

Considerações epistêmicas sobre o controle judicial de políticas públicas

*Renato Soares de Melo Filho*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*José Duarte Neto*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. A perspectiva decisória. III. Parâmetros valorativos. IV. A identificação do compromisso judicial. V. O paradigma do acesso ao controle judicial. VI. Conclusões.

I. Introdução

Essencialmente, existem duas condicionantes que atuam no terreno das políticas públicas: a política competitiva, que corresponde à partidária e representativa; e, principalmente, a política constitucional, responsável por trazer para o topo da pauta de prioridades a discussão sobre as possibilidades e limites de seu controle, particularmente o controle judicial. Enquanto fenômeno marcado pela expansão dos direitos fundamentais, suas garantias e instituições postas a seu serviço, a judicialização da política emerge a partir do advento da Constituição de 1988. Desde então, já era possível prever uma tendência a um ativismo por parte do Judiciário que, designado como o guardião de tais direitos, intentava ampliar seu campo de atuação, valendo-se, para tanto, do valor maior de proteção à dignidade da pessoa humana.³

A partir dos questionamentos referentes ao controle judicial de políticas públicas, emergiram problemas relativos ao equilíbrio e à harmonia entre os Poderes; à efetividade dos instrumentos processuais disponíveis; à representatividade adequada na articulação das demandas; e ao risco de apropriação do discurso de tutela dos direitos fundamentais a par aqueles que não sejam os mais carentes dela. Em meio a este plano do controle jurisdicional, conforme identifica a pesquisadora Vanice Regina Lírio do Valle, é possível registrar: a) os plenamente favoráveis a tal controle; b) os que consideram este tema próprio da deliberação política; e c) aqueles que ostentam posições intermediárias, não raro inspiradas excessivamente pelo clamor decorrente das entrelinhas do caso concreto – e menos por uma sistematização teórica de seu conceito e significado jurídico.⁴

¹ Mestre (2013) em Direito Constitucional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, concluindo dissertação intitulada “O ativismo judicial em investida ao Estado Democrático”. Bacharel (2005) em Direito pela mesma Universidade. Possui pós-graduações (*lato sensu*) em Direito Constitucional (2007), Direito Tributário (2008) e Direito Civil (2009).

² Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2009). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001).

³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 96-97.

⁴ VALLE, op. cit., p. 98.

A temática do controle judicial de políticas públicas enfrenta, atualmente, duas principais frentes de dificuldades: a) oposições referentes ao déficit democrático apontado em relação ao Judiciário (particularmente quanto a decisões que reconfigurem o agir dos Poderes ocupados a partir do princípio representativo); b) oposições que demonstram as deficiências funcionais do Judiciário quanto ao controle e ao redirecionamento de políticas públicas. De modo geral, a atuação jurisdicional em sede de políticas públicas se inicia a partir do momento que se constata a não efetividade dos direitos fundamentais – relativamente à própria inexistência de atuação estatal ou mesmo quanto ao descabimento da moldura normativa do agir do Estado.⁵ O controle judicial de políticas públicas ocasiona, assim, uma mudança da percepção jurisdicional do campo abstrato da conformação do direito fundamental para o plano da efetividade, de sua concretização.⁶ Em tal controle, o conflito de interesses contém elementos a serem utilizados na decisão judicial que, tradicionalmente, não compõem seu desenho original, como a eleição de prioridades de atuação em situações de múltiplas demandas e recursos escassos. Da conjugação destes elementos emerge, porém, um risco considerável de transformação das decisões judiciais em singela retórica.⁷

II. A perspectiva decisória

Exercício primordial a ser realizado pelo magistrado é de determinar se a lide que a ele se apresenta envolve tão somente a implementação de políticas públicas na tutela judicial da autovinculação, ou quando a demanda se refere à própria formulação das políticas públicas. No primeiro caso, a raiz da atuação jurisdicional constitui o contraste com a própria política pública existente, em vista de sua aptidão a determinar a autovinculação, caso em que o Judiciário age, exercendo sua função jurisdicional típica, reconduzindo o Poder à trilha de funcionamento que ele próprio estabeleceu.⁸ Na segunda hipótese, em que se cogita nitidamente de uma decisão de caráter substitutivo, inequivocamente se adentrará num campo sujeito a um ônus argumentativo maior, sem o qual a decisão não será legítima.⁹ Hodiernamente, na tentativa de apresentar uma

