

REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DO PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ARGUMENTATIVE REPRESENTATION OF THE JUDICIARY AND JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Fabília Alcantara Mondin¹

RESUMO

Trata-se de pesquisa básica do tipo explicativa, que utiliza o método dedutivo e a técnica bibliográfica para analisar o tema da judicialização das políticas públicas e a discricionariedade judicial. São estudadas teorias de autores juspositivistas e pós-positivistas, com a finalidade de elucidar como se dá a construção da decisão judicial na zona de indeterminação da norma jurídica e estabelecer as hipóteses que justificam a intervenção do Poder Judiciário na execução de políticas públicas.

Palavras-chave: Judicialização; Políticas Públicas; Discricionariedade

INTRODUÇÃO

O universo jurídico vem se defrontando com desafios que questionam a letra fria da lei. O desenvolvimento científico culminou no atual estágio de integração humana, denominado globalização, e acabou por tornar o Direito uma ciência de complexa organicidade. A tecnologia precede o Direito, motivando a criatividade dos juristas. Faz-se necessária, então, uma releitura dessa interdisciplinaridade².

Não mais se sustenta a ideia de que o processo de tomada de decisão é construído unicamente com base na legislação. A decisão judicial, nesse novo

¹ Mestranda em Direito (UNIVALI). Juíza de Direito.

² SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. O que é o Geodireito? In: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI103305,51045-O+que+e+o+Geodireito>. Acessado em 20/01/2015.

contexto, apresenta-se como uma complexa teia de argumentos jurídicos, políticos e morais, preocupada com os efeitos que acarretará em matérias de interesse global.

Ao direito se acusa de ser demasiado caro, de invadir em excesso a esfera privada, de ser demasiado propenso ao erro, inseguro e uma fonte de imensos custos indiretos. Se essas críticas são merecidas, a quem fazer recair a responsabilidade? Partindo-se do pressuposto de que os juízes apenas aplicam as regras criadas, a responsabilidade pela falta de organização é dos legisladores. Caso contrário, a responsabilidade é do decisionismo judicial, que “cria as próprias regras, administra uma justiça míope à luz das peculiaridades de cada caso e gera enorme insegurança jurídica”³.

O Poder Judiciário, na democracia contemporânea, passou a preocupar-se com a questão social, transformando-se em um *locus* da cidadania e de concretização de direitos proclamados na Constituição. Dessa maneira, afastou-se da função de mera aplicação subsuntiva da norma, idealizada pelo modelo juspositivista, para responsabilizar-se pela garantia dos direitos fundamentais.

Com a crescente judicialização da política e das relações sociais, tornou-se mais complexa a atividade de julgar. Nesse contexto, o Judiciário passou a exercer maior poder sobre a vida coletiva, de tal modo que os juízes tornaram-se árbitros dos bons costumes e da moralidade política, imiscuíram-se em questões outrora exclusivas de outros poderes e assumiram papéis de conciliadores, mediadores e garantidores dos direitos sociais.

Ocorre que, durante o processo de tomada de decisão, mesmo que o julgador adote um critério legalista, não há a estrita previsibilidade do resultado, pois algumas controvérsias são insolúveis pelos critérios tradicionais de solução de antinomias e métodos de interpretação.

O presente artigo é resultado de pesquisa acadêmica acerca da representatividade exercida pelo Poder Judiciário na sociedade e da racionalidade empregada pelos magistrados para a construção de decisões judiciais em matéria de políticas públicas, especialmente quando em questão o (in)adimplemento do mínimo existencial.

³ POSNER, Richard Allen. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victória Roca Pérez. Madri: Marcial Pons, 2011. p. 14.

1. REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Observa-se um movimento crescente da sociedade, das minorias políticas e do próprio cidadão, que recorrem ao Poder Judiciário “contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo”⁴.

A judicialização da política e das relações sociais torna cada vez mais complexa a atividade de julgar. Tanto que o magistrado francês Antoine Garapon antevê no juiz o “guardador das promessas” e visualiza na justiça o “muro das lamentações da cena contemporânea”⁵.

