O ATIVISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE À EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Mariana Andrade Barbosa*

RESUMO: O presente artigo científico analisa a atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas com o objetivo de identificar se este poder estatal detém legitimidade para tanto. Na busca de informações a respeito do tema, foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, em artigos científicos e na legislação constitucional. O estudo partirá da premissa de que o Estado Democrático de Direito, ora consolidado pela Constituição Brasileira, ao assumir compromissos de realização social, vinculou a consecução dos seus fins a todas as formas de expressão do poder, inclusive ao Judiciário. Buscará, assim, debater o assunto sob a ótima da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo no caso de inércia ou omissão (ineficiência) dos poderes Executivo e Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Poder Judiciário. Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o Poder Judiciário vem canalizando as insatisfações manifestadas pela sociedade no campo das políticas públicas. Um papel que originalmente foi conferido pela Constituição Brasileira aos poderes Executivo e Legislativo, passa a partir de então, a ser executado por outro poder. Apesar de apresentar-se como uma importante inovação para a sociedade, a atuação jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais ainda é um assunto polêmico.

A análise dos novos contornos do constitucionalismo brasileiro e bem assim, dos direitos e garantias fundamentais protegidos pelo sistema, de forma coerente, releva-se de suma importância para a compreensão da

*Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit).

possibilidade do controle, no sistema jurídico, das políticas públicas.

Para o desenvolvimento do estudo, foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, em artigos científicos e na legislação constitucional.

O presente artigo terá como objetivo demonstrar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário como efetivador das políticas públicas. Para tanto, abordará as características do atual Estado Democrático de Direito, levando em conta a sua nova conjectura, marcada eminentemente pelas normas de conteúdo programático.

Será dado enfoque, ainda, ao postulado constitucional da separação de poderes, cuja interpretação deve ser flexível, de modo a afastar a ideia de rigidez nele contida para garantir a ampliação das atividades do Estado.

Outrossim, ressaltará a importância dos limites para as intervenções judiciárias no âmbito dos demais poderes, que serão estabelecidos pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, e da reserva do possível.

Examinar-se-á, por fim, o fundamento de duas críticas lançadas à judicialização das políticas públicas na realidade brasileira, a saber, a possibilidade de riscos para a legitimidade da democracia e o risco de politização da justiça. Críticas estas que, conforme será visto, deverão ser afastadas.

2 A EMERGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito constitui um dos princípios basilares da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, da CRFB/88). Entender o significado do referido preceito, revela-se de suma importância para o presente estudo, uma vez que ele constitui a base da efetivação das políticas públicas.

Passar-se-á, neste sentido, a uma concisa retrospectiva histórica dos principais acontecimentos que desencadearam no atual modelo estatal.

Na concepção liberalista, o Estado representava um empecilho à liberdade do indivíduo. De acordo com Bonavides:

> Na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo, o poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional

> como o maior inimigo da liberdade (BONAVIDES, 2007, p. 40).

Os pensadores liberalistas procuravam uma válvula de escape para toda intervenção do Estado na sociedade como um todo. A doutrina em testilha teve a sua concepção no século XVII, auge do absolutismo, sistema político vigente na Europa, durante a idade moderna, no qual todo o poder pertencia a um governante soberano.

Esta fase do constitucionalismo almejava valores como: o individualismo, o absenteísmo estatal, a valorização da propriedade privada e a proteção do indivíduo. Destaque-se que estes valores influenciaram profundamente as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891.

John Locke, um dos mais renomados filósofos liberalistas da época, sustentava que o Estado não deveria se preocupar com a situação econômica dos cidadãos, cabendo a eles mesmos observar as leis naturais que regulavam a economia. Para Locke, o Estado detinha a função principal de fiscalizar as atividades de seus súditos, as quais deveriam ser reguladas pelas leis naturais. (BOBBIO,1997)

Ainda acerca da visão filosófica de John Locke:

> A sociedade civil - ou política - não suprime a sociedade natural, porém a conserva e aperfeiçoa. É inútil acrescentar que essa configuração do Estado é que deu corpo à concepção do Estado Liberal, entendido como Estado negativo [...] Mais ainda, da idéia (sic) de um Estado cuja função principal é julgar imparcialmente nasceu a figura do Estado de direito, que se contrapõe ao Estado patrimonial de então, ou ao Estado ético posterior [...] (BOBBIO, 1997, p. 223-4).

