

DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

CHALLENGES OF THE JUDICIARY IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES

*Gilberto Andreassa Junior**

RESUMO

O presente artigo trata dos desafios do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. O texto procura explicar algumas arbitrariedades praticadas pelos magistrados que julgam, em regra, de maneira inadequada temas de cunho social e que, ainda que implicitamente, recaem sobre todo cidadão. Além da ausência de diálogo efetivo entre os Poderes, constata-se que grande parte dos juízes considera questões de políticas públicas, notadamente no que diz respeito ao direito à saúde, como um direito individual. Ou seja, não se cria uma cultura voltada à distribuição de ações coletivas e não se analisa o impacto econômico e social que decisões esparsas podem gerar à sociedade. O método utilizado é hipotético-dedutivo, com pesquisa qualitativa (revisão bibliográfica, estudo de casos e análise jurisprudencial).

Palavras-chave: Capacidade do Poder Judiciário; Direitos sociais; Legitimidade do Poder Judiciário; Políticas públicas.

ABSTRACT

This article deals with the challenges of the Judiciary in the control of public policies. The text seeks to explain some of the arbitrariness practiced by magistrates who, as a rule, improperly judge social issues and which, although implicitly, fall on every citizen. In addition to the absence of effective dialogue between the Powers, it is noted that most judges consider public policy issues, notably with regard to the right to health, as an individual right. That is, we do not create a culture focused on the distribution of collective actions and we do not analyze the economic and social impact that sparse decisions can generate for society. The method used is hypothetical-deductive, with qualitative research (bibliographic review, case study and jurisprudential analysis).

* Doutorando (PUC-PR) e Mestre (UniBrasil) em Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil (PUC-PR). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado e Professor Universitário. E-mail: gilberto@andreassaandreassa.adv.br.

Keywords: Capacity of the Judiciary; Social rights; Legitimacy of the Judiciary; Public policy.

INTRODUÇÃO

Durante décadas se discutiu a questão da legitimidade do Poder Judiciário na análise e implementação de políticas públicas. Hodiernamente, mais do que isto, faz-se necessário um debate acerca da (in)capacidade dos magistrados no tratamento de temas de cunho social e que, ainda que implicitamente, recaem sobre todo cidadão.

O artigo procura responder aos seguintes questionamentos: o Poder Judiciário possui capacidade, ou melhor, está apto a exercer uma “função legisladora” quando se trata do tema de políticas públicas? Quais seriam as soluções para que seus atos estejam em harmonia com os Poderes Executivo e Legislativo?

Em momento inicial, por meio de uma análise teórico-filosófica, será abordada a teoria da separação dos Poderes, isto é, será descrito perfunctoriamente o histórico do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, da passividade ao ativismo judicial.

Constata-se que a atividade política da jurisdição constitucional se realiza, na atualidade, a partir de um desenho institucional que viabiliza o exercício desta atividade.

A independência das Cortes de Justiça e sua legitimidade na averiguação de políticas públicas foi influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e é resultado de uma longa construção que teve como objetivo a garantia do direito de minorias e a concretização de direitos fundamentais.

Promulgada em 1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional reforçou a ideia de que a atuação dos juízes deveria ser imparcial, independente e ativa. Ademais, já estando em vigor a Constituição Federal de 1988, tem-se a independência e legitimidade judicial como algo inerente e fundamental para atuação da magistratura.

Mais à frente, busca-se demonstrar o método como vêm sendo decididas pelo Poder Judiciário matérias de políticas públicas, mormente no tocante aos direitos sociais.

Estudos empíricos evidenciam a falta de preparo dos magistrados quando se deparam com questões relacionadas aos direitos sociais. Parte dos juízes desconhece as políticas públicas que foram levadas ao seu julgamento, não dialogam com os demais Poderes e, acima de tudo, tratam os pedidos de forma individualizada, sem uma efetiva preocupação com as consequências provenientes das decisões.

Por fim, o texto elenca soluções práticas para uma maior integração entre os Poderes e aumento da “capacidade” aos membros do Poder Judiciário.