Garapon explica que o poder da justiça sobre a vida coletiva é crescente, de tal modo que o juiz tornou-se árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política, imiscuiu-se em questões como a bioética, relação familiar, educação dos filhos e assumiu papéis não só de jurista, mas de conciliador e mediador⁶.

Com a judicialização, tem sido possível a defesa do cidadão contra o Estado, sobretudo por instrumentos processuais como a ação popular e a ação civil pública⁷.

A Constituição Brasileira de 1988 legitimou segmentos organizados da sociedade para provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal e discutir a inconstitucionalidade de lei ou de norma da Administração. Essa nova formatação institucional possibilita a criação de um lugar de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Judiciário⁸.

Incumbe à corte constitucional, como intérprete da Constituição, determinar aos demais poderes os limites de sua autoridade, velando para que suas ações sejam pautadas por procedimentos e conforme os limites substanciais

⁴ VIANNA, Luiz Werneck. A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 10-11.

⁵ ABREU, Pedro Manoel. Magistratura como justiça cidadã – juiz cidadão como paradigma de uma justiça humanizada. Seminário apresentado na Academia Judicial CEJUSC, Florianópolis, 2013.

⁶ GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 20-21.

⁷ ABREU, Pedro Manoel. A representação funcional do Judiciário e a representação argumentativa das Cortes Constitucionais. Seminário apresentado na Academia Judicial CEJUSC, Florianópolis, 2013.

⁸ VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 11.

constitucionalmente previstos⁹. Diz-se, assim, que existe uma *representação argumentativa* a cargo da jurisdição em face de uma representação política concretizada na lei¹⁰.

Luiz Guilherme Marinoni pondera que, se a lei deve ser compreendida à luz dos direitos fundamentais e o juiz controla a constitucionalidade a partir daí, esses direitos podem se sobrepor à maioria parlamentar¹¹.

A respeito dessa forma de representação exercida pelo Poder Judiciário, cumpre destacar os ensinamentos de Robert Alexy, que afirma: “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”¹²:

“Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que majorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. [...] A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados.

Quando da afirmação de inadequação da lei a um direito fundamental, Alexy adverte: é necessário que o juiz argumente que a decisão do parlamento interfere

⁹ ABREU, Pedro Manoel. A representação funcional do Judiciário e a representação argumentativa das Cortes Constitucionais. Seminário apresentado na Academia Judicial CEJUSC, Florianópolis, 2013. Remete à obra de Gustavo Binbenbojm. Ver: BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 48-49.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., 2005. p. 45. Remete à obra de Roberto Gargarella. Ver: GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al Gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial). Barcelona: Ariel, 1996.

¹² ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999, p. 55-56.

sobre instituto jurídico excluído de sua esfera de disposição; não basta opor o direito fundamental à lei, pois é preciso evidenciar, mediante argumentação, que a decisão legislativa afronta o direito fundamental¹³.

No caso do Brasil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, sustentou, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, que aquela corte constitucional pode ser um espaço democrático, tal qual o parlamento, “um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”¹⁴.

2 TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL

O sistema jurisdicional brasileiro adota o modelo juspositivista desenvolvido por Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio. Em tal modelo, a decisão judicial é estudada com enfoque na atividade do juiz, que resolve os casos por subsunção ou, na ausência de regras claras, com discricionariedade.

A verificação de algumas falhas nas construções teóricas desses autores deu espaço às propostas chamadas pós-positivistas, que admitem a legitimidade moral das decisões judiciais, a ponderação de princípios jurídicos e a superação das regras por outras fontes¹⁵.

¹³ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001, p. 40.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/3510 - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Carlos Britto. Julgamento em 28/05/2008. Extraí-se do inteiro teor do voto do Ministro Gilmar Mendes: *“Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que ressaltou o fato de que ‘os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias’. Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. [...] O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”*.

¹⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Juspositivistas e Pós-positivistas. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013. p. 8-9.

Nesse contexto, Orlando Luiz Zanon Junior afirma que “uma teoria do Direito completa deve apresentar uma tese para resolução dos chamados casos difíceis ou duvidosos (*hard cases*), nos quais os métodos tradicionais de resolução de controvérsias não sejam suficientes”¹⁶.