A aplicação prática política das ideias liberalistas culminou no declínio do absolutismo e na passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, marcado essencialmente pelo respeito às liberdades individuais.

O Estado Liberal trouxe a difusão dos primeiros direitos fundamentais. O direito passa a ser normatizado nas leis e nas constituições, o Estado não deve mais atuar na esfera privada, o indivíduo que antes não tinha

domínio sobre si mesmo, agora passa a ter liberdade, liberdade essa consagrada normativamente. As pessoas, a partir de então, passam a contar com a elevação de sua dignidade social. Este período concretiza, portanto, uma igualdade formal na sociedade, cujos valores máximos são a propriedade, a vida e a liberdade.

Mencionados direitos, denominados doutrinariamente de direitos de primeira geração ou dimensão, foram consolidados em alguns documentos históricos como a Carta Magna de 1215, o Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1688) e a Declaração de Direitos Americana (1776).

Apesar do sucesso no alcance dos novos direitos de primeira geração/dimensão, grande parte da sociedade ainda permanecia fora do campo das decisões políticas estatais.

Quando da ruptura do sistema absolutista e a chegada da classe ascendente burguesa ao poder, esta formulou os princípios de sua revolta social e os impôs generalizadamente como ideais comuns a toda a sociedade.

Como bem ressalta Paulo Bonavides (2007), no momento em que a burguesia se apoderou do controle político os ideais comuns passaram a ser sustentados apenas formalmente, uma vez que na prática da aplicação política havia ideologias pertencentes a apenas uma classe.

O curso das irresignações da sociedade, portanto, detinha agora um novo alvo. O questionamento principal não era mais o intervencionismo estatal e a ausência de liberdade, mas a inexistência de participação de grande parte da sociedade nas decisões estatais. Pugnava-se, a partir de então, por um governo de todas as classes.

E não apenas isso, a liberdade que antes representava a saída das amarras do governo ilimitado de um soberano, com o passar do tempo conduziu a uma realidade que não tinha freios para graves situações de arbítrio no domínio econômico.

A nova perspectiva de absenteísmo estatal expôs a parte fraca e menos abastada da população às exigências exploradoras dos poderosos da época. O célere doutrinador Paulo Bonavides (2007) rememora com clareza um momento histórico marcante desta fase, qual seja, o primeiro período da Revolução Industrial, palco da desumana espoliação do trabalho.

E continua seus ensinamentos:

> Em face das doutrinas que na prática levavam, como

> levaram, em nosso século, ao inteiro esmagamento da liberdade formal, com a atroz supressão da personalidade, viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade, um compromisso ideológico, um meio-termo doutrinário, que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo das Constituições democráticas (BONAVIDES, 2007, p. 59).

Como bem ressaltado pelo autor encimado, não havia mais como serem mantidos os estritos preceitos do sistema liberal. Não se tratava de abandonar por completo aquela ideologia, mas de aperfeiçoá-la. Deveriam, sim, haver liberdades individuais, no entanto, referidas liberdades haveriam de ser reguladas pela intervenção estatal.

O Estado de direito, então, deixa de ser neutro e individualista para se transformar em um Estado Social de Direito. Modelo este que busca intervir na sociedade civil para atuar ativamente em diversos campos como promotor da justiça social, visando, assim, a garantia dos direitos fundamentais.

O novo modelo constitucional trouxe consigo um aprimoramento dos direitos fundamentais ora consolidados pelo Estado Liberal, implicando em sua materialização. A igualdade alcançada na primeira geração não foi suficiente para a melhoria da condição humana como um todo. Era preciso tratamento diferenciado para necessidades também diferenciadas.

O Estado tem ampliado, a partir de então, o seu campo de atuação para abranger funções associadas aos seus novos fins, fazendo entrar em cena direitos sociais, atrelados às mais diversas áreas como saúde, educação, segurança, lazer, entre outros.

De acordo com Paulo Bonavides (2007), o Estado social é um Estado intervencionista que atuará nas demandas sociais diante da impossibilidade do indivíduo, por circunstâncias alheias a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.

Este novo contexto societário de evidenciação de direitos sociais, culturais e econômicos mostra-se marcante em alguns documentos históricos, como a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e o Tratado de Versalhes (1919).

