

Controle jurisdicional de políticas públicas tem se tornado realidade

A extrema rapidez com que se alteram os cenários político e econômico, aliada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, tem exigido um profundo redimensionamento do papel do Direito e das instituições jurídicas no corpo social.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante direitos fundamentais e o cumprimento de metas de cunho social de maneira exemplar, entretanto a efetivação dessas normas não tem seguido o mesmo caminho.

Com a superação do paradigma liberal, o Estado passa a intervir visando o atendimento de metas ligadas à materialização da igualdade. Com o advento do Estado Democrático de Direito, essas metas passam para um âmbito constitucional, entretanto uma visão ultrapassada de institutos jurídicos, aliada a uma inércia por parte dos poderes Legislativo e Executivo, faz com que essas normas constitucionais sejam reduzidas quase à situação de letra morta.

Diante dessa realidade, a discussão sobre o controle jurisdicional de políticas públicas tem se tornado cada vez mais feroz, tendo a hipótese surgida com uma alternativa viável para sanar omissões, ainda que parciais, dos referidos poderes em cumprir os mandamentos constitucionais.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, tem se entendido que o ato de interpretar as normas, realizados pelos magistrados, é também concretizar, é aplicar o enunciado constitucional ou normativo, abstrato e geral, a situações da vida, particulares e concretas.

Nesse sentido, cumpre à interpretação construir a norma, pois não há norma senão interpretada. É a chamada *nova hermenêutica constitucional*, que surge em oposição à visão hermenêutica clássica que nega qualquer possibilidade de o juiz, na interpretação constitucional, criar o Direito, indo além do que o texto legal lhe permitir.

O presente artigo tem como intuito expor os óbices ao controle jurisdicional das políticas públicas levantados pela doutrina constitucional clássica e demonstrar, de maneira breve e sintética, o quão insuficientes são tais argumentos.

Os insuficientes óbices ao controle jurisdicional de políticas públicas

É característico do Estado Democrático de Direito uma ampliação dos mecanismos de controle sobre a atuação estatal, dessa forma, sendo as políticas públicas manifestações dessa atuação limitadas pela lei, seria possível um controle jurisdicional que atuasse tanto em sua fase de planejamento quanto de execução.

Tal controle abrange a noção de vigilância, correção e orientação. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário tem um papel mais atuante que nos outros paradigmas do Estado, de modo a utilizar todo o ordenamento jurídico – princípios e regras – para buscar a solução mais adequada ao caso concreto, em oposição a uma aplicação “distante” da lei.

A judicialização da política é um fato. Cada vez mais matérias que antes eram consideradas políticas, e por isso fora do alcance legal e do crivo dos juízes e tribunais, passam a se submeter ao Direito, e, nesse sentido, ao controle jurisdicional.

Dessa forma, cabendo ao Estado colocar em prática os princípios, direitos e objetivos traçados pela Constituição, na ausência de atuação do Executivo e do Legislativo caberia ao Judiciário essa tarefa. É importante enfatizar que o Judiciário não estaria agindo como substituto, mas apenas compelindo o administrador a prover certos serviços ou legislando temporariamente – no caso de Mandado de Injunção.

Este trabalho objetiva expor e rebater as principais questões arguidas por aqueles que se posicionam de maneira contrária ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Separação dos Poderes

Não convém ao presente estudo discorrer longamente sobre as origens e a evolução histórica do princípio da separação dos poderes, mas apenas procurar argumentar sobre o seu papel no Estado Democrático de Direito, expondo os entendimentos contrários de parte da doutrina no tocante à relação do princípio em pauta com a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas.

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição da República celebra o princípio da separação dos poderes em seu artigo 2º, quando prevê que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Porém, no Estado Democrático de Direito, é impossível se admitir que o princípio da separação dos poderes impeça qualquer tipo de interferência entre eles. Essa interferência sempre existiu, sendo importante lembrar que o princípio em pauta é apenas um dentre vários previstos na Constituição, e por isso, deve ser aplicado em harmonia com os demais princípios constitucionais. A Constituição não pode ser interpretada por partes, mas sim como um texto uno.