No que toca ao *método* adotado para a investigação, este será hipotético-dedutivo, com pesquisa qualitativa (revisão bibliográfica, estudo de casos e análise jurisprudencial).

A QUESTÃO DA “LEGITIMIDADE” AOS OLHOS DA TEORIA DO ESTADO E DO DIREITO

É possível afirmar que a independência e legitimidade judicial na averiguação de políticas públicas, nos moldes que são vistas atualmente, surgiram de uma nova ordem constitucional delineada, principalmente, no período pós-guerra. Verificou-se, após um tempo de defesa ao positivismo jurídico, a necessidade de interpretação das normas por parte dos magistrados, a fim de garantir direitos de minorias e de se concretizar direitos fundamentais².

Esta possível interpretação da lei gera a necessidade de independência aos juízes, fato constatado e defendido na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/1979)³ e na própria Constituição Federal de 1988⁴. Referido tema, inclusive, possui íntima relação com o que se chama de *ativismo judicial*, *judicialização da política*⁵ e *politização da justiça*.

Pois bem. Feita a introdução, faz-se necessário um breve relato histórico acerca da separação dos Poderes. Após, será analisada a independência/legitimidade judicial em questões de caráter político.

² Há quem discorra, inclusive, que, atualmente, o Judiciário, ao decidir sobre a constitucionalidade dos atos do Executivo ou do Legislativo, frequentemente “aloca recursos” e dessa forma pode ser considerado *policymaker* (elaborador de política). Cf. RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck; PEIXOTO, Vitor de Moraes. *Processo decisório, judiciário e políticas públicas*: levando a decisão judicial a sério. FGV Direito Rio. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%202009_2/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Diego%20e%20Leandro.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017.

³ Ex. Artigo 41 da Lei Complementar n. 35/1979: Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

⁴ Aqui não há previsão expressa. Todavia, através de uma leitura moral da Constituição Federal, percebe-se que, implicitamente, esta foi a ideia da Constituinte. Nas palavras de Peter Russell, fato semelhante ocorre no Reino Unido, Israel e Nova Zelândia (RUSSELL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: *Judicial independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. The University Press of Virginia, 2001. p. 22).

⁵ “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372). Ainda, “não obstante ser um fenômeno atual, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, tanto que se tem utilizado o termo de judicialização de megapolítica (ou de macropolítica) para distingui-lo da judicialização da política genérica” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV [online]*, v. 8, n. 1, p. 61, 2012).

A teoria da separação dos poderes: do estado liberal ao estado democrático de direito, da passividade ao ativismo judicial

A atividade política da jurisdição se realiza, nos dias de hoje, a partir de um desenho institucional que viabiliza o exercício desta atividade. Porém, nem sempre foi assim, conforme se verifica a seguir.

O princípio da separação dos Poderes foi elaborado, como teoria política, na obra de John Locke (1689)⁶. Em período próximo e com parecidos ideais, nasce o discurso de Montesquieu (1748)⁷. Para ambos, a teoria da separação dos Poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição das atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão.

A teoria somente foi concebida em contraposição ao absolutismo defendido por Thomas Hobbes (1651)⁸. Para o autor, o poder é exercido pelo soberano (monarca) mediante a submissão dos indivíduos e é usado para reprimir os conflitos humanos.

Superando a ideia de Hobbes, Montesquieu afirma que nenhuma sociedade sem governo pode subsistir, discorrendo sobre a importância das leis para a garantia da vida em sociedade⁹.

Portanto, a teoria da separação dos Poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, por intermédio da distribuição de atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão. Trata-se da tentativa de contenção do poder pelo poder.

Percebe-se, nos estudos de Locke e Montesquieu, que a teoria da separação dos Poderes foi elaborada e sustentada a fim de conferir proteção aos direitos fundamentais de primeira geração contra as iniciativas arbitrárias do Estado. Ou seja, as concepções dos autores acabaram por influenciar as Constituições liberais.