No Brasil, o apogeu dos direitos sociais ocorreu com a proclamação

da Constituição Cidadã, que entrou em vigor em outubro de 1988. Referido instrumento normativo mostrou uma grande preocupação com as condições essenciais para uma existência digna, prevendo em seu bojo uma lista de valores supremos como o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e o bem-estar social.

O Estado social brasileiro, além de apresentar uma visão de justiça, traduz-se ainda em um Estado Democrático, ou seja, aquele que permite a autêntica participação do povo no processo político.

O Estado Democrático de Direito, previsto na CRFB/88, portanto, sobrepõe-se aos pensamentos liberalistas, no entanto não os abandona. Como bem ressalta José Afonso da Silva:

> É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, [...]. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade (SILVA, 2012, p. 121).

O Estado Democrático de Direito constitui-se, portanto, como um modelo estatal que abre as portas para transformações políticas, econômicas e sociais; que assegurará a liberdade, mas ao mesmo tempo buscará alcançar a justiça social através de seu viés intervencionista; e, ainda, proporcionará o acesso de todos na tomada de decisões políticas.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 DEFINIÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

Uma das formas de intervencionismo do Estado ocorre através da execução de políticas públicas, as quais podem ser compreendidas como:

> [...] programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para

> a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI (Org.), 2006, p. 39).

Como explanado no capítulo anterior, o nascimento do Estado social de direito ocorreu, dentre outros motivos, pela impossibilidade de apenas uma parte da sociedade gerir, de acordo com os seus interesses, o restante dela.

A sociedade moderna apresenta uma característica marcante, qual seja, a diversidade de atributos. Diferenças como sexo, idade, cor, religião, escolaridade, poder econômico, interesses, valores e ideais, criam um ambiente propício ao conflito social. Celeuma que necessita da intervenção do Estado para ser solucionado.

As políticas públicas são conceituadas por muitos doutrinadores levando em conta justamente esta característica pacificadora. Para Secchi (2011), uma política pública possui dois elementos fundamentais: a intencionalidade pública e a resposta a um problema público. Em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.

Seguindo, ainda, os ensinamentos do citado autor, é possível afirmar que política pública possui uma definição abstrata que se materializa através de instrumentos variados para que orientações e diretrizes sejam transformadas em ações (SECCHI, 2011).

Referidos instrumentos podem ser facilmente ilustrados. Quando o governo atua na execução de um programa público habitacional, por exemplo, ele está executando uma política distributiva para solucionar o problema da falta de moradia para famílias de baixa renda; E ainda: quando uma lei é criada; quando são efetivadas campanhas publicitárias; quando o poder público presta algum tipo de esclarecimento à população; dentre outros tantos exemplos.

3.2 ATORES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Na definição dos atores participantes do processo de formulação de políticas públicas é necessário destacar que existem dois posicionamentos acerca do tema. Existem autores, como Smanio e Bertolin, que defendem uma visão estática.

De acordo com a referida vertente de pensamento, uma determinada política não pode ser considerada pública a menos que seja adotada por uma instituição governamental. Destacam, todavia, os referidos autores, que caso a sociedade civil tome uma iniciativa de relevante interesse público, esta poderá ser incorporada pela Administração Pública e implementada na forma de política pública. Advertem, entretanto, que a política apenas se tornará pública depois de, ao menos, ter sido chancelada pelo Estado como tal (Smanio; Bertolin, 2013).

A segunda vertente de pensamento, denominada de multicêntrica, entende que atores não estatais, como as organizações não governamentais, também podem estabelecer e liderar uma política pública. Pública, neste sentido, seria aquela política voltada à solução de problemas públicos, e não aquela, necessariamente concebida por atores de personalidade jurídica pública.

À corrente encimada, filia-se o célere doutrinador Leonardo Secchi. Em sua concepção: "essa abordagem tem aplicação em um espectro amplo de fenômenos, fazendo com que o instrumental analítico e conceitual da área de política pública possa ser aproveitado por mais organizações e indivíduos" (SECCHI, 2011, p. 3).

O presente estudo, em que pese a divergência apresentada, terá como foco apenas a atuação dos atores estatais na efetivação das políticas públicas, mais especificamente da administração pública, dos órgãos e poderes do Estado, o que torna desnecessário um aprofundamento quanto ao tema.

Pois bem. Os poderes estatais, na seara das ações públicas, têm atribuições pré-definidas no bojo da Carta Política.

