



O CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Débora Evelyn Alves Pereira Faculdade Líber (Fac. Líber)	Emilly Karoline Martins de Oliveira Faculdade Líber (Fac. Líber)
Denilson Junior Carvalho Rosa Faculdade Líber (Fac. Líber)	Oswaldo Hipólito de Almeida Junior Faculdade Líber (Fac. Líber)
Thiago Moreira da Silva Faculdade Líber (Fac. Líber)	Edmilson Lopes do Carmo Faculdade Líber (Fac. Líber)

RESUMO

Temos percebido nos últimos tempos um papel bem mais ativo do Poder Judiciário, apesar de importante a participação desse Poder, as suas atuações são limitadas àquilo que pode ser exercido o controle jurisdicional. Isso existe para não ocorrer a interferência de um Poder sobre o outro, evitando que os princípios democráticos sejam colocados à prova, bem como evitando que questões de caráter político sejam judicializadas. Além desses, as questões das políticas públicas devem ser também afastadas do controle jurisdicional, salvo em casos de políticas públicas teratológicas ou flagrante contrariedade à Constituição. Portanto, serão analisados os limites de atuação do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas e as questões políticas, bem como entender o que é ativismo judicial.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, judicialização da política, autorrestrrição judicial, políticas públicas.

1. INTRODUÇÃO.

O controle judicial das políticas públicas é um tema corrente nos debates jurídicos, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro e, hodiernamente, e estudado sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo. Esse assunto exige do jurista perspicácia suficiente para resolver questões bastante controvertidas, pautadas na efetivação dos direitos fundamentais, que por vezes acabam ficando sem posições delineadas.

Na concepção de um Estado Democrático de Direito, tem-se que a compreensão de política pública se relaciona diretamente com as bases da Administração pública e com as metas de desenvolvimento nacional que impulsionam os programas e ações a serem desenvolvidos pelo Estado.

Algumas políticas públicas têm o efeito oposto ao pretendido ou causam danos tão óbvios que podem ser rotuladas inequivocamente como um fracasso. Mas, em muitos casos, não está tão claro se a política falhou com razão.

Muitas políticas têm dimensões diferentes, de modo que algumas dimensões podem atingir suas metas, enquanto outras podem falhar. Além disso, a avaliação de políticas é difícil de ser feita adequadamente, por isso pode não estar claro o quão bem uma política se saiu.

Sob tal perspectiva, a questão do trabalho a seguir é a seguinte: “Até onde vai a discricionariedade administrativa na gestão de políticas públicas?” Os agentes políticos podem fazer o que quiserem? Como o Judiciário pode intervir nesses casos?

Independentemente das respostas às perguntas feitas acima, hoje o Judiciário é extremamente atuante no controle das políticas públicas, impondo certas práticas para os agentes seguirem, controlando os efeitos das políticas públicas para que atendam o que foi determinado por um Juiz.

Tal atitude está presente em diversos níveis de jurisdição e discute quais seriam os limites para tal intervenção levando em consideração a discricionariedade administrativa.

Há argumentos para ambos os lados. Assim, o trabalho apresentará uma breve análise dos argumentos que podem travar ou favorecer a intervenção do Judiciário, bem como uma análise do cenário democrático representativo, que confere ao agente político o poder de fazer tais decisões.

Por outro lado, as ações ativas do judiciário juntamente com as lacunas democráticas legitimam tais ações como uma substituição dos agentes políticos como será visto ao longo do trabalho.

Portanto, o objetivo do presente estudo será analisar a necessidade (ou não) de uma autolimitação do judicial, para que seja evitado um excessivo envolvimento deste poder na elaboração e efetivação das políticas públicas que não caberia a análise, nem mesmo levada ao âmbito do Poder Judiciário, salvo exceções.

Então, sem a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo procura tratar de problemas relacionados às políticas públicas e ao Judiciário, principalmente quando se trata dos efeitos negativos e positivos das decisões judiciais sobre as políticas públicas e suas repercussões.

Utilizar-se-ão para tanto, os métodos o exegetico-juridico para interpretação dos princípios e regras baseados em critérios jurídicos e o dedutivo, com objetivo de averiguar a estrutura e a construção do Estado Democrático de Direito. Também será manejada na abordagem temática a pesquisa bibliográfica baseada na doutrina nacional e estrangeira, artigos científicos que tratam sobre

a temática e, fundamentalmente, decisões jurídicas garantidoras do controle judicial das políticas públicas.

