º inciso XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A jurisprudência pátria tem demonstrado que os magistrados estão atentos à tais direitos e na maioria das vezes vem deferindo os pedidos, condenando o Poder Público em obrigações de fazer, ou mesmo determinando o bloqueio de verbas públicas com o intuito de custear determinado serviço essencial na iniciativa privada, o que causa também um impacto no orçamento público.

Contudo, esta postura dos magistrados tem causado certa polêmica no meio jurídico, tendo em vista que alguns são a favor da interferência do Judiciário nas políticas públicas, ao afirmarem que sempre que um direito fundamental estiver em risco de perecimento o magistrado deve fazer a intervenção em respeito ao mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, e os que são contra por afirmarem tal intervenção, fere o princípio democrático, tendo em vista não ser competência do juiz adentrar no mérito administrativo, e que essa tarefa é exclusiva da administração pública.

Não obstante os apontamentos acima aduzidos, a pesquisa se ocupará em analisar como as decisões judiciais têm interferido no orçamento público e na realidade social, e propor possíveis soluções para amenizar o impacto dessas decisões no orçamento público.

Entre outros, será abordado, a partir da conceitualização de políticas públicas, a necessidade de limitação da atividade jurisdicional, com o propósito de evitar o seu desenframento, considerando a gerir dinheiro público e implementar política pública não é atividade fim do Poder Judiciário.

2 - AS ORIGENS DO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL EM DETRIMENTO DO MODELO DE ESTADO LIBERAL

Após a queda do regime absolutista europeu, o Estado sob influência da burguesia teve sua atuação consideravelmente minimizada, limitando-se assistir passivamente o crescimento do capitalismo e conseqüentemente a concentração de renda nas mãos da minoria.

O Estado Liberal não intervencionista estava diante de um dilema, como esperar que os agentes econômicos que almejavam o lucro, estivessem preocupados com o bem estar social? Com a concentração de capital veio conseqüentemente a concentração de poder de modo que, as liberdades materiais foram inevitavelmente afetadas, exigindo um novo modelo de Estado, que fosse capaz de proporcionar o bem social acima daquelas pretensões almejadas pelo Estado Liberal que são os chamados direitos de primeira geração (de caráter individual e negativo).

As revoluções do período entre guerras deram lugar a um movimento conhecido como “Constitucionalismo Social”, que foi responsável por disseminar a ideia de que as cláusulas programáticas deveriam estar inseridas em um texto constitucional, possui como características os direitos fundamentais, o surgimento das garantias institucionais e a separação de poderes.

Como tentativa de controlar as distorções ocasionadas pelo capitalismo liberal, uma nova ordem foi criada e com isso surge o Welfare State, ou Estado Providência (modelo de Estado intervencionista e assistencialista), que como idealizador do desenvolvimento econômico e financeiro, atuaria conjuntamente com os agentes econômicos, não em busca do lucro mas sim, como motivador do interesse público, na medida em que ao realizar atividades primordialmente acometidas à iniciativa privada, realizaria políticas públicas capazes de minimizar as diferenças econômicas, como instrumento de um padrão superior e mais concreto de Democracia.

A insuficiência do modelo liberal se mostrou em diversos momentos na história, como a queda da Bolsa de Valores americana, que conseqüentemente afetou países por todo o mundo, ocasionando desempregos em massa, instabilidade e miserabilidade devastadora.

O individualismo prevalecente no modelo liberal de Estado passou a ser atacado por ideias de intervenção nos contratos privados, especialmente nos contratos de emprego, a justiça social e o igualitarismo vão permeando a atuação do Estado por intermédio da implementação de políticas públicas garantidoras/redistributivas e nas relações sociais, por intermédio das normas de direito trabalhista com caráter de distribuição de renda e de poder.

Desse modo seria necessária a instituição de um Estado que não obstante, preservasse a propriedade privada dos fatores de produção, promovesse a estatização parcial da economia de modo que, atuando em prol do bem-estar comum, pudesse realizar a distribuição de bens e serviços aos cidadãos hipervulneráveis.

O Estado Liberal estava primordialmente preocupado em proteger os direitos individuais, relativos à vida, liberdade e propriedade, sendo que os direitos políticos eram restritos apenas à elite, inexistindo os direitos sociais, de modo que a proteção à propriedade era muito mais importante que os direitos sociais, demonstrando assim que ambos modelos de Estado apresentam interesses antagônicos.