O juspositivismo, para atender a tal exigência teórica, fornece a proposição do poder discricionário do juiz, segundo a qual eventuais lacunas ou antinomias devem ser corrigidas mediante a criação de uma regra jurídica pelo juiz, ainda que aplique seu entendimento subjetivo para resolver a controvérsia, pois não está obrigado nem mesmo pela moral. Assim sendo, o magistrado positivista primeiro escolhe a linha de decisão que reputa a mais adequada e, posteriormente, elabora uma fundamentação para justificar sua decisão¹⁷.

A respeito do assunto, ressalte-se a crítica formulada pelo autor pós-positivista Dworkin:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o 'poder discricionário' para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão¹⁸.

A teoria da decisão elaborada por Dworkin, estabelece que, mesmo nos casos de difícil solução, o juiz continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Tal teoria distingue os argumentos de política - que justificam uma decisão política, mostrando que ela fomenta algum objetivo da comunidade - dos argumentos de princípios - que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita algum direito de um indivíduo ou grupo de pessoas. Todavia adverte que as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, devem ser pautadas em argumentos gerados por princípios e não

¹⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Idem. p. 153.

¹⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Idem. p. 153-154.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127.

por políticas¹⁹.

O pós-positivista Lenio Streck, por sua vez, propõe que as escolhas interpretativas disponíveis ao jurista sejam limitadas pela tradição. Afirma que uma resposta adequada para a questão interpretativa do Direito resulta quando a tradição relaciona-se de forma dialética com a criatividade e a crítica. Nessa relação, a tradição dita os limites para a decisão e, após esta limitação, ocorre a tarefa da criatividade e da razão crítica do juiz²⁰. Contudo, adverte:

[...] isto não significa que seja aconselhável estimular subjetivismos e/ou axiologismos, alçando o intérprete a senhor do texto [...]. Há - e deve haver - limites no processo interpretativo. O processo hermenêutico não autoriza atribuições discricionárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete (ou asseada nas virtudes pessoais do juiz)²¹.

Em várias oportunidades no estudo das teorias da decisão, parece nítida a prevalência de uma postura voluntarista do magistrado.

No Brasil, autores como Rui Portanova²² e Luís Roberto Barroso²³ aceitam o poder discricionário dos juízes como componente indispensável para solucionar casos difíceis. Mas como controlar esse poder?

Em países como o Brasil, a fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade por vezes é inexistente. [...] Em síntese, discricionariedade quer dizer “escolhas”. Quer dizer “o direito estar à disposição do intérprete”. A discricionariedade implica que o direito pode amparar soluções diferentes de um mesmo caso, dentre as quais o juiz escolhe a que lhe parece moral ou socialmente mais útil. Assim, embora o pós-positivismo, o não-positivismo e o neoconstitucionalismo tenham surgido com a pretensão de superar o paradigma positivista, em que pese tenham trazido importantes avanços, não romperam com a discricionariedade [...]. Neste contexto, assim como as teorias kelseniana e hartiana não foram

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Idem. p. 129-132.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 280-281.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 281-288.

²² PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Merece destaque: “*O que importa para o juiz é fazer justiça conforme sua convicção [...] a sentença, provindo de sentir, tal como sentimento, deve expressar o que o juiz sente, e diante sentimento definir a situação*”.

²³ BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 315. Merece destaque: “*Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade do intérprete*”.

desenvolvidas objetivando controlar a decisão judicial, também nas propostas contemporâneas inexistente um elemento de enfrentamento do arbítrio judicial, que não é colocado como um problema²⁴.

Para o pós-positivista Richard Posner, é desejável minimizar a discricionariedade dos juízes, mas impossível eliminá-la totalmente²⁵. Segundo ele, o juiz deve tomar a melhor decisão possível²⁶ e, nesse contexto, não pode fazer melhor, em casos difíceis, do que chegar a resultado razoável, em oposição a resultado demonstravelmente correto²⁷.