A presente pesquisa estruturar-se-á em três capítulos. Primeiramente desenvolver-se-á um estudo sobre as políticas públicas como intuito de realizar uma abordagem específica sobre a origem do tema e suas fases de desenvolvimento. Abordar-se-á ainda, sobre o panorama das políticas públicas e a sua implementação e os principais motivos das suas falhas.

Em seguida, se buscará analisar a possibilidade de intervenção e controle judicial das políticas públicas através da comprovação da legitimidade outorgada pela Constituição. Na consecução do fim proposto se fara a análise do mínimo existencial como fundamento para o controle judicial das políticas públicas, conjuntamente com as repercussões que o fenômeno da judicialização da política trouxe para as políticas públicas.

Por fim, em contraponto, se averiguará como a teoria da autorestrição judicial pode contribuir para o debate da matéria e quiçá ajudar a solucionar alguns problemas envoltos das falhas das políticas públicas, acompanhado de análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

2. Políticas Públicas e Capacidade Estatal.

No Brasil, a ideia conceitual de políticas públicas foi introduzida com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF-88), que trouxe em seu texto a implementação dos direitos fundamentais através da intervenção do Estado. Desta forma, o Estado tem o dever de concretizar os direitos fundamentais (saúde, educação, segurança pública etc.) através da implementação de programas, metas e ações governamentais (Santos, 2022).

Ainda, importante destacar a lição de Canotilho ao traçar o conceito de políticas públicas de que se deve diferenciar os princípios finalísticos trazidos pela CF-88 das tarefas constitucionais estabelecidas no texto constitucional. Ou seja, as políticas públicas não devem ser confundidas com os princípios fins da constituição, pois, por mais que possuam semelhanças, as políticas públicas são em realidade tarefas designadas pela Magna Carta que o Estado brasileiro deve obrigatoriamente implementar (Canotilho, 2001).

Isto posto, não há dúvidas de que a consagração concreta das políticas públicas implica um mandamento constitucional de otimização dos direitos fundamentais para o Estado, através de uma política predeterminada no texto constitucional.

Por conseguinte, a concepção de política pública se une as pilastras da Administração Pública e as suas metas sociais e econômicas que impulsionam os programas e ações a serem desenvolvidas



pelo Estado, nesse deslinde verifica-se que tais políticas se ligam a atividade promocional do estado e aos fins de cunho coletivo (Bucci, 2006, p. 23).

Assim, as políticas públicas realizadas pelo Estado não possuem apenas a tarefa de aplicar os recursos financeiros, mas de investi-los visando o desenvolvimento do país, com o objetivo de melhorar a situação da população menos favorecida possibilitando que as pessoas possam sobreviver com, ao menos, o mínimo de dignidade (Horbach, 2009, p. 7-16.).

Nestes termos, em geral, as políticas públicas são geralmente definidas como um sistema de leis, medidas regulatórias, cursos de ação realizadas por uma entidade governamental ou seus representantes (Dye, 1984). Nestes termos, entende-se que a políticas públicas é um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas pelos agentes estatais com o objetivo de atender ou atingir um propósito ou meta condizente com o interesse público (Fonseca Pires, 2008, Pág. 149).

As políticas públicas por serem representadas através de ações voltadas a atender um interesse coletivo, são usualmente são projetadas pelos Poder Executivo, pois cabe ao governante realizar as providências necessárias para movimentar a gestão pública, respeitando as despesas de execução orçamentária previstas em lei. Assim, fica claro que são os cidadãos que conferem governante, democraticamente eleito, o poder de decisão quanto as práticas a serem adotadas (Bucci, 2006, p. 39).

Da definição acima pode-se entender que o conceito de política pública pode ser tido como os objetivos coletivos, ou sociais, que demandam um conjunto de ações do Poder Público, o que é natural em um Estado de Bem-Estar.

Por outro lado, a capacidade do estado refere-se a uma ou uma combinação das seguintes dimensões do poder estatal: a) coercitivo/militar; b) fiscais; c) administrativo/execução; d) transformadora ou industrializante; e) cobertura relacional/territorial; f) jurídico; g) político.

Segundo Dincecco (2017, p. 15-24) a capacidade do Estado é a capacidade de um governo de atingir objetivos políticos, de forma geral ou em referência a objetivos específicos. Um estado que não tem capacidade é definido como um estado frágil ou, em um caso mais extremo, um estado falido.”