Não obstante o teor eminentemente político socialista latente na Europa em meados de 1917, é pertinente que se diga que após as reivindicações principalmente da classe trabalhadora, tornou-se claro que o Estado não estaria mais em condições de assistir passivamente a esmagadora realidade a que os cidadãos estavam submetidos, sem condições mínimas de dignidade, onde imperava a fome, o desemprego e a miséria.

Importante ressaltar, que os direitos sociais apareceram pela primeira vez em texto constitucional, na Constituição francesa de 1848, seguida pela Constituição de Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, no Brasil a primeira previsão se deu na Carta de 1934 em seu título IV reservado à ordem econômica e social, com forte influência da Constituição Alemã de Weimar de 1919.

Diante disso, o Estado Social nasce com uma latente ideologia de justiça e buscando o equilíbrio entre as classes, de modo que os menos favorecidos, tenham acesso a prestações positivas por parte do Poder Público, que atuaria em prol desses direitos como um divisor de bens sociais, possuindo como ideais as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, centralidade da pessoa humana, bem-estar e justiça social.

3 - UMA ABORDAGEM REFLEXIVA SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Políticas públicas são princípios norteadores da ação do Poder Público, e são diretrizes, procedimentos e regras que determinam as relações entre o Estado e os atores sociais a que se destinam as aplicações de recursos públicos e os benefícios sociais, concretizados em programas, financiamentos e leis que traduzem a natureza e as prioridades de determinado regime político. É dizer, políticas públicas traduz-se no agir do Estado, por intermédio de sua rede institucionalizada e complementarmente com o apoio da sociedade civil para a concretização da execução de bens e serviços em prol do interesse coletivo.

Definir políticas públicas significa exercitar o poder político frente a diferentes interesses de setores sociais conflitantes em agendas restritivas de gasto, equilíbrio entre receitas e despesas, inclusão de setores sociais e principalmente a possibilidade de efetivação do exercício da cidadania, na medida em que a elaboração, implantação e legitimação dessas políticas se realizam cada vez mais com a participação dos setores organizados e/ou emergentes da sociedade civil, como por exemplo com a participação dos Conselhos cada vez mais forte no que diz respeito às decisões políticas e administrativas na formulação da agenda, e com o fortalecimento de canais institucionais tradicionais.

A publicização, a transparência e o efetivo envolvimento do público e da mobilização social tornam mais efetiva a regulação dos interesses conflitantes entre os diferentes atores sociais e entre esses e o Estado, na busca de eficácia e legitimação das políticas públicas (TEIXEIRA, 2002).

Significa dizer que até que determinada política pública entre na fase de implementação, houve um embate deveras intenso, impulsionando toda a engrenagem do Estado, tanto de pessoal quanto econômico financeiro para que ela acontecesse, envolvendo um processo dinâmico, através de movimentações sociais e políticas com interesses convergentes e alianças. A partir da conceituação de política pública chega-se facilmente à conclusão que se trata de uma atividade complexa e multidisciplinar, logo, a formulação de uma política pública envolve colocar em síntese as relações desenvolvidas pelo Estado, pela política, pela economia e pela sociedade, o que resulta na busca pelo entendimento de várias disciplinas, teorias de campo da sociologia, ciência política e da economia.

Sem a pretensão de apresentar uma resposta imediata à um problema tão complexo, o intuito desta produção acadêmica é unicamente buscar um pensamento

reflexivo, sobretudo porque se tratando de um processo tão dinâmico e complexo, seria no mínimo ingênuo avaliar como positiva a interferência desenfreada do Judiciário na implementação de políticas públicas.

Além disso a realização e a proteção de direitos sempre custam dinheiro, e muito dinheiro, seja no caso dos direitos sociais seja no dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, recursos públicos são indispensáveis também para a proteção da liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de associação etc., já que a criação e a manutenção de instituições políticas, judiciárias e de segurança, é necessária para a garantia desses direitos.

Um exemplo simples de uma consequência danosa desse ativismo judicial desenfreado é a distribuição de medicamentos de forma desordenada e individual pelo Poder Judiciário, fazendo isso os juízes podem estar prejudicando políticas públicas na área da saúde, mesmo que sob a justificativa de proteção de um direito fundamental, podem prejudicar várias pessoas, isso porque em um cenário de escassez de recursos o dinheiro necessariamente será retirado de algum programa em operação para atender aquele caso específico.

Em outras palavras, o dever do Poder Judiciário não é distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, mas sim de ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas do Poder Executivo e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que precisar, para solucionar uma demanda em específico que lhe for posta. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas.