Considera Posner que “o legalismo existe e, portanto, nem tudo está permitido”, porém “o legalismo se encontra em grande medida confinado aos casos rotineiros”²⁸, pois existe uma zona aberta ou de indeterminação, na qual os juízes possuem discricionariedade decisória.

O modo legalista de julgar não oferece respostas razoáveis a todos os conflitos jurídicos sobre os quais os juízes têm de se pronunciar. Assim, eles são forçados a recorrer a outras fontes, incluindo suas opiniões pessoais de natureza política e suas particularidades. Portanto, a liberdade de julgamento que têm os juízes é uma liberdade involuntária, consequência da incapacidade do legalismo de determinar o resultado em muitos casos²⁹.

Embora Posner adjective de “desejável” a redução da amplitude decisória do magistrado ao deliberar sobre políticas públicas, entende que se trata de uma característica típica e inafastável³⁰.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., 2011. p. 595-598 e 407-413: “Kelsen “desiste” de enfrentar o problema dos “casos difíceis”, deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade”. Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal “escolha” se dê no interior da zona de penumbra da norma. [...] Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre “discricionariedade/arbitrariedade” [...]. Alexy, nos casos difíceis, aposta em soluções que perpassam o âmbito jurídico [...] isso fica patente na problemática da ponderação, tão cara à Teoria da Argumentação Jurídica: *quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão?* [...] o juiz, o *sub-jectum* da interpretação jurídica”.

²⁵ POSNER, Richard Allen. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 81.

²⁶ POSNER, Richard Allen. Idem. p. 257.

²⁷ POSNER, Richard Allen. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

²⁸ POSNER, Richard Allen. Cómo deciden los jueces. Tradução de Victória Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 6.

²⁹ POSNER, Richard Allen. Idem. p. 19-20.

³⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Op. Cit., 2013. p. 257 e 260-261: “Para o autor, o principal óbice à possibilidade de se cogitar da existência de apenas um resultado escoreito para cada caso reside na heterogeneidade das atuais sociedades, em que as pessoas divergem sobre uma miríade de temas. Mesmo magistrados com formação acadêmica similar e integrantes do mesmo grupo social podem, eventualmente, ter opiniões diversas acerca da melhor solução para determinada controvérsia

Muitas das teorias da decisão judicial “ainda colocam o julgamento à sombra da legislação”³¹. Todavia, em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontra pré-pronta no ordenamento jurídico; ela precisa ser construída de forma argumentativa pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo³².

Para achar a resposta que a norma não fornece, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral, da filosofia política e das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia. Constata-se, assim, que “o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela”³³.

3 CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As decisões mais importantes em matéria de políticas públicas ocorrem no seio do poder governamental e, no regime presidencialista, como é o caso do Brasil, isso depende da representatividade política do Poder Legislativo. Fernanda Matos e Reinaldo Dias afirmam que “quanto mais o Parlamento corresponder ao espaço de representação das forças sociais, maior tende a ser o seu peso no rumo que tomarão as políticas públicas” e, ao contrário, “quanto mais débil ou artificial ou ainda mais segmentada em benefício de grupos ou classes sociais for a representação parlamentar, mais a fundamentação e o rumo que tomarão as políticas públicas tende a se deslocar para o interior do aparelho administrativo”³⁴.

A finalidade do Estado, como instituição criada por um contrato social, não pode ser confundida com os fins daqueles que o governam em determinado

jurídica. Por esta razão, é impossível determinar objetivamente se uma resposta é efetivamente a única correta”.

³¹ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., 2007. p. 128: “Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita”.

³² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 333.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Idem. p. 334.

³⁴ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5-6.

momento histórico. Aristóteles, em sua obra “Política”, já afirmava que a finalidade do Estado é a felicidade, o “bem comum”, que constitui o conjunto de condições apropriadas para que se alcance a satisfação dos desejos da comunidade e de seus membros³⁵.