A capacidade do Estado aqui não se refere à estabilidade, longevidade ou popularidade de determinados governos, mas sim a capacidade dos governantes e aplicar suas políticas públicas (Andrews, 2017).

Nestes termos, percebe-se que conceituar a capacidade do Estado é uma tarefa complexo devido a sua característica multidimensional. Para os fins deste artigo, entende-se como como

capacidade estatal: à vontade e capacidade do Estado para executar as políticas governamentais.

Posto isto, entende-se que a capacidade estatal é exteriorizada na medida em que um Estado através do seu governante se vê capaz ou incapaz de implementar seus projetos de política pública.

Assim, para se construir uma capacidade estatal eficiente, deve-se primeiro buscar construir uma capacidade organizacional ou governamental para implementar as políticas públicas e desenvolver o país.

3. A Judicialização das Políticas Públicas e o seu Impacto na capacidade Estatal.

Levando-se em consideração que as políticas públicas são os projetos e decisões tomados pelo poder político democraticamente eleito, o agente conduz as políticas públicas para as áreas de sua conveniência.

A tomada de decisão quanto a espécie e política pública, o momento ela será iniciada e o seu local é de critério discricionário do agente estatal, cabendo a ele decidir tais questões. Não obstante, a discricionariedade está sempre vinculada as determinações legais que podem fazer com que a Administração Pública escolha uma entre várias opções igualmente legítimas ou definir previamente uma única opção possível (Fonseca Pires, 2008, p. 149).

No entanto, tem havido cada vez mais casos de intervenção direta do Judiciário para tentar obrigar os agentes governamentais a adotarem um determinado comportamento.

A Judicialização das políticas pública se traduz no fato de que as questões em torno das políticas sociais não estão mais sendo decididas pelos seus agentes tradicionalmente incumbidos de planejá-las e executá-las, mas também pelo Poder Judiciário.

A Judicialização das políticas públicas, em um primeiro momento, pode significar, a criação judicial ilegítima de políticas públicas não estabelecidas formalmente pela Constituição ou pelos demais Poderes, como geralmente se alega ser o caso da união homoafetiva (ADI 4277). Outrossim, ela pode assumir contornos mais suaves, em que o judiciário promove mudanças ou anula as políticas públicas criadas por outros órgãos governamentais, sem ter um papel precursor mais incisivo:

What I mean by activism is that a court makes significant changes in public policy, especially in policies that the other branches have established. One form of activism involves the Court's use of judicial review, its power to overturn acts of other policymakers because they violate the Constitution (Baum, 2010. p. 162-163).¹

¹ O que eu designo por ativismo é quando uma corte faz significativas mudanças em políticas públicas, especialmente em políticas que os outros órgãos elaboraram. Uma forma de ativismo diz respeito ao uso do *judicial review* pela Corte, seu poder de superar atos de outros *policymakers* em razão de sua violação a Constituição” (tradução nossa).



A judicialização da política pode ser estudada sob vários aspectos. É possível afirmar que a própria ideia do constitucionalismo e da previsão de matéria política na Constituição permitiria, eventualmente, ao Poder Judiciário tratar toda questão política como constitucional

Apesar de ser um fenômeno contemporâneo, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, a ponto de o termo judicialização da mega política (ou macropolítica) ter sido utilizado para distingui-la da judicialização genérica da política. Ran Hirschl (2006) apresenta três categorias de judicialização: i) a expansão do discurso jurídico, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisão política; ii) judicialização de políticas públicas por meio do controle constitucional ou revisão de atos administrativos; iii) judicialização da política pura ou da macropolítica, que é o deslocamento para os tribunais de questões políticas e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre a legitimidade do regime político e a identidade coletiva que define (ou divide) toda política.

Hirschl ainda suscita que a judicialização é inerente à apreensão das relações culturais e sociais pelo direito, o que se dá devido ao aumento substancial da complexidade e diversidade das sociedades modernas, bem como à expansão das relações sociais modernas. estados de bem-estar, com suas várias agências reguladoras (Hirschl, 2006).

Outro aspecto da judicialização da política é a ampliação da responsabilidade do Judiciário para decidir sobre questões de políticas públicas, especialmente no que diz respeito a direitos garantidos pela constituição, implicando a redefinição dos limites dos demais poderes públicos (Verbicaro, 2008, P. 389-406).