Américo Bedê Freire Júnior contesta a existência de três poderes, preferindo se referir a “três funções”, uma vez que a Constituição seria um poder acima de qualquer outro. Nesse sentido afirma que há, “*portanto, em nosso país uma separação de funções e não de Poderes, até porque na verdade todos os ‘poderes’ estão abaixo da Constituição*”. (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.) Dessa forma, o poder estatal seria uno, materializado na Constituição. Partindo daí, se extrai que a separação das funções tem como objetivo também viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais.

Para ele, o princípio não deve ser encarado do mesmo modo que o era no século XVIII, como um fim em si mesmo, mas sim como uma maneira de efetivar as conquistas constitucionais historicamente adquiridas.

Nesse sentido, considerando-se que a principal conquista do movimento constitucionalista tenha sido a afirmação dos direitos fundamentais do homem, estes deveriam ser a principal meta de proteção do princípio da separação dos poderes.

Cita Lenio Luis Streck, quando discorre sobre a nova ordem constitucional inaugurada pela Carta Magna de 1988, *in verbis*:

“a inércia do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais/constitucionais podem ser expungidos do Texto Magno.”[\[1\]](#)

Percebe-se que os Três Poderes encontram-se submetidos à concretização das normas constitucionais. O Legislativo e o Executivo são compelidos constitucionalmente a desenvolver políticas, por meio da edição de leis ou de atos administrativos, que objetivem a efetivação de programas e normas constitucionais ou legais, tais políticas estão sujeitas ao controle constitucional.

Nesse sentido também está o pensamento de Ana Luisa Gomes de Araújo:

”Contudo, pode-se afirmar que, se o princípio da separação dos poderes foi inicialmente idealizado com a finalidade de conter o arbítrio estatal, atualmente, a remissão a ele de modo a justificar a impossibilidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas visa garantir a manutenção do status quo, dando um caráter de pretensa “juridicidade” à omissão do Estado quanto aos seus deveres de realizar os direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Nesse sentido, entende-se competir ao Poder Judiciário, à luz do princípio da separação dos poderes, a tarefa de tutelar a Constituição, de modo que os preceitos nela contemplados tenham efetividade, não podendo, portanto, encontrar guarida na doutrina da separação dos poderes, a omissão estatal desarrazoada no cumprimento desse dever.”[\[2\]](#)

Mesmo que tal postura do Judiciário possa ser causadora de atrito com as demais funções do Poder, deve-se frisar que não se propõe uma supremacia de uma delas em detrimento das outras, mas sim a supremacia da própria Constituição da República.

Américo Bedê Freire Júnior, afirma :

”O dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos interpretes, especialmente dos juízes.”[\[3\]](#)

Desse modo, entende-se que os princípios constitucionais têm efetivação direta, não necessitando passar, primeiramente, pelo legislador para que tenham condições de ser reconhecidos judicialmente.[\[4\]](#)

O legislador não seria mais o único responsável pela efetivação da Constituição. Em uma visão moderna do Direito incumbe também ao juiz o dever de agir impedindo ações ou omissões contrárias ao texto constitucional. Essa atitude, de acordo com uma nova visão do princípio da separação dos poderes, não

ofenderia a Constituição, ao contrário, permitiria que houvesse uma maior realização de suas disposições.

Por isso, o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em separação, mas sim em equilíbrio entre os Poderes.

O Estado Democrático de Direito não é mais compatível com o princípio da separação dos poderes sem que seja possível um amplo controle de constitucionalidade visando à efetivação dos direitos fundamentais.

Legitimidade do Poder Judiciário

Há grande repercussão na sociedade o argumento de que os magistrados não poderiam exercer um controle efetivo sobre as políticas públicas, uma vez que não foram democraticamente eleitos pelos cidadãos.