O modelo do constitucionalismo liberal preocupava-se exclusivamente em proteger o indivíduo da ingerência do Estado:

A teoria do Estado com poderes divididos conquistou prestígio na doutrina constitucional do liberalismo porque se consolidou como importante mecanismo de garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da

⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 83-86.

burguesia frente ao antigo poder das realidades absolutas. O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado e do Direito. Um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuidava-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado (...). Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais do que as seguintes atividades; manter a ordem interna e conduzir a política exterior¹⁰.

Não obstante, o pensamento abordado foi alterado com a Revolução Industrial e com o surgimento do sufrágio universal. Na realidade, o enfraquecimento do Estado Liberal começa quando as grandes empresas começam a ser monopolistas e aniquilam a concorrência¹¹. Neste ponto, surge o proletariado que prega um Estado Social – também chamado de Estado Providência, Estado de Serviço, ou *Welfare State* – contra a autorregulação do mercado¹². A ação do Estado torna-se imprescindível para a correção dos desvios existentes no meio social.

Na visão da doutrina, “a transição entre Estado Liberal e o Estado Social promove alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade”¹³.

Junto com este Estado social nasce um novo sistema ético de referência, baseado na proteção dos direitos humanos. A partir de 1948 – época em que já se fazia presente em diversos países o Estado Social –, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados se comprometeram a assegurar novos bens da vida, indispensáveis para a sobrevivência da humanidade¹⁴.

Destarte, a estabilidade objetivada no Estado Liberal é substituída pelo dirigismo estatal, alterando-se a concepção da teoria da separação dos Poderes:

No Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 34-35.

¹¹ “Na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 588.

¹² “A crise recorrente do capitalismo, o sufrágio universal, as reivindicações da classe operária, as revoluções socialistas, a passagem da empresa individual para a coletiva e da concorrência para o oligopólio, a emergência da sociedade de massas e a consequente urbanização pela qual passou o mundo, esses dados todos, somados a outros, concluíram por forçar o nascimento de um novo tipo de Estado” (Ibidem, p. 40).

¹³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

¹⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual. No Estado social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume, também, uma conduta proativa¹⁵.

Como consequência deste Estado Social, surge a nomenclatura do Estado Democrático de Direito, a qual perdura até a presente data no Brasil¹⁶.

Percebe-se que “a separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos”¹⁷⁻¹⁸.

Outra teoria da separação dos Poderes foi elaborada por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que escreveram e publicaram 85 artigos argumentando favoravelmente em relação à promulgação da Constituição norte-americana. A coletânea destes trabalhos deu origem ao livro *O Federalista*, razão por que os autores são chamados de “Os Federalistas”¹⁹.

Referidos autores defendiam a harmonia entre os Poderes e afirmavam que não seria necessária uma independência, mas, sim, uma interdependência entre as funções do Estado.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento brasileiro não previa claramente métodos para efetivação de direitos sociais. Seu conteúdo era meramente programático, pois dependia quase que exclusivamente das ações do Poder Legislativo. Na atualidade, parece claro que se deve trabalhar com a máxima efetividade da Constituição e com a harmonia (pesos e contrapesos – *checks and balances*) entre os Poderes. Isto, inclusive, remete ao art. 2º da Constituição Federal, que descreve: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Paulo Bonavides afirma que “numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidade

¹⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

¹⁶ Estado Democrático de Direito: fundado não mais no princípio da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade. Ademais, não só procura garantir a liberdade, mas também a igualdade.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 146.

¹⁸ Percebe-se, pela leitura histórica, que no Estado Liberal havia uma preeminência do Poder Legislativo, enquanto no Estado Social havia uma supremacia do Poder Executivo. Já no Estado Constitucional, prevalecem, de certa forma, os mandamentos do Poder Judiciário.

¹⁹ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

des que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação”²⁰.

Bruce Ackerman, na mesma linha de pensamento, delimita que “a separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”²¹.