A judicialização da política pura, ou da macropolítica, por sua vez, é entendida como a competência dos tribunais para decidir sobre questões morais ou questões políticas críticas, centrais para a sociedade. Ou seja, muitos dilemas políticos e morais acabam sendo transferidos da esfera política para o judiciário.

É dessa forma que é possível pensar a judicialização da política em relação aos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação de poderes, que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política especialmente por meio da participação no processo de formulação ou implementação de políticas públicas, como será visto no último capítulo deste artigo (Arantes R.B, 1999, p. 83-102).

Assim, pode-se afirmar que a política se judicializar na tentativa do Poder Judiciário de garantir os direitos fundamentais elencados na constituição em benefício da coletividade que estão sendo negligenciados pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A Constituição brasileira, por exemplo, apresenta diversas possibilidades para a superação da separação clássica entre os Poderes, como é o caso do comando presente no art. 5º, §1º², que determina a aplicabilidade imediata de diversos direitos do cidadão, inobstante o conteúdo indeterminado de vários deles e a necessidade da ação de outros órgãos governamentais para sua implementação. Outra situação intrigante é o caso da consagração de direitos públicos subjetivos em sede de direitos sociais, em especial a saúde e a educação.

Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal já determinou que a concessão de uma vaga à creche, por exemplo, não significa a criação de uma política pública pelo juiz, mas a simples obediência à norma constitucional que assim o exige (Brasil, 2005).

Embora esta decisão judicial não goze de plena aceitação, o fato é que o texto constitucional positivado interfere significativamente no maior ou menor exercício de ativismo pelo juiz, como só poderia acontecer. A utilização de termos enfáticos como *autoaplicabilidade* ou *direito subjetivo* conferem um maior grau de discricionariedade judicial, o que não pode ser desprezado em um estudo comparativo.

O caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do *common law*, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional.

Veja-se que a abertura das normas de direitos fundamentais exige um novo papel do Poder Judiciário, um papel que se assemelha ao que esse Poder tem nos sistemas de tradição do *common law*, no qual é através do seu papel criador, de *judge-made-law*, que se densifica e se concretiza as normas previstas na Constituição (Tate C.N., 1995).

Como se viu até aqui, é difícil encontrar uma única causa para justificar a judicialização da política. Não obstante, é certo que muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político.

O que se verifica é que o Poder Judiciário tem sido utilizado como outra arena política, em que as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar têm a possibilidade de ter protegidos seus direitos.

No momento em que o Poder Judiciário intervém e determina que o Governo adote

² Art. 5º, § 1º, CF. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

determina prática para remediar eventual falha na política pública, não se está ponderando os motivos que levaram o projeto a falhar, mas meramente aplicando uma solução prática paliativa (B. Mueller, 2019, p. 315).

Não se nega que o controle judicial das decisões governamentais é um importante mecanismo do sistema de freios e contrapesos, pois se o Poder Executivo agir de forma desarrazoada ou proceder com a clara intenção de neutralizar e, assim, comprometer a eficácia dos direitos sociais, seja por injustificada inércia estatal ou de um comportamento governamental abusivo, então restará justificado, eventual intervenção do Poder Judiciário, a fim de proporcionar a todos o acesso a bens e serviços cujo gozo o Estado lhes negou injustamente.

Desta forma, muitas vezes os tribunais acabam proferindo decisões macropolíticas, isto é, os tribunais assumem a competência para decidir sobre questões morais ou questões políticas críticas, centrais à sociedade. Ou seja, muitos dilemas políticos e morais acabam sendo transferidos da esfera política para o judiciário (Verbicaro, 2008, p. 390-391).

Por vezes, o Poder Judiciário busca através da judicialização participar da formulação de políticas públicas ao invés de deixá-la ao arbítrio de políticos e administradores na tentativa de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais elencados na Constituição, implicando a redefinição dos limites dos demais poderes públicos (Maciel, Koerner, 2002, p. 114-115).

O exemplo citado acima traz a seguinte questão: o controle das políticas públicas pelo poder judiciário resolveu as falhas apresentadas na política pública ou somente se mostrou uma medida paliativa?

Ora, se a medida adotada pelo Poder Judiciário para sanar a falha apresentada na política pública, bastaria unicamente uma única decisão para solver o problema. Todavia, apenas no período compreendido entre 2015 e 2021, foram registradas, por ano, uma média de 400 mil novos processos ligados à temática da saúde no país (Kim, 2022).