⁵ *Ibid.*, p. 99-101. Este malogro do Judiciário pode ser encontrado em outros níveis. Se em muitos conflitos o predomínio da técnica como principal questão já expressa uma dificuldade, o mesmo ocorre com as relações de mútua referência e dependência das atuações públicas, as quais podem gerar divergências na análise do Judiciário. Isto ocorre à medida que a plena compreensão das políticas públicas somente é possível em meio às suas relações de coordenação, o que, por consequência, amplia o espectro da decisão do julgador para além do objeto do pedido, implicando uma cogitação quanto às possíveis relações de interferência recíproca entre as molduras normativas do agir estatal. Outra ameaça decorrente da potencial disfuncionalidade do Judiciário em meio ao controle de políticas públicas envolve a provável combinação de um “sem número” de variáveis a serem analisadas (e mesmo controladas), relativamente ao direito fundamental não efetivado. Tal aspecto corresponde, assim, ao risco de se obscurecer os limites de um problema concreto: esta indiferença, de ordem cognitiva, contribui para uma perplexidade ou deficiência na construção das decisões que supostamente deveriam sanar o desatendimento ao direito fundamental. O controle judicial de políticas públicas demanda, melhor dizendo, um comportamento específico, devendo seu debate ser reduzido à implementação das escolhas efetuadas anteriormente. Tal fato, a seu turno, origina outra série de indagações: a) qual a origem das escolhas relativamente à política pública judicialmente demandada? b) o estabelecimento da política pública seguiu um ditame constitucional ou legislativo, ou seguiu uma determinação da linha de conduta supostamente devida em função das preferências do agente (político) controlador? (VALLE, *op. cit.*, p. 104).

⁶ Cf. CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70-169.

⁷ Cf. BITENCOURT, Carolina Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. 368 p.

⁸ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

⁹ Cf. FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Interpretação e fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, n. 19, p. 179-197, 2010.

solução no campo da efetividade do controle de políticas públicas, evidencia-se a formação de um conjunto de propostas que comungam a intervenção jurisdicional na execução ou composição do orçamento público em quaisquer das faces do art. 165 da CF, cuja aceitação faz-se cada vez mais forte na jurisprudência nacional.¹⁰

Em sentido estrito, a readequação ou o remanejamento do orçamento operam tão somente na superação do argumento da ausência de fonte de financiamento – sem que se considere uma perspectiva mais ampla. Ao passo em que o plano de fundo em que se desenvolve uma política pública dificilmente se esgota num exercício financeiro singular, evidenciando-se desde logo um indicativo de insuficiência deste mecanismo para fins de controle judicial de políticas públicas.¹¹ Com efeito, o remanejamento do orçamento, enquanto técnica de solução do supramencionado conflito, inspira-se no enfretamento de demandas individuais em sede de controle jurisdicional. Relativamente a tais hipóteses, a decisão judicial de remanejar verbas orçamentárias pode constituir uma técnica eficaz, embora possa gerar receios em função de seu traço de forte inspiração individualista.¹² Quanto às demandas coletivas, a realocação do orçamento aparentemente desconhece a circunstância de que, em sendo limitadas as dotações orçamentárias, a destinação de valores a um programa ou ação naturalmente implica a diminuição do montante a ser distribuído a outras atividades e funções do Poder Público.¹³ Desta forma, é necessário que se afirme o entendimento de que uma atuação estatal cuja inspiração original envolva o discurso da busca de concretização de uma justiça distributiva pode se converter, na prática, numa transformação em sentido oposto desta lógica, ratificando

¹⁰ VALLE, op. cit., p. 105-108. Destaque-se, porém, que o emprego desta estratégia representa uma evidente reação do Judiciário frente ao reiterado argumento de ausência de orçamento e da reserva do possível, que se converte em obstáculos a qualquer pretensão de efetivação de direitos fundamentais. Registre-se, também, a resiliente indiferença, por parte da Administração, acerca do que seja efetivamente a inexistência de recursos e o que decorre de escolhas por aquela implementadas – em dissonância com o conteúdo da prestação jurisdicional requerida. Considera-se, mesmo que esta solução resulte em avanços relativamente aos argumentos paralisantes expostos, que ela demonstra uma baixa incorporação, de parte do Direito, acerca do seja ou deva ser o orçamento e as políticas públicas (Idem, p. 108).