Com base nas notas anteriores, em especial na máxima efetividade da Constituição, pode-se afirmar o porquê da judicialização e do ativismo terem se tornado parte significativa e integrante do sistema jurídico brasileiro.²² Além do mais, a previsão do controle de constitucionalidade e a possibilidade da *ponderação de princípios* ratificam esta necessária integração entre os Poderes.

A tendência para a constitucionalização de direitos e a fortificação do Judiciário demonstram-se como um produto inevitável de uma universal priorização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial. Democracia não é equivalente à regra da maioria. Em uma real democracia, as minorias devem estar protegidas por meio de uma Constituição escrita, cabendo aos juízes, que não estão sujeitos às pressões dos partidos políticos, aplicar estes direitos, ainda que de forma ativista²³.

Mauro Cappelletti discorre que a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional, o que não torna os julgadores, necessariamente, legisladores. De fato, os juízes estão constangidos a ser criadores do direito, *law makers*. “Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito”²⁴.

Já adentrando ao século XXI, percebe-se que o Poder Judiciário vem enfrentando de forma equivocada questões relacionadas às políticas públicas. Como dito na introdução, estudos empíricos evidenciam a falta de preparo dos magistrados quando se deparam com matérias relacionadas aos direitos sociais. Parte dos juízes desconhece as políticas públicas *sub judice*, não dialogam de maneira apropriada com os Poderes Legislativo e Executivo, e, acima de tudo, tratam as demandas como um direito individual.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 146.

²¹ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113.

²² Outro fator que reforça este “poder” do Judiciário é que o Brasil tem uma das maiores taxas de desigualdade social do mundo (10º lugar – 2017). Aqui, a imensa maioria da população depende da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html>. Acesso em: 1º nov. 2017.

²³ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 73-74.

A QUESTÃO DA “CAPACIDADE” E SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA UMA MAIOR INTEGRAÇÃO ENTRE OS PODERES

A política pública é um programa de ação governamental que não consiste em normas ou atos isolados, mas, sim, numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, dos mais variados tipos, conjugados para a realização de um objetivo determinado²⁵. Ainda, a política pública engloba um processo político-administrativo composto por diferentes fases que se sucedem e interagem entre si, as quais se dividem em: identificação do problema, inclusão na agenda política, formulação, implementação e avaliação²⁶.

É notório, dessa forma, que “a elaboração de uma política pública depende da iniciativa do Estado, seja provocado pela população, por um fato, por uma pesquisa, pelo anseio de uma reeleição ou por interesses políticos genericamente falando”²⁷. Todavia, no momento em que uma política pública é levada ao centro do Poder Judiciário, teria ele plena “capacidade” para programar, alterar, ou simplesmente anular a política emanada do Poder Legislativo?

Em regra, pode-se dizer que não. Além da ausência de diálogo efetivo entre os Poderes, constata-se que grande parte dos juízes considera questões de políticas públicas, notadamente no que diz respeito ao direito à saúde, como um direito individual. Ou seja, não se analisa o impacto que decisões esparsas podem gerar à sociedade²⁸.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 40, p. 72-73, 2001.

²⁶ Fase 1. Percepção e definição de problemas: transformar uma situação de dificuldade em problema político; Fase 2. Inserção na agenda política: trata-se de uma construção permanente, que envolve forte disputa política (Ainda, podem-se distinguir três tipos de agenda política: *agenda sistêmica, agenda governamental e agenda de decisão*); Fase 3. Formulação: momento de definição sobre a maneira de solucionar o problema político e a escolha das alternativas a serem adotadas, que se processa na esfera do Legislativo e do Executivo. É um momento de negociação e acordos entre os agentes; Fase 4. Implementação: fase da concretização da formulação, através de ações e atividades que materializam as diretrizes, programas e projetos, e predominantemente está ao encargo do aparelho burocrático; Fase 5. Avaliação: em política, a principal avaliação é a eleitoral. A avaliação de uma política consiste no estudo dos êxitos e das falhas do processo de sua implementação. Cf. SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2315-2321.