Ao Poder Executivo, cabe a definição da política pública. A idealização é discricionária, mas sempre pautada em parâmetros constitucionalmente estabelecidos, o que afasta possível arbitrariedade no trato dos interesses públicos.

Ao Poder Legislativo cabe a edição de normas que irão estabelecer as condições de fruição concreta dos direitos. Pode, ainda, criar órgãos para propor e executar a política, como, por exemplo, um conselho ou uma autarquia (SMANIO; BERTOLIN, 2013).

O Poder Judiciário, embora não possua a função precípua de formular e implementar políticas públicas, poderá participar do processo, aprovando ou desaprovando uma determinada política à luz de parâmetros juridicamente vinculantes.

O poder encimado tem um papel derivado em sua atuação no processo de políticas públicas, uma vez que ela não ocorre de forma originária e direta. O seu papel, como bem preleciona Jean Carlos Dias: "depende da formulação prévia de uma política ou mesmo de uma omissão, quando evidente há um dever legal ou constitucional de produzi-la" (DIAS, 2016, p. 52).

Em outras palavras, pode-se dizer que aos juízes caberá decidir o direito apenas quando lhes for apresentado um conflito entre a norma e a efetivação das políticas públicas, preservando assim o princípio dispositivo, previsto nas normas processuais do direito civil brasileiro.

Quando, por exemplo, na implementação de uma política existe alguma violação aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, há margem para atuação judiciária. Atuação esta que poderá inclusive ultrapassar a mera análise da matéria para determinar a prevalência de objetivos e soluções com base na ponderação de princípios.

Secchi (2011) faz uma valiosa relação em seus ensinamentos acerca dos sistemas do *common law* (sistema anglo saxão) e *civil law* (sistema romano-germânico). No primeiro sistema citado, há uma maior necessidade de interpretação da norma jurídica a ser efetivada pelo Poder Judiciário, diante do menor detalhamento da norma, o que implica uma maior atuação deste poder na resolução de celeumas quanto a implementação de políticas públicas.

No segundo sistema (sistema romano-germânico), adotado pelo Brasil, ao contrário do que acontece no primeiro, há uma menor atuação judicial quanto à interpretação da norma, uma vez que essa se encontra mais detalhada. Tal fato, no entanto, não retira o papel interpretativo do Poder Judiciário, tendo em vista que por mais detalhado que um sistema seja, ele não terá o condão de prever todas as situações possíveis, abrindo espaço, portanto, para a valorização da atuação judiciária.

Os membros do Poder Judiciário, portanto, têm um importante papel na implementação das políticas públicas, verificando a justa aplicação da lei ao caso concreto e determinando as medidas cabíveis para solucionar os conflitos jurídicos existentes.

4 LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O princípio da separação de poderes é elencado na Constituição

Brasileira como um de seus princípios fundamentais. Consta do seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Referido princípio, entretanto, não é novidade trazida pelo ordenamento nacional. Há muito tempo, o entendimento esboçado por ele serve de alicerce para o controle dos poderes estatais, e consequente fiscalização entre os mesmos.

Como bem ressalta José Afonso da Silva:

> O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu (SILVA, 2012, p. 109).

Montesquieu tratou do referido princípio em sua obra "O Espírito das Leis". Defendia o filósofo que a liberdade dos indivíduos estava condicionada à divisão dos poderes do Estado. Elaborada em uma época liberalista, a teoria em testilha almejava assegurar a existência de um governo moderado. Mais do que isso, objetivava evitar abusos daqueles que por ventura viessem a concentrar em si o exercício dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Confira-se acerca do tema, os valiosos ensinamentos de Osvaldo Canela Junior:

> A teoria da separação objetivava o controle do poder em benefício da coletividade, não se tratando de mera racionalização da atividade estatal. Montesquieu pretendia, portanto, evitar a concentração de poderes de tal forma que os direitos e liberdades fundamentais fossem protegidos das investiduras do poder arbitrário (CANELA JUNIOR, 2011, p. 68).

Vale ressaltar, neste ponto, que os direitos fundamentais almejados, à época, por Montesquieu, em sua teoria da separação dos poderes, eram aqueles de primeira geração, vale dizer, aqueles tendentes a conferir maior liberdade aos indivíduos numa época em que prosperava o poder

absoluto e arbitrário dos governantes.