No entanto, deve-se levar em consideração que essas decisões acabam intervindo nas questões de gestão de governo, vinculando as ações dos agentes estatais, de modo que as decisões ficam a cargo de uma entidade contra majoritária que não foi democraticamente eleita para escolher como uma política pública deve ser gerenciada (Vianna, 2007, p. 41).

De outro modo, Matt Andrews *et al.* (2017, p. 90) defende que muitos estados têm capacidades distorcidas, isto é, falham rotineiramente em implementar suas políticas, pois não buscam questionar os motivos pelos quais falharam em implementar a ação, mas meramente passam a tentar aplicar um novo projeto.

Políticas públicas e controle judicial são questões que trazem discussões, questionamentos e problemas. Talvez mais problemas do que soluções. Mas é preciso verificar o Estado como um todo para encontrar uma solução, pois a intervenção do judiciário é simplesmente um band-aid, isto é, uma solução para curto prazo.

4. A Extensão do Controle Judicial das Políticas Públicas.

Os direitos fundamentais constitucionalmente previstos são efetivados mediante a realização de políticas públicas, portanto, afere-se ao poder público a implantação de programas, metas e ações governamentais para a concretização desse fim. Observa-se, nesse cenário, que a atuação da Administração Pública, por meio dos programas governamentais e os seus respectivos resultados, merece uma fiscalização mais minuciosa por parte do poder público quanta ao seu desenvolvimento, por possuírem importância significativa na concretização das diretrizes estabelecidas pela Lei Maior (Barros, 2008, p. 99).

Sendo verificada alguma irregularidade, ação ou omissão, que afronte aos princípios estabelecidos pela Carta Magna, o Poder Judiciário terá competência para controlar e encontrar soluções para efetivação dos princípios fundamentais.

O Poder Judiciário, fundamentado em um Estado Democrático de Direito e na ideia trazida pelo constitucionalismo pós-positivista, designado neoconstitucionalismo, introduz no ordenamento jurídico brasileiro não apenas o respeito aos princípios constitucionais, como também a sua superioridade em detrimento das regras, fiscalizando e controlando os atos emanados do poder público, sob a justificativa de um poder dotado de garantias e coberto pelo véu da imparcialidade. Tem-se, que o controle Judiciário é exercido sobre todos os atos administrativos emanados pelos demais poderes, seja no que se refere a forma e sua legalidade, seja na observância das diretrizes impostas pela Constituição Federal de 1988 que garante a proteção aos direitos individuais.

O controle exercido pelo Judiciário é um meio de resguardar os direitos individuais, sempre embasados sob o Princípio da Legalidade, Proporcionalidade e Razoabilidade, evitando extrapolar as funções impostas ao referido órgão. O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais é de essencial importância, inclusive pelo descompasso que é percebido entre a vontade constitucional e a vontade do administrador. Por isso, tem-se que a atuação judicial é reflexo das insatisfações da sociedade participativa, de modo que os cidadãos lutam pela eficácia das promessas constitucionais, enquanto o poder público se reveste de ideologias e má administração para justificar sua irresponsabilidade com o cumprimento do dever constitucional. Nesse quadro, a legitimidade judiciária mostra-se visível e bem delineada, vez que age em prol da força normativa da Constituição Federal de 1988 e de sua supremacia (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 45).

Segundo Luís Roberto Barroso, a legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: “estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais”:

[...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas (Barroso, 2005, p. 11).

Justificar-se-ia, por isso, segundo Barroso, um caráter muito mais protetivo do Judiciário em relação à democracia do que a representação de alguma afronta a ela, conforme conclui: Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição — e do Judiciário como seu intérprete maior — não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo.

Por outro lado, conforme Canotilho, o princípio da autolimitação judicial consiste no fato de que "os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas", o que significaria dizer que certas questões políticas não estariam sujeitas a um controle jurisdicional (Canotilho, 2000, p. 1224).

Numa concepção procedimental de Constituição, deve-se ter confiança na legitimidade ética dos procedimentos discursivos de deliberação e decisão de questões públicas, o que justificaria a limitação da jurisdição constitucional sobre os assuntos deliberados. Ou seja, numa concepção procedimental, a jurisdição constitucional deve estar limitada a proteger os direitos de participação política que garantam a higidez do processo democrático.