Dessa forma o Poder Judiciário seria capaz de pensar as políticas públicas de uma forma global, e não individualizada, respeitando as decisões tomadas pelas autoridades políticas, de modo a não fazer realocação de recursos públicos de forma irracional e individualista, considerando sobretudo que os recursos são escassos e as demandas são variadas e volumosas, sobretudo na área da saúde.

Talvez a forma de Separação de Poderes poderia até ser vista como um convite ao diálogo entre as instâncias e não como poderes estanques e isolados, mas para que isso ocorra o próprio foco de ação dessa instituição (judiciário) deveria ser repensada, posto que já demonstrado que sua atuação de forma irracional e individualista não irá contribuir para a real implementação das políticas públicas no Brasil.

4 - A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS- UM EMBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Primeiramente urge conceituar políticas públicas para que se possa compreender de que modo elas são primordiais na consecução dos fins almejados pelo Estado de Bem Estar Social.

Para atingir resultados em diversas áreas e promover o bem-estar social, o governo utiliza a política pública que pode ser definida da seguinte forma:

“(...) Políticas Públicas são um conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução de problemas sociais(...)”.³

De um modo geral os estudiosos da Ciência Jurídica, são uníssomos em reconhecer as políticas públicas como um meio de efetivação por parte do Estado dos direitos de cunho prestacional, logo, o planejamento governamental tem como objeto principal, a consecução dos direitos sociais e demais direitos fundamentais.

É o que aponta Freire (2005, p.48):

Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los.

No mesmo sentido é o pensamento de Bucci (1996, p.135):

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais

³ Políticas Públicas: conceitos e práticas/supervisão por Brenner Lopes e Jeferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Caldas- Belo Horizonte: SEBRAE/MG, 2008. 48p.

(...) a função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos - à saúde, à educação, à previdência, habitação - se legitima pelo convencionamento da sociedade quanto à necessidade de realização destes direitos sociais.

Ao polemizar a questão da judicialização das políticas públicas, têm-se de um lado os que defendem o movimento sob o primado da fundamentalidade dos direitos sociais e da Dignidade da Pessoa Humana como primado do Estado Democrático de Direito, e os que são contrários apontando que afronta diretamente a Separação dos Poderes, pois o agir estatal por intermédio de ações prestacionais não compete ao Poder Judiciário mas sim aos gestores escolhidos pelo povo em processo democrático legítimo.

Contudo, ao se analisar as políticas públicas, por uma visão jurídica constitucional, de modo a alcançar na sua plenitude a finalidade almejada, a partir da percepção do Estado Democrático de Direito como instrumento de proteção e concretização dos direitos fundamentais, corre-se o risco de gerar decisões destituídas de legitimidade por ferir a democracia procedimental (art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil).

Explica Silva (2001, p. 112) o que vem a ser Estado Democrático de Direito:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza a de ser um processo de convivência social, numa sociedade livre, justa, e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e de ser exercido em proveito do povo, diretamente, ou por representantes eleitos (art. 1º § único); participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim, o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana, das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas

especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Sendo assim, o ideal é que os governantes, definam suas prioridades, e enfim implementem as políticas públicas, em consonância com os primados do Estado Democrático de Direito instituído pela Carta Magna, com a finalidade de dar maior alcance às normas constitucionais de proteção aos direitos fundamentais, e sobretudo tendo como norte a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a intrínseca relação desta com os direitos fundamentais.

Esta afirmação se justifica pelo fato de que a priorização na aplicação dos recursos públicos, principalmente em áreas essenciais para o desenvolvimento da sociedade, como é o caso da educação, deve ser obrigação de todos os gestores públicos, logo se mostra fágil a justificativa apoiada na Reserva do Possível como forma de eximir o Estado de sua principal função.

No Estado Constitucional os princípios se revestiram de importância tal, que os administradores ao agir em prol do interesse público, devem observar a vontade da Constituição, sob pena de serem eles chamados a responder por desvio de conduta, ou improbidade administrativa, a depender do caso.

É o que defende Liberati (2013, p. 89) acerca desta vinculação do gestor à ordem jurídica constitucional quando se tratar de direito fundamental, vejamos:

A força imperativa da Constituição, no que diz respeito ao comando de implementação dos direitos fundamentais (que muitas vezes se dá em face da formulação e execução de políticas públicas), sobrepõe-se à vontade do político-ator, cuja função é traduzir a vontade da Constituição, definindo as ações que devem ser levadas à execução, com prioridade.