No Estado de Bem-Estar Social, os serviços públicos prestados à população são considerados direitos dos cidadãos. Trata-se de característica própria desta modalidade de Estado assistencial e o que autoriza a atuação do Poder Judiciário para garantir a sua adequada execução. É o que explica Marina Moraes, *in verbis*:

O que distingue o Estado de Bem-Estar de outros tipos de Estado assistencial não é tanto a intervenção estatal na economia e nas condições sociais com o objetivo de melhorar os padrões de qualidade de vida da população, mas o fato de os serviços prestados serem considerados direitos dos cidadãos³⁶.

É certo que o princípio democrático impõe que a escolha dos princípios para densificação na forma de políticas públicas deve ser efetuada pelos poderes submetidos à responsabilidade eleitoral, *i.e* Poder Legislativo e Poder Executivo. No entanto, quando estiver em questão o mínimo existencial e as políticas públicas constitucionais ditas essenciais, tal escolha fica submetida ao controle material do Poder Judiciário, para que determinados conteúdos constitucionais não fiquem à mercê da livre vontade majoritária³⁷.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando em questão o adimplemento dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Contudo, este parâmetro é muito elástico e torna praticamente todas as políticas públicas sujeitas à ampla revisão judicial, pois muitas delas podem ser conduzidas de forma mediata a princípios

³⁵ ARISTÓTELES. Política. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2015. p. 62: “O governo é o exercício do poder supremo do Estado. Este poder só poderia estar ou nas mãos de um só, ou da minoria, ou da maioria das pessoas. Quando o monarca, a minoria ou a maioria não buscam, uns ou outros, senão a felicidade geral, o governo é necessariamente justo. Mas, se ele visa ao interesse particular do príncipe ou dos outros chefes, há um desvio. O interesse deve ser comum a todos ou, se não o for, não são mais cidadãos”.

³⁶ MORAES, Marina Medeiros Queiroz. Welfare State: Direitos Humanos e Políticas Públicas. In: BONINI, Luci. M. M.; PANHOÇA, Ivone; CIANCIARULLO, Tamara Iwanow. (org.) Políticas Públicas: Estudos e casos. São Paulo: Ícone, 2014. p. 98.

³⁷ FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 201.

constitucionais³⁸.

A doutrina converge para um ponto em comum, que acredita na legitimidade do Poder Judiciário para assegurar os objetivos fundamentais da Constituição Federal, previstos no artigo 3º, exercendo controle das políticas públicas.

Segundo Nilva Antônio, “tal controle não fere o princípio da separação dos Poderes, estando o Judiciário no dever de interferir quando da omissão constitucional do Estado”³⁹.

Igualmente, Wilson Liberati defende a possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, porém, desde que haja recurso financeiro suficiente para financiar a política *sub judice* e que os direitos violados pertençam ao núcleo essencial de direitos fundamentais, sem os quais a dignidade da pessoa humana sofreria séria diminuição. Segundo ele, a intervenção condicionada por esses dois fatores é mais sensata e não fere os princípios republicanos e democráticos e, ao mesmo tempo, contempla a garantia plena dos direitos fundamentais sociais⁴⁰.

O ativismo judicial decorre da ineficiência da Administração Pública em prestar os serviços garantidores dos direitos fundamentais sociais. No entanto, o pleno exercício dos direitos sociais pode encontrar obstáculos de efetividade em relação à capacidade econômico-financeira do Estado. Por isso, alguns autores defendem ser permitido o ativismo judicial moderado, cujos limites devem ser procurados na própria Constituição.

O magistrado deve verificar se, em relação à matéria *subjudice*, outro órgão ou poder tem melhores condições para decidir, respeitando os procedimentos e as conclusões técnicas e especializadas sobre a matéria. Todavia, se, em vez de, simplesmente, controlar ou determinar a execução de alguma política pública, reconhecer que, naquela lacuna legislativa ou executória, existe a iminente possibilidade de violação de algum direito fundamental, “neste caso, não haverá dúvida sobre a pertinência do ativismo judicial”⁴¹.

No mesmo sentido, Felipe de Melo Fonte defende ser possível a intervenção

³⁸ FONTE, Felipe de Melo. Idem. p. 200.