O problema que se enfrenta é a definição de quais direitos fundamentais, que protegem o processo democrático, poderiam ser tutelados pela jurisdição constitucional, o que abriria um rol maior de direitos que serão objeto de proteção e de valoração substantiva pelo Judiciário.

Por outro lado, a concepção substantiva de Constituição não defende uma autolimitação

judicial, mas, ao contrário, defende um ativismo judicial que determine e proteja os valores substantivos calcados na Constituição, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Cláudio Ari Mello constata que existem vários métodos de autorrestrrição judicial: (i) os limites processuais, por meio de "instituição de barreiras formais nos processos judiciais da jurisdição constitucional"; (ii) os limites hermenêuticos, em que prevalece o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, "sempre que for possível reconhecer nela uma compreensão adequada ao sentido normativo da constituição"; (iii) os limites funcionais que se desdobram em discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa ou liberdade de conformação do legislador; e (iv) os limites temáticos, consistentes na doutrina da não justiciabilidade das questões políticas (Mello, 2004., p. 218).

Christopher Wolfe, de forma clara, aponta que os limites para um *judicial review* moderado seriam os seguintes: (i) os limites inerentes ao Poder Judiciário; (ii) a deferência legislativa; e (iii) a doutrina das questões políticas (Wolfe, 1994. p. 101).

Assim, o papel dos juízes não seria determinar o que é melhor para o país, ou qual regra geral é melhor para a nação e para seus cidadãos, quando se depara com um problema específico de política. Esse autor também entende não ser tarefa do juiz valorar se uma lei é prudente ou justa. No exercício do *judicial review*, caberia ao juiz determinar não se a lei é boa ou prudente, mas se é constitucional ou não (Wolfe, 1994, p. 104).

Inclusive, a defesa clássica do *judicial review* sempre foi fundamentada no fato de que o mesmo não implicaria na superioridade dos juízes em relação aos legisladores, mas na superioridade do desejo do povo - plasmado na Constituição - sobre ambos. Entretanto, essa afirmativa só é verdadeira se o *judicial review* se restringir à interpretação ou à determinação da intenção do povo prevista na Constituição, não podendo o juiz legislar ou defender seus próprios anseios (Wolfe, 1994, p. 106).

Se houver erro na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, poder-se-ia ter o Judiciário legislando, eis que, mesmo de boa-fé, estaria a extrapolar os poderes do *judicial review*, razão por que o princípio da deferência ao legislativo significa que o *judicial review* não deve ser utilizado em caso de dúvidas.

Em caso de dúvidas sobre a própria interpretação da Constituição, os juízes deveriam submeter a questão ao Legislativo, para que este emita sua opinião sobre a constitucionalidade da lei. Mas não é qualquer dúvida que ensejaria essa deferência legislativa, sendo necessário se estar frente a uma dúvida que persiste mesmo após certo esforço interpretativo de tentar compatibilizar a lei à

Constituição (Wolfe, 1994, p. 108).

No que diz respeito à discricionabilidade legislativa ou liberdade de conformação do legislador, e mesmo na questão de não justiciabilidade de questões políticas, em alguns casos, a Suprema Corte americana opta por não se manifestar sobre o assunto.

Quando se trata do princípio federativo há, em geral, uma deferência à manifestação pelos Estados. Do mesmo modo, a Suprema Corte tem tido permanentemente "uma orientação no sentido de prestar grande deferência às decisões tomadas pelo presidente ou pelo Congresso, quando estão em jogo problemas de segurança, ou às orientações das organizações militares" (Baracho Junior, 2003, p. 329-330).

Ratificando o supra exposto, Canotilho entende que "a doutrina das questões políticas" ou da não justiciabilidade das questões políticas não pode significar a existência de questões constitucionais isentas de controle, não devendo o Tribunal Constitucional recusar a apreciação de uma matéria ou declinar de sua competência apenas por se tratar de questão política. Afirmo, ainda, que o problema não consiste em fazer política por meio do controle de constitucionalidade das leis, mas em apreciar a constitucionalidade da política, o que deve ser feito por meio de parâmetros jurídico-materiais presentes na própria Constituição (Canotilho, 2000, p. 1224).