²⁷ PAMPLONA, Danielle Anne; MESQUITA, Eduardo Melo de. Judiciário e Políticas Públicas: um exemplo positivo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí/SC, v. 20, n. 3, p. 889, set./dez. 2015.

²⁸ Como exemplo, uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu que as despesas do Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais de compra de medicamentos e insumos para tratamentos médicos aumentaram 1300% em sete anos, saindo de R\$70 milhões em 2008 para R\$1 bilhão em 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/despesa-judicial-no-ministerio-da-saude-avanca-1-300-em-7-anos/>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

Pesquisa realizada no ano de 2017 revela que dos juízes entrevistados, 62,4% consideram que ações individuais solicitando acesso a políticas/bens públicos têm mais sucesso do que as ações coletivas. Já 23,4% afirmaram que não há diferença significativa entre ações individuais e ações coletivas no que toca ao acesso a políticas/bens públicos, enquanto 8,5% descreveram uma preferência pelas demandas coletivas. O levantamento, que integra a segunda edição da série *Justiça Pesquisa*, do Conselho Nacional de Justiça, foi feito em 14 tribunais de diferentes Estados e ramos de Justiça²⁹.

Virgílio Afonso da Silva trata, em um dos seus textos sobre Judiciário e políticas públicas, a respeito da racionalidade que permeia as decisões dos juízes e suas consequências. Em estudo empírico realizado, constatou-se que, nos casos de concessão de medicamentos, em 93% das decisões os julgadores consideraram o direito à saúde *individual*. Outro estudo relevante demonstra que, em geral, os magistrados não se preocupam com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo³⁰.

Este desconhecimento pelos juízes de como funcionam as demandas coletivas gera prejuízo para a sociedade, uma vez que decisões individuais afetam diretamente o orçamento público. Ademais, fato pouco analisado é que decisões de caráter individual geram desigualdade social. Somente quem possui acesso pleno à justiça consegue a efetivação de determinadas políticas públicas³¹.

Em alguns casos, inclusive, a via judicial não é o caminho mais adequado para a satisfação das necessidades sociais dos cidadãos. Segundo Daniel Wunder Hachem, três principais motivos podem ser elencados: o acesso à justiça é limitado às classes média e alta da população; a maior parte das ações judiciais que busca a implementação de políticas públicas é de cunho individual e não coletivo; o planejamento de políticas públicas voltadas ao atendimento de todas as esferas da sociedade compete à Administração Pública³².

²⁹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-acoes-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 595.

³¹ Referindo-se àqueles que não têm acesso ao Poder Judiciário, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro observa: “Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os ‘não partes’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”. Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 58.

³² HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, Curitiba/PR, v. 13, n. 13, p. 353, jan./jun. 2013.

Inobstante ser inviável negar a legitimidade do Poder Judiciário na análise das políticas públicas, precisa-se deixar claro que os direitos sociais não possuem a mesma estrutura dos chamados direitos individuais (civis e políticos). Quando se depararem com temas de direito social, magistrados não podem ignorar as políticas públicas já existentes, concedendo, irracionalmente e de maneira individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorre ao Judiciário. “Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa”³³.

Neste sentido, é perfeitamente possível defender uma espécie de ativismo judicial, e mesmo assim sustentar que em algumas situações deve haver limitação. Referida limitação talvez seja necessária porque os juízes brasileiros, em regra, não estão preparados para atuar em políticas públicas. Isto não é algo que se ensina nas universidades ou em cursinhos preparatórios. Ainda, tribunais não estão estruturados, e os próprios procedimentos judiciais não foram concebidos para este tipo de tarefa.

Mas então, haveria soluções práticas para uma maior integração entre os Poderes e aumento da “capacidade” no trabalho de políticas públicas por parte dos magistrados?

Evidente que sim. O primeiro e fundamental passo a ser dado é o maior diálogo entre os Poderes. A Constituição Federal de 1988 é clara ao delimitar que os Poderes devem trabalhar em *harmonia*. Na visão de Virgílio Afonso da Silva, ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas já existentes. Boa parcela dos problemas de efetividade do direito à saúde, por exemplo, decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas³⁴.