³⁹ ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: BONINI, Luci. M. M.; PANHOÇA, Ivone; CIANCIARULLO, Tamara Iwanow. (org.) Políticas Públicas: Estudos e casos. São Paulo: Ícone, 2014. p. 208.

⁴⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas Públicas no Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158.

⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. Idem. p. 173-174.

judicial nas políticas públicas, sob o argumento de que a proteção deficitária em sede de políticas públicas é vedada com fundamento no dever estatal primário de proteger os direitos fundamentais por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas⁴².

Tal intervenção funda-se na necessidade de observância do princípio da dignidade de pessoa humana. Todavia, o controle exercido pelo Judiciário sobre as atividades de outros poderes não se justifica em todos os casos e de forma ilimitada.

Para operacionalizar as limitações da atuação judicial em sede de políticas públicas, Felipe de Melo Fonte tece importante diferenciação entre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, conforme segue:

A adoção do princípio da dignidade e necessidade de sua observância, que pode ocorrer em diversos graus, permite o reconhecimento de dois níveis de direitos fundamentais na Constituição de 1988: (i) aqueles de imposição obrigatória, diretamente vinculados à materialização do seu núcleo (identificados como mínimo existencial); e (ii) os demais, consagrados normativamente pelo constituinte de 1988 e ligados, ainda que em grau menos intenso, à dignidade da pessoa humana, mas que podem se submeter à concretização realizada pelo legislador e pelo administrador público⁴³.

Da mesma forma, as políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais podem ser divididas em duas categorias distintas, submetidas a regimes de controle diferenciados: (i) políticas públicas constitucionais *essenciais*, que dizem respeito ao adimplemento concreto do mínimo existencial; (ii) políticas públicas constitucionais *não essenciais*, relacionadas a área não nuclear dos princípios fundamentais⁴⁴.

Ao propor uma definição de mínimo existencial, Ada Pellegrini Grinover ensina:

O mínimo existencial é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado [...]. Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça. É esse o núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas,

⁴² FONTE, Felipe de Melo. Op. Cit., 2013. p. 225.

⁴³ FONTE, Felipe de Melo. Idem. p.120-121.

⁴⁴ FONTE, Felipe de Melo. Idem. p. 200-201.

para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência da lei ou de atuação administrativa. O *mínimo existencial* corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei⁴⁵.

O mínimo existencial deve, então, ser garantido mesmo contra a vontade das maiorias eventuais, democraticamente investidas no exercício do poder. “Não haveria sentido em reconhecer um amplo espaço de garantias aos indivíduos se elas estivessem, em toda a sua extensão, submetidas à condição de serem contempladas na via orçamentária, a qual depende precisamente da vontade majoritária”⁴⁶.

Em consonância com este entendimento, Grinover expõe a sua concepção sobre a matéria, fazendo-o de forma bastante didática, por meio de assertivas concatenadas que permitem a delimitação das hipóteses em que se admite o controle judicial de políticas públicas.

Segundo a autora, o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF) e esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes - entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado. Porém frisa: “dentro de limites”, o Poder Judiciário pode interferir nas políticas públicas - entendidas como programas e ações do Poder Público pretendendo atingir os objetivos fundamentais do Estado - quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas⁴⁷.

Há um pressuposto e dois limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O pressuposto é a “restrição à garantia do mínimo existencial”, o que autoriza a imediata judicialização do direito, mesmo na ausência de lei ou de atuação administrativa. Os limites à intervenção são: i) “a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público”; ii) “a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional das Políticas Públicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132-133.

⁴⁶ FONTE, Felipe de Melo. Op. Cit., 2013. p. 205.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., 2013. p. 149.

pública”⁴⁸.

Quando provocado a respeito, o juiz deverá “utilizar um novo processo, com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da administração para poder chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível”⁴⁹.

Conclui-se assim que, embora a definição dos meios de proteção dos direitos fundamentais seja atribuída, inicialmente, aos Poderes Legislativo e Executivo, ela é passível de submissão ao controle judicial de constitucionalidade. Neste contexto, cabe aos juízes avaliar os meios que estavam à disposição dos Poderes Públicos e julgá-los, para dizer se o dever de proteção foi cumprido de modo adequado⁵⁰.