Uma posição interessante de limites ao controle de questões políticas por parte do Judiciário é afirmada pela doutrina argentina e pela Suprema Corte desse país, no sentido de que os Tribunais não podem se manifestar sobre matérias que são naturalmente privativas dos outros poderes. Deve-se verificar a repartição de competências estabelecidas na Constituição, não se admitindo que o Judiciário controle questões relativas a matérias exclusivas ou privativas de outros poderes

Por sua vez, o Judiciário brasileiro tem assumido a tomada de decisões políticas em questões centrais para a sociedade. E mais, a teoria da autorrestrição judicial é difícil de ser implantada também porque, muitas vezes, os próprios atores políticos preferem que as decisões políticas sejam tomadas pelos tribunais. Ou seja, os tribunais ou cortes constitucionais acabam funcionando como trunfos para minorias políticas que não conseguem aprovação dos seus objetivos na arena política

Passa-se, agora, a analisar de que forma o Judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, vem funcionando como um aliado da política, em particular das minorias políticas, no controle de constitucionalidade das políticas públicas.

Entretanto, o que se tem observado é que, a despeito da ausência de recursos orçamentários suficientes, o Estado estaria desobrigado de realizar e planejar políticas públicas para garantia dos direitos fundamentais sociais. E também que tal questão não poderia ser submetida ao controle de

constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pois tratar-se-ia de questão política, reservada aos poderes eleitos pelo povo, e ainda, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

Ou seja, quando se trata da realização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, o mesmo tem questionada sua legitimidade democrática uma vez que "a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos" (Souza Neto, 2003, p. 44), o que levaria à conclusão de que a tomada de políticas públicas não poderia ser feita por um poder não eleito, mas tão somente pelo Executivo e Legislativo que, por sua vez, refletiriam a vontade da maioria.

Não perdendo de vista a disparidade social presente no Brasil, onde a grande maioria dos direitos sociais está longe de ser usufruída pela população, deve-se questionar quem, então, tem legitimidade para "definir o que seja 'o possível' na área das prestações sociais básicas, em face da composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos", principalmente quando os recursos não foram corretamente destinados (Krell, 2002, p. 53).

Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito.

Destarte, apesar de ser efetivamente um problema de política pública a alocação de recursos para determinados projetos que buscam a implementação de direitos sociais, isso não significa dizer que o Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos. Veja-se, por exemplo, o direito à saúde e à educação: eles possuem perspectivas que permitem sua adequada realização, razão por que "a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes, por parte dos municípios, dos estados e da União, deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais" (Krell, 2002, p. 54).

Verifica-se, desse modo, que o Judiciário brasileiro avançou bem no sentido de enfrentar as questões de políticas públicas que envolvem direitos fundamentais, especialmente nos casos de inércia ou má atuação dos poderes eleitos.

5. CONCLUSÃO.

O estudo tende a confirmar a existência de um vazio democrático. Quando são verificados os casos de atuação do ativista do Judiciário, percebe-se que são várias as situações em que ele intervém em questões administrativas, questões de gestão e até questões políticas. Muitas dessas questões pertencem à jurisdição de outras Potências.

Foi mencionado anteriormente que quando se trata de controle de políticas públicas, há

casos em que a Administração é obrigada a tomar algumas decisões, porém tais situações não se caracterizam como ativismo judicial. No entanto, em caso de atuação irrestrita, invasiva ou desproporcional, o controle pode ser considerado ativista, pois tal atuação seria desproporcional ao equilíbrio de Poderes. Nessa perspectiva, há uma peculiaridade comum a todos os exemplos, que é a obrigação do Estado em prover os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição brasileira de 1988.

O Poder Judiciário não pode ignorar as necessidades sociais quanto à aplicação e eficácia dos direitos fundamentais. Assim, há um possível déficit democrático e, em tese, o Estado tem a obrigação institucional de garantir os interesses da sociedade à margem do Judiciário, salvo nos casos explicados anteriormente de reserva mínima existencial e possível.

O representante eleito seria aquele que permitiria tal atuação política do Judiciário, o que demonstra que falhas na representação obrigam os juízes a preencher lacunas que são obstáculos à garantia da plenitude dos direitos fundamentais e da tão almejada evolução social.

Por outro lado, se o Estado, por meio de decisões políticas coerentes, levar a administração pública a cumprir tais exigências, não haveria necessidade de o Judiciário intervir em outros Poderes. A clara dificuldade entre compartilhar a soberania da sociedade e alcançar os direitos fundamentais gera tensão, pois para alcançar tais direitos a soberania da sociedade pode ser alterada a partir de seu conceito básico.