Apesar do termo separação de poderes, Montesquieu não estabeleceu uma divisão extrema das funções atribuídas a cada um deles. O mencionado princípio possui um viés interpretativo que afasta a ideia de rigidez nele contida para garantir a ampliação das atividades do Estado. Nessa visão, os poderes não devem exercer somente suas funções típicas individualizadamente.

Dito de outra forma, um poder poderá realizar determinadas atribuições de outro sem que isto configure, por si só, o comprometimento do sistema de separação.

Nesse sentido, além do exercício de funções típicas (predominantes), cada órgão exercerá outras duas funções, estas de natureza típica dos outros dois poderes (LENZA, 2012).

A título de exemplo, o Poder Legislativo, além de exercer funções inerentes a sua natureza, poderá exercer funções atípicas de natureza executiva, como dispor sobre sua organização, prover cargos, conceder férias; ou ainda, exercer funções atípicas de natureza jurisdicional, como acontece na hipótese do art. 52, I, CRFB/88, quando o Senado julga o presidente da República por crimes de responsabilidade.

Como bem ressalta Jean Carlos Dias, a ausência de uma visão mais flexível acerca do referido princípio poderia torná-lo ineficaz, ou seja, inviabilizaria o sistema de controle recíproco (DIAS, 2016).

O princípio da separação de poderes, portanto, não constitui óbice à judicialização das políticas públicas. Isto porque, a separação não constitui um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento que viabiliza a proteção do indivíduo a um poder concentrado destituído de fiscalização.

Sobre o assunto, vale destacar o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Confira-se:

> 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).

Percebe-se, através do referido entendimento, que embora o Poder Judiciário não possua dentro de suas funções típicas a atribuição de funcionar como elaborador de políticas públicas, ele poderá atuar neste sentido quando os poderes legitimados para tanto agirem de tal forma que os direitos individuais ou coletivos assegurados constitucionalmente restem prejudicados.

Trata-se de medida voltada a ampliação e garantia dos direitos fundamentais. Deste modo, quando as decisões dos governantes ou representantes do povo ferirem referidos direitos, os tribunais deverão ser acionados para efetivá-los.

Confira-se os ensinamentos do autor Osvaldo Canela Junior acerca do assunto:

> Impende a observação de que o Poder Judiciário não dispõe de competência constitucional para criar programas ou estabelecer a forma de execução dos atos legislativos e administrativos para efetivação dos direitos fundamentais. Esta competência é constitucionalmente reservada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Entretanto, nas hipóteses de insatisfação, a jurisdição é o veículo natural para a concessão do remédio jurídico necessário para a pacificação social (CANELA JUNIOR, 2011, p. 93).

A partir das bases firmadas pelo julgamento realizado em 2004, da

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, o Poder Judiciário vem realizando uma atuação incisiva de maneira a solucionar o problema da falta de concretização de políticas públicas.

Essa atuação ocorre de diversas formas e nos mais variados campos. Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito fundamental à educação, por exemplo, o Poder Judiciário diante de uma demanda que postule o direito de acesso de menores à escola, deverá identificar quais razões levaram a Administração Pública a negar tal prestação.

Identificadas as razões e constatada a inércia injustificada dos outros poderes estatais em efetivar os direitos consignados na Carta Maior, haverá o controle judicial no sentido de impor ao poder público a solução do problema, no caso, a inserção dos menores na instituição de ensino.

Uma situação muito recorrente nos tribunais é aquela voltada à efetivação do direito social à saúde. Muitas das demandas relativas a este tema giram em torno da ausência do fornecimento de medicamentos aos que deles necessitam, mas não têm condições de adquiri-los por meios próprios.

Constatada a configuração, no caso concreto, de um direito subjetivo passível de efetivação, deverá o Poder Judiciário agir, no sentido de condenar o poder público ao fornecimento do fármaco.

Destaque-se, neste ponto, que o poder público não poderá ser responsabilizado se tomar todas as medidas cabíveis para a adequada execução de uma política pública. Trata-se do caso em que o Estado utilizou o máximo dos recursos disponíveis para a satisfação de um direito, mas não alcançou os fins desejados. Neste caso, como bem prelecionam Smanio e Bertolin: "o que precisa acontecer é a previsão de uma avaliação consistente dos resultados da política para que os seus rumos sejam repensados" (SMANIO; BERTOLIN, 2013, p. 31).