5 - CRÍTICAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Não há que se negar, que o controle por parte do Poder Judiciário das políticas públicas ou como preferem alguns doutrinadores, “definição das

alternativas pelo sistema político” (Taylor, 2007, p. 229), têm causado acaloradas discussões tanto na doutrina como na jurisprudência.

É pertinente que se diga, que o controle judicial de políticas públicas é mais expressivo em países da América Latina, especificamente no Brasil, por vezes frente a devastadora desigualdade social que assola o país, onde as disposições legais contidas na Magna Carta, não passam na maioria das vezes de dogmas.

É o que com extrema sensibilidade afirma o renomado autor Figueiredo (2007, p. 01):

De fato, a falta de cidadania de expressiva parte da sociedade nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, leva a uma maior participação do Poder Judiciário que acaba acolhendo inúmeras demandas sociais e coletivas que não conseguem ser articuladas nos canais intermediários ou “competentes”. Ademais, recorde-se que também encontramos judiciários mais ou menos “ativistas” ou “progressistas”, não só na América Latina mas em todo o mundo. A Suprema Corte de Israel, por exemplo é considerada, uma das mais ativas nesse sentido, rompendo os padrões tradicionais da jurisdição constitucional para ser considerada pró-ativa. Especialmente a partir da década de 80, a Corte têm desenvolvido um grande número de poderosas ferramentas para intervir na ação governamental, inclusive em áreas, que em outros Estados, essa intervenção seria considerada inconstitucional.”

Insta constar, que o Brasil intitula-se um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos: a) Soberania; b) Cidadania; c) Dignidade da Pessoa Humana; d) Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; d) Pluralismo político. Logo, é de se esperar de uma democracia, que ao menos esses preceitos tidos como motivações ao estabelecimento desta, sejam respeitados e sobretudo, usufruídos pela sociedade.

Portanto, nesse contexto de Estado Democrático de Direito esses princípios apresentam-se como o mínimo, de modo que sem eles, não há que se falar em democracia, os direitos sociais são elementos essenciais do sistema

democrático, sendo inerente ao Estado Democrático fornecer meios aos cidadãos de que estes vivam da forma mais digna possível.

Diante de todo o exposto, pode-se chegar à seguinte conclusão:

(...) sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não vivemos sem ela, pelo menos enquanto não descobirmos nenhuma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.⁴

Mas o ponto primordial dessa pesquisa diz respeito à problematização do ativismo judicial diante da atuação por vezes insatisfatória do Poder Executivo e Legislativo, que impulsionam a legitimação do magistrado a atuar como gestor de políticas públicas, e essa atuação acaba por desencadear em um ciclo vicioso pois estimula os demais poderes ainda mais a serem negligentes.

O ideal diante de todo o contexto social e democrático brasileiro, é que o Poder Judiciário direcionasse a demanda ao foro adequado, cobrando soluções e medidas emergenciais da autoridade competente para atuar, em homenagem ao Princípio Democrático, pois o juiz é legitimado, de acordo com a Magna Carta, a atuar de forma apenas indireta, de modo a preservar a independência e harmonia entre os poderes.

O ativismo judicial é um fenômeno positivo, pois é compatível com o estado democrático e com a implementação de direitos fundamentais, contudo, a sua interferência exacerbada pode transmutar a própria democracia ao esvaziar os demais poderes, e sobretudo por não ser garantia de eficácia pois, o magistrado ao decidir unilateralmente sobre determinada política pública de ação “coordenada entre diversos setores sociais” pode incorrer em erros.

Então qual seria a melhor alternativa? O ideal seria que o Judiciário atue como guardião da Constituição Federal, analisando a constitucionalidade e legalidade dos atos normativos e leis, e nos demais casos deveria remeter a questão

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. Ed. Rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.p.155.

ou demanda, ao foro competente, visto que não lhe compete a escolha administrativa, é dizer, executar política pública. Que a intervenção judicial se faz necessária, para dar efetividade às normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais, isso não há dúvidas, ocorre que o juiz não pode se transformar na figura do gestor, em ameaça à própria democracia. Logo o exercício por parte do juiz de fiscalização e cobrança, que é o controle jurisdicional propriamente dito, é plenamente possível e legítimo, quando exercido com prudência.