Assim, as decisões dos membros do Poder Judiciário devem resguardar os direitos fundamentais, principalmente quando há clara omissão na implementação das políticas públicas que lhes dizem respeito. Qualquer tentativa do Judiciário de ultrapassar tais limites é considerada ilegal, invasiva e arbitrária. O ativismo judicial contemporâneo pode ser considerado uma ferramenta do Estado Constitucional, que, sobretudo, assume os direitos fundamentais do Estado Democrático. Para obter e alcançar tais elementos fundamentais da Constituição, pode haver a interferência política do Judiciário.

Tal interferência limitava-se a questões pertinentes e neutras e considerava as omissões e falhas de gestão de outros Poderes como lacunas democráticas a serem preenchidas para o bem da sociedade. Se o Executivo e o Legislativo fizessem bem o seu trabalho, o Judiciário não precisaria interferir na política, que tem claras falhas democráticas quando se trata de direitos fundamentais. Eles devem basear suas ações na proporcionalidade e na razoabilidade.

Conclui-se que em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deve a Corte Constitucional brasileira, em caso de omissão do governo na realização dos direitos sociais,



determinar que este implemente políticas públicas progressivas razoáveis para assegurar que as minorias possam usufruir dos direitos sociais, especialmente em relação a direitos sociais, como moradia e trabalho, que exigem políticas públicas progressivas. Pois, nesses casos, é complicado garantir o direito à moradia ou ao emprego judicialmente, mas o cidadão tem o direito de ver que o governo está implementando políticas públicas progressivas para promoção e realização desses direitos.

Entretanto, se o Estado não consegue demonstrar que está realizando essas políticas públicas, ou se ficar comprovado que tinha capacidade financeira para fazer algo melhor e maior, então poderá o Judiciário declarar que o governo está violando a Constituição.

Se o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se comunicarem, os dois primeiros poderão, inclusive, verificar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, que muitas vezes ficam esquecidas nos debates políticos do dia a dia, e procurar, assim, paralelamente à proteção imediata garantida pelo Poder Judiciário, promover políticas sociais em longo prazo para garantir os direitos sociais ao máximo de cidadãos possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDREWS, Matt et al. *Building State Capability: evidence, analysis, action*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

ARANTES R.B. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 14, 1999, 83-102.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2003, p. 329-330

BARROS, Marcus Aurelio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetro objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 99

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005, p. 11

BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. 10^a ed. Washington, DC: CQ Press, 2010. p. 162-163.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgrgRE nº 410.715. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário Oficial da União*. Brasília,



BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23

CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4. ed. Almedina, 2000, p. 1224

DINCECCO, Mark. State Capacity and Economic Development: Present and Past. Cambridge University Press, 2017, p. 15–24

DYE, T. Understanding Public Policy. Englewood Cliffs: N.J.: Prentice Hall, 1984.

FONSECA PIRES, Luiz Manuel. Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, pág. 149

FONSECA PIRES, Luiz Manuel. Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, p. 149

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. Fordham L. Rev., [S.I.], v. 721, n. 75, p. 721-754, 31 dez. 2006. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss2/14>. Acesso em: 12 jul. 2021.

HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 182, p. 7-16, abr./ jun., 2009.

KIM, Richard Pae. Abertura do Seminário. In: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR, 2022, Brasília. Discurso de abertura do seminário Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2022.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional" comparado". SA Fabris Editor, 2002, p. 53

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 2002, n. 57, pp. 113-133, p. 114-115. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452002000200006>. Acessado em: 24 de mar. De 2022.

MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Livr. do Advogado, 2004., p. 218



MUELLER, Bernardo. Why public policies fail: Policymaking under complexity. **EconomiA**, v. 21, n. 2, p. 311-323, 2020.

SANTOS, Mauro Sérgio. Curso de Direito Administrativo, 4ª Ed., Brasília: Lumen Juris, 2022, p.

TATE C.N. VALLINDER T. The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics, in ID., The Global Expansion of Judicial Power, New York, New York University Press, 1995.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil, Revista Direito GV, 4(2), 2008, p. 389-406

VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo Sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. Revista Direito Fgv, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 389-406, dez. 2008, p. 390-391. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/xw8SQHNmZc7PHw7hzzjdZbC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 fev. 2022.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo social, v. 19, p. 39-85, 2007, p. 41

WOLFE, Christopher. The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law. Rowman & Littlefield, 1994. p. 101ss