Para além das hipóteses, ora mencionadas, de exercício do Poder Judiciário, é preciso ressaltar que, em tempos recentes, a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional passou por uma evolução direcionada ao reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional".

O instituto jurídico em testilha, de origem colombiana, tem incidência em casos de extrema e contínua violação dos direitos fundamentais. Ao declarar o estado de coisas inconstitucional, o tribunal vai além da relação

estabelecida entre as partes do processo para abranger casos semelhantes, atingindo, dessa forma, um número amplo de pessoas e entidades.

Para ocorrer, é necessário que a violação de direitos seja grave e generalizada, atingindo um número indeterminado de pessoas. Além disso, o caso deve ser fruto de uma deficiência estatal. Deficiência esta que irá cominar em obrigações dirigidas a vários órgãos, objetivando a realização de mudanças substanciais para solução do problema relacionado às políticas públicas.

Ressalte-se que as decisões jurisdicionais, nessas hipóteses, não poderão determinar detalhadamente como as políticas deverão ser executadas, devendo ser flexíveis, de maneira a possibilitar que realmente sejam colocadas em prática pelas partes condenadas.

O referido instituto foi adotado pelo STF no julgamento da ADPF nº 347, oportunidade em que determinou a promoção de medidas administrativas e a reserva de recursos pelo Poder Executivo para o melhoramento da situação carcerária do país, a fim de dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do art. 5º, XLIX, da CRFB.

Pois bem. Apesar de plausível, a atuação do Poder Judiciário no processo de políticas públicas deve sempre ser feita de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Existem limites para as intervenções judiciárias no âmbito dos demais poderes e o principal deles é o que estabelece a reserva do possível.

O referido princípio, importado da doutrina germânica, significa que a efetivação dos direitos sociais está condicionada à disponibilidade de recursos econômicos estatais. Dito de outra forma, o Poder Judiciário não poderá conceder direito cuja satisfação demande receitas não disponíveis pelo Estado.

Um dos argumentos mais utilizados para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é o seu impacto econômico-financeiro. Todavia, a valoração deste princípio deve ser feita em conjunto com outro, o princípio do mínimo existencial. Este visa garantir ao indivíduo, ainda que minimamente, a sua dignidade, meios básicos de subsistência.

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelos entes federativos como obstáculo ao cumprimento de suas obrigações

constitucionais. Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento da já mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, veja-se:

> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004).

O Poder Judiciário na análise de um caso concreto, deverá, portanto, atentar aos dois princípios supramencionados, de modo que a efetividade das políticas públicas seja acompanhada de um equilíbrio econômico - financeiro que permita uma distribuição equitativa de recursos para as mais diversas áreas sociais; não limitando, porém, a população do mínimo necessário para uma vida digna, um desenvolvimento saudável.

Até porque, como bem ressalta Dirley da Cunha Junior: "mesmo em tempos de crise econômica, cuja flexibilidade de crise econômica é necessária, hão de ser garantidos esses direitos sociais mínimos" (CAMARGO (Org.), 2006, p. 290).

5 CRÍTICAS AO CRESCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NA REALIDADE BRASILEIRA

5.1 RISCOS PARA A LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA

Uma das críticas dirigidas à judicialização e ao ativismo judicial (este

em especial) das políticas públicas é que esta atuação do Poder Judiciário acabará por retirar a legitimidade da democracia. Os defensores desta corrente comungam do entendimento de que descabe ao Poder Judiciário tomar decisões políticas, tendo em vista que nenhum de seus membros foi eleito democraticamente para tanto.

Apesar de não ter o aval popular para deliberar acerca dessas questões, o Poder Judiciário comumente o faz. Como exemplos desta atuação podem ser citados, além do seu desempenho no processo de políticas públicas, a possibilidade de invalidação das decisões tomadas pelos membros do Poder Executivo. O fundamento dessas decisões encontra-se na própria Constituição, quando assegura, por exemplo, em seu art. 5º, um extenso rol de direitos fundamentais, e ainda, em seu art. 102º, I, a, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de constitucionalidade das normas.

O constitucionalismo e a democracia devem caminhar sempre juntos no sentido de que não pode haver um na ausência do outro. A democracia não pode se restringir a uma escolha efetivada pela maioria, esta escolha deve sempre estar pautada nos princípios constitucionalmente elencados. Destaque-se que cabe sempre ao Pretório Excelso a decisão final acerca da constitucionalidade.