Nessa tarefa, Felipe de Melo Fonte adverte que as decisões judiciais em matérias de políticas públicas devem, eventualmente, reconhecer a inadequação do orçamento público diante das exigências constitucionais, mesmo que para declarar a existência do direito social pretendido e condicioná-lo à existência de previsão orçamentária futura. Se não houver urgência no caso concreto, é menos impactante para o processo democrático que se expeça ordem judicial no sentido de determinar a inclusão da despesa no próximo projeto de lei orçamentária, cabendo aos órgãos políticos promover as devidas adequações jurídicas⁵¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário, na democracia contemporânea, passou a preocupar-se com a questão social, tornou-se *locus* da cidadania e assumiu papel de garantidor dos direitos fundamentais. Diz-se que exerce verdadeira representação argumentativa dos interesses da sociedade, ao lado da representação política exercida pelo Poder Legislativo.

De fato, a preocupação com a questão social se acentua em uma sociedade extremamente heterogênea e com escassez de recursos, onde a judicialização de

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Idem. p. 149.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Idem. p. 149.

⁵⁰ FONTE, Felipe de Melo. Op. Cit., 2013. p. 226.

⁵¹ FONTE, Felipe de Melo. Idem. p. 316.

questões afetas às políticas públicas, visando a manutenção dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, é, por vezes, a única garantia do cumprimento destes direitos.

No entanto, mais do que proporcionar a observância dos direitos em benefício do cidadão, o Poder Judiciário deve zelar para que o atendimento do mínimo existencial seja priorizado e prestado na forma de políticas públicas igualitárias.

A judicialização das políticas públicas tornou mais complexa a atividade de julgar, pois exige do julgador a atenta observância das atribuições dos demais poderes, para que não lhes invada a esfera de discricionariedade.

A definição dos meios de proteção dos direitos fundamentais, embora seja atribuída, inicialmente, apenas aos Poderes Legislativo e Executivo, é passível de submissão ao controle judicial de constitucionalidade. Nessa tarefa, cabe ao juiz avaliar os meios que estavam à disposição dos demais poderes para dizer se o dever de proteção foi cumprido de modo adequado por meio da execução das políticas públicas.

É possível o controle jurisdicional das políticas públicas conquanto se trate de políticas públicas constitucionais ditas essenciais, quais sejam, aquelas relacionadas à garantia do mínimo existencial, e desde que a intervenção judicial observe os limites orçamentário-financeiro e de tempo necessário para o planejamento de sua execução.

Nessa seara, o objetivo almejado é a mínima intervenção nas atribuições dos demais poderes e que a atuação do Poder Judiciário seja cada vez mais reduzida e desnecessária. Para tanto, cumpre ao Legislativo e ao Executivo adimplirem os deveres constitucionais a eles impostos, especialmente por meio da adequada execução das políticas públicas ditas essenciais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. A representação funcional do Judiciário e a representação argumentativa das Cortes Constitucionais. Seminário apresentado na Academia Judicial CEJUSC, Florianópolis, 2013.

_____. Magistratura como justiça cidadã - juiz cidadão como paradigma de uma

justiça humanizada. Seminário apresentado na Academia Judicial CEJUSC, Florianópolis, 2013.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

_____. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

ARISTÓTELES. Política. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONINI, Luci. M. M.; PANHOÇA, Ivone; CIANCIARULLO, Tamara Iwanow. (org.) Políticas Públicas: Estudos e casos. São Paulo: Ícone, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/3510 - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Carlos Britto. Julgamento em 28/05/2008.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional das Políticas Públicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas Públicas no Estado constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In:

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

POSNER, Richard Allen. Cómo deciden los jueces. Tradução de Victória Roca Pérez. Madri: Marcial Pons, 2011.

_____. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. O que é o Geodireito? In:
<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI103305,51045>.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

_____. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Juspositivistas e Pós-positivistas. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.