Efetuando o controle político, eles invadiriam competência de outra função estatal, por isso, sua ação constituiria em um arbítrio, não amparado constitucionalmente. A escolha de aplicação de recursos públicos deveria ser feita por pessoas eleitas pelo povo, e não por juizes. Tal atuação, pelo Judiciário, poderia conduzir a uma “ditadura dos juízes”.

Tal raciocínio só pode persistir com um pensamento liberal. No Estado Democrático de Direito, não se admite essa idéia de democracia formal, onde apenas os representantes eleitos poderiam expressar a vontade da sociedade.

Para Américo Bedê Freire Júnior, em uma visão positivista, a legitimação da decisão judicial é a lei. A legitimidade do juiz seria para a identificação da lei adequada ao caso concreto, e, *“ao ir além da lei, o juiz entraria em seara que não lhe pertence, violando a separação dos poderes e decidindo, portanto, sem legitimidade”*.(FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.) Entretanto, essa visão não prospera no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o autor cita exemplos em que o juiz, supostamente, iria além da lei, como no caso da fixação de uma pena, em Direito Penal, ou na interpretação de uma expressão vaga como *“circunstância relevante”*, afirmando, então, que *“o juiz tem poderes para completar o Ordenamento Jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador”*.(FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.).

Entretanto, no pensamento de Hans Kelsen, o juiz já agiria politicamente nas hipóteses acima. Para Kelsen, a norma jurídica funcionaria como uma moldura que limitaria as possibilidades da sua aplicação pelo juiz. Essa moldura seria definida pela interpretação da norma, e conteria todas as hipóteses possíveis de sua aplicação. No entanto, a escolha entre essas hipóteses não seria uma questão de ciência do Direito, mas de política do Direito, sendo uma função voluntária do juiz.[\[5\]](#)

Assim sendo, no positivismo de Kelsen, já era admitida uma função política do juiz ao aplicar a norma,

porém, é capital afirmar que, neste exercício, o juiz era sempre limitado por ela.

Isso dito, Aury Lópes Jr., citado por Freire Júnior, afirma que:

“a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.” [\[6\]](#)

Dessa forma, não há uma investidura popular dos juízes, mas sim uma investidura constitucional. A legitimidade do juiz seria derivada diretamente da Constituição, e, devido ao seu caráter democrático, seria uma legitimidade democrática, ainda que não política, sem se opor a vontade da sociedade expressa pela Constituição.

Nesse sentido, de preservação e efetivação dos direitos constitucionais, não seria admitida política eleita por maioria popular que fosse contra direitos fundamentais expressos na Constituição. A democracia não é um instrumento para a dominação das minorias pela maioria.

Cabe dizer ainda que uma outra maneira de tornar efetiva a democracia seria com a efetivação dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário ainda funciona como palco de reivindicações sociais. A própria questão da possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas se dá devido ao crescente número de demandas apontando omissões em serviços básicos que deveriam ter sido mantidos pelo Estado.

Assim sendo, o Judiciário também seria uma esfera da democracia, cumprindo um papel importante na garantia e guarda da Constituição, base de toda a sociedade.

A reserva do possível

Um argumento sempre levantado por aqueles contra o controle jurisdicional de políticas públicas, no caso de omissão estatal, é o da reserva do possível. A expressão se refere a limitação dos recursos disponíveis frente à quase infinita demanda social a ser suprida por eles.

A discussão, nesse caso, vai além da esfera jurídica para adentrar a possibilidade material do Estado atender a todas as necessidades da população em decorrência de um limitado orçamento. No aspecto jurídico, também é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato da decisão judicial.

Realmente, a premissa da reserva do possível se baseia no fato da administração, para efetivar direitos e políticas previstas constitucionalmente, fazer uso de ações positivas, e essas ações necessitam de recursos materiais, orçamentários. Dessa forma, o Judiciário não poderia simplesmente ignorar essa limitação orçamentária quando determina que o administrador adote certa medida.

Em outro nível, conforme exposto, também existe o problema da insuficiência jurídica de fundos, problema relacionado com a distribuição de competências tributárias e orçamentárias.