Neste ponto, cabe ainda salientar que, apesar de não haver a escolha direta dos membros do Poder Judiciário pela população brasileira, a norma constitucional permite uma escolha indireta destes a partir da nomeação por membros do Poder Executivo. É o caso, por exemplo, dos ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que deverão ser nomeados pelo Presidente da República, consoante dicção dos Arts. 101º, parágrafo único e 104º, parágrafo único, ambos da CRFB/88.

Outrossim, questões de direito não são definidas por meio da consulta popular ou por técnicas de representação. Quando o Poder Judiciário atua no processo de políticas públicas ele o faz sempre pautado nas normas jurídicas. Para manutenção dos direitos fundamentais, um Estado Democrático deve ter capacidade para tanto, independente da vontade da maioria de assegura-los ou mantê-los, é preciso mais que isso, é essencial que haja estratégias, modelos, fiscalização, organização, recursos, e dentro destes instrumentos está o próprio controle judicial.

Sabias são as palavras de Jean Carlos Dias, ao afirmar que:

> [...] a legitimidade da ação do Poder Judiciário

> não decorre de sua eleição pelos membros de uma sociedade. Pelo contrário, exatamente porque o sistema constitucional estabeleceu sua imunidade em relação ao processo eleitoral é que sua posição é privilegiada do ponto de vista das interações funcionais (DIAS, 2016, p. 177).

Conclui-se, portanto, que as decisões judiciais relativas ao processo de políticas públicas não dependem do pressuposto eleitoral.

Não há enfraquecimento do poder político dos cidadãos, mas sim o robustecimento de suas prerrogativas, à medida que os direitos fundamentais são operacionalmente reconhecidos como tuteláveis. (DIAS, 2016)

5.2 POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Outra crítica dirigida à atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas é que este exercício pelos magistrados acabará por gerar a politização da justiça, ou seja, as decisões judiciais deixarão de ser neutras e passarão a ser tomadas através de posicionamentos tendenciosos e partidarizados.

O direito não é política. Decidir acerca do tema "políticas públicas" não é tarefa fácil e demanda além do conhecimento relativo às normas jurídicas, uma concepção acerca da realidade política do país. Sim, o julgamento realizado não pode estar dissociado desta realidade, uma vez que somente assim alcançará o objetivo desejado através da produção de seus efeitos.

Como seres humanos que são, os membros do Poder Judiciário não estão livres de qualquer ideologia, não havendo sistema jurídico algum que alcance a neutralidade total de suas decisões. Haverá, portanto, ainda que minimamente, em qualquer formação de juízo de valor um certo subjetivismo.

Este subjetivismo, no entanto, será balizado pelos postulados contidos na Constituição e nas leis, normas estas que conduzirão a uma justiça equalizada, a segurança jurídica e ao bem-estar social.

Dito de outra forma, na tomada de decisões, os juízes não poderão ser guiados por suas próprias vontades, devendo ser sempre conduzidos pelos preceitos normativos.

"A análise das políticas públicas sob a ótica do direito tem como objetivo facilitar a identificação dos elementos e etapas que envolvem as decisões sobre a distribuição dos recursos na sociedade" (SMANIO; BERTOLIN. 2013. p. 41).

Extinguir a possibilidade de fiscalização do sistema de políticas públicas pelo Poder Judiciário, sob o argumento da politização da justiça, é retirar da sociedade um meio valioso de conservação e promoção dos direitos fundamentais. Como mencionado no tópico anterior, o controle judicial não traz o enfraquecimento do poder político dos cidadãos, mas o robustecimento de suas prerrogativas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito é fruto de um processo intenso de transformações na sociedade. Na realidade brasileira, a sua efetivação ocorreu através do Constituição de 1988, que consolidou os direitos sociais e um modelo participativo de democracia.

A nova conjectura constitucional brasileira, marcada eminentemente pelas normas de conteúdo programático, exigiu que o Estado saísse de sua postura estática e passasse a intervir para atuar ativamente em diversos campos como promotor da justiça social, visando, assim, a garantia dos direitos fundamentais.