Sobre o tema o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello Filho, proferiu decisão, no julgamento da ADPF nº 45 em síntese:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSODE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de

modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO

PODER PÚBLICO.- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF - ADPF: 45 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Quer-se aqui expor, que compete primordialmente ao Poder Executivo, a função de gerir a coisa pública e consequentemente de implementar as políticas

públicas em prol da coletividade, de modo que o acerto ou o erro em implementar determinada política pública não deveria ser mérito de julgamento pelo Poder Judiciário, pois o governante foi eleito democraticamente pela vontade popular.

Sobre o tema importante colacionar a posição de Luís Roberto Barroso⁵ ao tratar do tema sob a órbita do direito à saúde:

Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático. Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos.

Pontua-se por oportuno que, existindo o problema da escassez de recursos para a execução do patamar reservado ao mínimo existencial não há que se falar em reserva do possível, devendo ser utilizado como parâmetro demarcatório o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que tão somente nesses casos a atuação do Poder Judiciário seria legítima, mas ainda assim de modo a exigir um fazer administrativo, mas nunca para usurpar essa função.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir a partir de todo o exposto, que a atuação do Poder Judiciário frente à implementação de políticas públicas, é polêmica, polarizando entre os que advogam por sua necessidade frente à ineficiência dos demais Poderes, e entre os que a atacam defendendo sua limitação pela própria preservação da democracia.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007

O tema é motivo de controvérsias entre os estudiosos e juristas, principalmente no que diz respeito à sua legalidade, tendo em vista, que não é função precípua do Poder Judiciário, interferir no planejamento público e tampouco na execução das políticas resultantes deste planejamento, por ser esta função atinente ao Poder Executivo e Legislativo.

Segundo parcela minoritária da doutrina que é contra o controle judicial das políticas públicas, há os que afirmam que este controle feriria a tripartição dos Poderes estabelecida na Magna Carta, e com isso representaria uma afronta a democracia participativa, tendo em vista que ao determinar o cumprimento de determinada prestação a uma pessoa, o juiz interfere no orçamento público previamente traçado para custear despesas igualmente legítimas.

O argumento majoritário da doutrina que é a favor do controle é no sentido de que o Judiciário, está atuando pautado na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º inc. XXXV, estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, e que a omissão governamental em dar resultado aos anseios da população especificamente sobre os direitos sociais seria uma afronta à dignidade da pessoa humana, já que os direitos sociais são dotados de fundamentalidade, logo o magistrado não poderia sob o risco de afronta à Magna Carta se mostrar insensível ao clamor social, e parcimonioso com o administrador público que com sua omissão, põe em risco a eficácia dos direitos sociais.

Contudo, a despeito de prevalecer a tese da jurisdição constitucional, é possível compatibilizá-la com o princípio democrático, pois o ativismo judicial deve ser visto com reservas sob pena de afronta à própria democracia, visto que não é dado ao Poder Judiciário exercer decisão política, pois se isso ocorresse estaria-se diante da situação esdrúxula de substituição da vontade popular, para os juristas e operadores do direito.

Assim, as questões de caráter exclusivamente políticas devem ficar de fora do campo de atuação do Poder Judiciário, pois não é função ingerir em decisões de cunho político, tampouco aferir o acerto ou desacerto de determinada política pública, considerando que tal função é inerente à função administrativa do gestor a partir de critérios de oportunidade e conveniência.

Nesse contexto chega-se facilmente à conclusão de que a Teoria da Reserva do Possível, por um lado implica em reconhecer que a execução de determinados fins ainda que sob a argumentação da fundamentalidade dos direitos sociais, gera um a aplicação de um aporte financeiro pelo Estado, e tal princípio embora utilizado por gestores hodiernamente de forma errônea, serve muito mais como um norte de priorização de gastos do que uma desculpa para a ineficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo nº 240, p.83-103,2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Revista de Direito Administrativo nº 240, p. 03, 2005.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à Vida e à Saúde Impactos Orçamentários e Judicial**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Atividade Jurisdicional, Políticas Públicas e Orçamento. Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, p.303-315, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo:Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil**- Uma visão geral. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 13ª ed. Riode Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo:Saraiva 2013.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro:Forense, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v.7, n° 7, 2010.

LÉPORE, Paulo Eduardo. **Direitos Fundamentais e Processo Coletivo: A tutela Jurisdicional Coletiva como Instrumento de Efetivação de Políticas Públicas**. Revista Jurídica de Jure, Minas Gerais, v.13, n°. 1809-8487, p.199-230, jan/jun.2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. 1ª ed.São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.p.155.