Além do mais, para que decisões de cunho social sejam consideradas justas, ou melhor, bem fundamentadas, os próprios juízes devem seguir os *precedentes* dos tribunais superiores³⁵; caso contrário, milhares de decisões individualizadas

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 592.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 598.

³⁵ Embora o termo *precedente* seja polissêmico, em uma breve leitura dos seus requisitos formais já se pode distingui-lo da *jurisprudência*. De forma sucinta, pode-se delimitar o precedente

serão proferidas diariamente, cada uma com racionalidade própria, o que em nada auxilia o sistema jurídico nacional³⁶.

Para seguir uma linha de precedentes obrigatórios (*binding precedents*), necessário se faz o cumprimento ao mandamento constitucional da motivação das decisões. O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Ainda mais relevante é o fato de o novo Código de Processo Civil retirar de seu bojo o *livre convencimento do juiz*, determinando, expressamente, em seu artigo 489, §§ 1º e 2º, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Já no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Quer dizer, magistrados devem realizar efetivos estudos das políticas públicas *sub judice*, analisando matéria e partes envolvidas, com vistas ao orçamento público e ao direito coletivo³⁷.

como decisão anterior que funciona como modelo (potencialidade de influência) para decisões posteriores (isonomia – *treat like cases alike*).

³⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni, infelizmente “a prática demonstra que os Tribunais Federais e Estaduais não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 98.

³⁷ Para um melhor entendimento do impacto das decisões proferidas com vistas ao direito individual (saúde), vale citar o exemplo da doença de Gaucher. No Estado de São Paulo, há cerca de cem portadores da doença que recebem, em função de decisões judiciais, tratamento gratuito. O custo, por pessoa, é de US\$ 9.620,00 por mês (Custo anual acima de US\$ 10.000.000,00). Referidos valores, segundo estudos, seriam suficientes para ajudar 250 mil pessoas por ano nos programas de combate à fome. Cf. KANAMURA, Alberto Hideki. O dilema do gestor do sistema de saúde. *Folha de S. Paulo*, 10 jul. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1007200310.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Nas sessões de julgamento também deveria ser mais utilizada a figura do *amicus curiae*³⁸. Durante algum tempo, críticas foram lançadas ao procedimento com argumento de que os terceiros não teriam suas razões apreciadas formalmente pelos magistrados. Todavia, Damares Medina traz um profundo estudo acerca do tema e informa que as possibilidades de êxito em uma demanda com presença de *amicus curiae* aumentam significativamente, sobretudo na parte de conhecimento da demanda³⁹.

Outro fator que precisa ser abordado é a programação das chamadas *decisões estruturantes*, pouco conhecidas no mundo acadêmico, mas de extrema relevância jurídica e social.

A decisão estrutural é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma política pública ou resolver litígios complexos⁴⁰.

Um clássico exemplo do que seria um litígio estruturante ocorreu em 1954, no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*⁴¹. Com o fim da Guerra Civil (1868), foi inserido na Constituição norte-americana, através da décima quarta Emenda, o princípio da igualdade (*equal protection of the law*). Todavia, os mesmos membros do Congresso que editaram a Emenda legislaram, no mesmo ano, em favor do regime de escolas segregadas.

Por essa razão, em 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte decidiu que a segregação nos transportes ferroviários era compatível com o princípio da igualdade, utilizando o lema “iguais, mas separados” (*equal but separate*), já que essa teria sido a intenção do constituinte.

Já no caso *Brown vs. Board of Education*, a Suprema Corte teve que decidir sobre a constitucionalidade da segregação racial nas escolas. Os fatos eram estes: na cidade de Topeka, no Estado do Kansas, Oliver Brown e vários outros negros tentaram matricular seus filhos em uma escola pública primária exclusiva para brancos, e o pedido foi negado. Em razão disso, eles entraram na

³⁸ Código de Processo Civil. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

³⁹ “Os resultados dos julgamentos do STF no período pesquisado estabelecem uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado”. Cf. MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113-135.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 48-49, 2017.