O Estado assume, então, a tarefa de proporcionar prestações necessárias e serviços públicos adequados. Para cumprir os ideais do Estado Social, a ação dos governantes deve ser racional e planejada, o que ocorre por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. (Smanio; Bertolin, 2013, p.17)

Uma política pública ideal é aquela que apresenta objetivos bem definidos, seleção de prioridades, reserva de meios necessários a sua consecução e determinação do tempo necessário para obtenção de seus resultados. Mas, esse não é cenário fático da realidade. Os resultados de uma política pública muitas vezes ocorrem de forma muito reduzida ou simplesmente não ocorrem, de modo que os indivíduos que delas dependem terminam por ter corroído o seu direito a uma vida digna.

Via de regra, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, reside nos poderes Executivo e Legislativo, no entanto quando estes poderes se tornarem omissos de modo a comprometer a eficácia

e integridade de direitos consolidados constitucionalmente, o Poder Judiciário poderá atuar nesse sentido.

Trata-se de uma atuação voltada a ampliação e garantia dos direitos fundamentais que não viola o princípio da separação de poderes. Não é possível sustentar o argumento da separação de poderes como óbice a judicialização das políticas públicas, pois, a separação não constitui um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento que viabiliza a proteção do indivíduo a um poder concentrado destituído de fiscalização. Um poder poderá realizar determinadas atribuições de outro sem que isto configure, por si só, o comprometimento do sistema.

Ademais, o controle que vem sendo efetivado pelo Poder Judiciário na seara das políticas públicas não representa um risco de usurpação do poder constituinte do povo ou mesmo de politização da justiça.

Não há comprometimento da legitimidade democrática, uma vez que questões de direito não são definidas por meio da consulta popular ou por técnicas de representação. Para manutenção dos direitos fundamentais, um Estado Democrático deve ter capacidade para tanto, independente da vontade da maioria de assegurá-los ou mantê-los, é preciso mais que isso, é essencial que haja estratégias, modelos, fiscalização, organização, recursos, e dentro destes instrumentos está o próprio controle judicial.

Por outro lado, não há espaço para decisões tendenciosas ou partidarizadas, guiadas pela vontade própria dos magistrados, pois apesar de possuírem uma margem de discricionariedade na tomada de suas decisões, o ordenamento jurídico impõe, através de suas regras e princípios, balizas a decisões arbitrárias, conduzindo, assim, a uma justiça equalizada.

Vale ressaltar que, apesar de plausível, o intervencionismo do Poder Judiciário no controle de políticas públicas deve ser sempre guiado pelos princípios da reserva do possível, do mínimo existencial, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Verifica-se, diante do exposto, que o controle judicial encontra respaldo legítimo frente as bases estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, ora consolidado na Constituição Brasileira de 1988, constituindo uma importante ferramenta de proteção dos indivíduos, no caso de inércia ou omissão de outro poder, para garantia de seus direitos fundamentais.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE LEGITIMACY OF JUDICIARY

IN RELATION TO EFETIVATION OF PUBLIC POLICIES

ABSTRACT: This research paper examines the role of the judiciary in the execution of public policies in order to identify whether this state power has legitimacy to do so. In search of information on the subject they were carried out bibliographic, jurisprudential research, and constitutional law. The study will start from the premise that the democratic rule of law, now consolidated by the Brazilian Constitution, the commitments of social achievement, linked the achievement of its purposes to all forms of expression of power, including the judiciary. Seek, therefore, discuss the matter in the optimal maximum effectiveness of fundamental rights and guarantees, particularly in the case of inaction or omission (inefficiency) of the executive and legislative powers.

KEYWORDS: Fundamental rights. Judicial power. Public policy.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural.* 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, Rel. Min. Celso de Mello, 29 de abril. 2009.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=pol %EDtica%20p%FAblica%20poder%20judici%E1rio&processo=45>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, Rel. Min. Marco Aurélio, 19 de fevereiro. 2016.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=estado%20coisas%20inconstitucional&processo=347>. Acesso em: 05 out. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Direito Constitucional*: Leituras Complementares. Salvador: JusPODVUM, 2006.
Canela Junior, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
DIAS, Clara Angélica Gonçalves; ANDRADE, Diogo de Calasans MELO. *O papel da sociedade civil e do poder judiciário como forma de controle e fiscalização das políticas públicas voltadas à habitação no Brasil.* Artigo científico. In: Direitos sociais e políticas públicas I. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVM, 2016.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
QUEIROZ, Glalber da Costa Cypreste. *A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil.* Artigo científico. In: Direitos sociais e políticas públicas II. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas*: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. 1. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
SMANIO, Gianpaolo Poggio (Org.); BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2013.