Inicialmente, cabe dizer que essa insuficiência de fundos deve ser demonstrada, e não somente alegada. Caso isso ocorra, deve-se investigar o motivo dessa escassez de recursos, uma vez que podem existir gastos desnecessários face à urgência de outras questões. Isso feito, cabe destacar que os mesmos recursos insuficientes para se implementar uma política pública podem ser suficientes para iniciá-la, caso em que o juiz determinaria a inclusão de verbas no próximo orçamento para a sua continuidade.

Américo Bedê Freire Júnior afirma:

“Veja-se que há vários modos de se analisar a reserva do possível: há o modo que vem prevalecendo como cláusula suprallegal de descumprimento da Constituição e há o modo como enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos humanos.” [\[7\]](#)

Entende o autor que, em um conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais, estes devem prevalecer, devendo o juiz determinar a inclusão de suas despesas no plano plurianual ou mesmo, em caso de urgência, determinar a realização de despesa ausente do orçamento anual, uma vez que a previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo, devendo ser interpretada do melhor modo para a efetivação dos direitos fundamentais.

O argumento da reserva do possível deve ser sempre analisado em confronto com o caso concreto, uma vez que estariam em contraposição princípios diferentes. Não se poderia permitir que uma decisão impusesse a um município o custeio de um tratamento a uma pessoa que significasse o exaurimento de todo o orçamento daquele município para a saúde – considerando que o orçamento anual tenha sido organizado de maneira devida. Por outro lado, não seria admissível alegar a reserva do possível para o caso de um administrado pleitear vaga em ensino fundamental para seu filho, uma vez constando no orçamento verbas consideráveis para publicidade.

Como se percebe, trata-se de ponderar princípios, direitos e interesses em jogo, considerando principalmente as obrigações e direitos constitucionalmente previstos.

O controle jurisdicional de políticas públicas, ainda contestado por parte da comunidade jurídica, é o resultado da evolução do próprio Constitucionalismo. O entendimento de que a formulação e execução dessas políticas estavam isentos de controle pelo Judiciário por se tratar de atividade política já não subsiste em nossa realidade, no entanto ainda são levantados argumentos como a separação de poderes, ou a reserva do possível como obstáculos para a intervenção do Judiciário.

Verifica-se que os principais argumentos daqueles que procuram desqualificar a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas não devem prosperar de forma plena frente às novas exigências advindas do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República de 1988.

As políticas públicas não são mais alvo de completa discricionariedade daqueles encarregados de seu

planejamento e execução.

O princípio da separação de poderes não deve mais ser visto de forma estática, como um fim em si mesmo, mas como forma de garantir os direitos constitucionais. Não se deve mais falar em separação de poderes, mas sim de funções, todas elas subordinadas a um poder uno, que é a Constituição, que também garante legitimidade democrática aos juízes.

Nesse mesmo sentido, o argumento da reserva do possível não pode mais ser aceito como uma “carta branca” das autoridades públicas para descumprir ordens judiciais. A escassez de recursos deve ser analisada detalhadamente em cada caso concreto, de modo que as peculiaridades da demanda e as justificativas apresentadas pelo poder público sejam contrapostas e entendidas tendo como base princípios e direitos constitucionais.

Ainda que muito ainda se tenha que discutir acerca do tema, verifica-se o rompimento de barreiras antes tidas como certas. Cada vez mais o controle jurisdicional de políticas públicas se torna uma realidade, assim como de tantas outras normas constitucionais, anteriormente ignoradas por completo pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Ana Luiza Gomes de. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35, n. 138 abr/jun.1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais*. In: GRAU, Eros Roberto et al (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996

KRELL, Andréas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36, n. 144 out/dez.1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

[1]FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 40.

[2]ARAUJO, Ana Luiza Gomes de. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Belo Horizonte. UFMG, 2006, p. 118.

[3]FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

[4] Sobre a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República expressa no parágrafo 1º do art.5º : “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

[5]KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 469.

[6]FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

[7]FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

Date Created

02/04/2011