⁴¹ Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Justiça, alegando que tinham o direito à matrícula, já que o sistema de segregação em escola pública seria inconstitucional por ferir a décima quarta Emenda.

Com base no precedente *Plessy vs. Ferguson*, as Cortes inferiores indeferiram o pedido dos autores, embora tivessem reconhecido que o sistema de segregação era prejudicial às crianças negras. Em 1954, o processo chegou à Suprema Corte, que decidiu que a política de segregação racial nas escolas comprometia o desenvolvimento educacional do grupo segregado.

Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança no sistema público de educação, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*. Além disso, com o tempo, a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, abrigos públicos e agências de serviço social⁴².

O Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões que podem ser consideradas estruturais, por exemplo, no caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular nº 3388/RR), em que se admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas com diversas “condições” para o exercício do usufruto.

Outra característica importante das decisões estruturantes é que, por vezes, da decisão principal surgem inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores, de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal. É o que a doutrina delimita de *provimentos em cascata*⁴³.

Fato é que os magistrados precisam estruturar melhor suas posições, a fim de que as decisões não sejam paliativas. É preciso encarar as políticas públicas de frente, com uma tentativa de resolução em proveito de toda a sociedade.

Finalmente, cabe aos três Poderes a elaboração de campanhas de conscientização, demonstrando que é possível maximizar direitos econômicos e sociais pela via administrativa. Deve-se motivar o cidadão, ainda, para que busque, em último caso, a realização da política pública por meio das ações coletivas, a fim de garantir uma maior igualdade social.

CONCLUSÃO

Após análise do trabalho, é possível perceber que a jurisdição constitucional encontra-se em ebulição. Isto decorre, pois o Poder Judiciário tem sido provocado cada vez mais a se manifestar acerca de matérias que envolvem políticas públicas.

⁴² FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 761.

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 38, v. 225, p. 400, 2013.

Parte da doutrina defende e parte refuta uma atuação ativista do Judiciário, sobretudo em questões de políticas públicas. Alguns alegam que, ao se fazer menção ao ativismo judicial ou à judicialização da política, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa, e até mesmo da função de governo.⁴⁴

De fato, como se viu, nas últimas décadas o próprio sistema jurídico brasileiro possibilitou uma maior intervenção dos juízes na esfera política. Por outro lado, urge uma maior capacitação do Poder Judiciário na análise e implementação de políticas públicas.

A concessão desenfreada de decisões judiciais positivas, de aspecto estritamente individual e irracional, não irá contribuir para a realização plena dos direitos sociais no país. Mais do que isto, é fundamental trabalhar com a formação dos juízes para que eles se tornem cada vez mais capazes de interpretar políticas públicas. Isto ocorrerá com maior estudo e utilização das demandas coletivas, maior fundamentação das decisões com vistas aos precedentes dos tribunais superiores e às *decisões estruturantes*, e maior diálogo entre os entes públicos envolvidos.

Em suma, deve-se trabalhar com a máxima efetividade da lei e com a harmonia entre os Poderes, nos termos do que elenca o artigo 2º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, ano 38, v. 225, 2013.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV [online]*, v. 8, n. 1, p. 59-85, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 40, p. 67-89, 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, Curitiba/PR, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.

KANAMURA, Alberto Hideki. O dilema do gestor do sistema de saúde. *Folha de S.Paulo*, 10 jul. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1007200310.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAMPLONA, Danielle Anne; MESQUITA, Eduardo Melo de. Judiciário e políticas públicas: um exemplo positivo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí/SC, v. 20, n. 3, p. 885-906, set./dez. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck; PEIXOTO, Vítor de Moraes. *Processo decisório, judiciário e políticas públicas: levando a decisão judicial a sério*.

FGV Direito Rio. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%202009_2/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Diego%20e%20Leandro.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017.

RUSSELL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: *Judicial independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. The University Press of Virginia, 2001.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Data de recebimento: 23/11/2017

Data de aprovação: 23/04/2018