¹¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 506 p.

¹² Cf. MANIGLIA, Elisabete (Org.). *Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. 269 p.

¹³ Uma perspectiva (ao nosso ver equivocada) quanto aos problemas relativos à insuficiência de verbas públicas para a realização de serviços sociais é apontada no controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. Neste sentido, cogita-se o controle em função da averiguação da destinação do monte mínimo de verbas, conforme disposto pelo art. 77 do ADCT. Para tanto, sugere Luciana Gaspar Melquiades Duarte, que seria suficiente apurar os percentuais dispostos pela CF em matéria de saúde e educação, considerando os impostos arrecadados e o total da receita gerada pelas contribuições, para então verificar se tais percentuais estão sendo atendidos e os recursos devidamente investidos em políticas públicas. Em não sendo possível o controle judicial da elaboração da lei orçamentária, emerge, segundo a autora, a alternativa da tutela inibitória coletiva, por meio da qual se poderia buscar a obrigação de que seja destinada verba no orçamento seguinte para determinada política. Tal possibilidade teria, em tese e na sua visão, grande utilidade nas demandas de saúde de primeira necessidade que implicassem elevados custos não contemplados no orçamento, mas capazes de impactá-los. Ao mesmo tempo em que resguardaria, segundo a autora, o conteúdo mínimo do direito social, medida esta alinhada aos princípios financeiros do planejamento e equilíbrio entre receitas e despesas públicas. Para que se gerasse, assim, endividamento público, os recursos para este provimento deveriam ser subtraídos do exercício posterior. Com efeito, em sua ótica, o Judiciário brasileiro não teria preparação adequada para lidar com conflitos transindividuais próprios do modelo de Estado de Direito estabelecido pela CF 88, em função do fato de que as estruturas daquele foram erigidas sob a égide de um modelo liberal-individualista. Seria necessária, em sua perspectiva, a adequação desta postura, uma vez que a opção constitucional por um Estado Social obrigaria ao Poder Público a função de conter os excessos, mediante a redistribuição de riqueza. No âmbito do Estado intervencionista, a inexistência de políticas públicas condizentes com um Estado Democrático de Direito impingiria uma atuação do Judiciário como instrumento de resgate dos direitos não efetivados. Cf. DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde*: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 294-296.

uma espécie de direito à preferência de determinado jurisdicionado (ou classe de jurisdicionado) ou área da própria atuação estatal – a despeito desta preferência não ser expressa pela Constituição.¹⁴

No que tange ao orçamento, ainda é importante apontar o fato de que sua racionalidade econômica abrange uma face de uma pretensa atuação estatal, estando longe, porém, de constituir um quadro normativo de ação próprio daqueles que suportam as políticas públicas. Desta forma, a despeito de as políticas públicas dependerem de recursos orçamentários para sua efetivação, a readequação orçamentária não deve ser considerada um mecanismo adequado de intervenção judicial sobre as políticas públicas – tanto por conta de geração de desequilíbrios, quanto por conta de que os recursos a serem empregados nas políticas públicas não possam ser precisamente definidos pelo Judiciário. Em meio a esse panorama, deve-se ressaltar que o resultado da atuação estatal (parâmetro para medir sua eficiência) é comumente associado à legitimação da escolha pública que precede o desenvolvimento da função administrativa. Assim, parece ser o próprio déficit de representação política do Judiciário que recomenda uma especial preocupação com o aspecto legitimador de sua atuação, particularmente quando há a substituição de Poder que se demonstrou omissivo ou incapaz no cumprimento de suas atribuições.¹⁵ Desta forma, em se tratando de controle de políticas públicas, a decisão judicial adquire uma pretensão transformadora de um plano de fundo marcado pela inércia ou insuficiência da atuação pública, sendo neste sentido que emerge uma nova dimensão do requisito constitucional da motivação da decisão judicial – que obrigatoriamente deve estar associado aos resultados que futuramente se pretende alcançar. Assim, se a legitimidade do Executivo e do Legislativo decorre do voto, a legitimidade do Judiciário decorre da motivação de suas decisões e da exposição dos resultados que estas pretendem alcançar.¹⁶

Ademais, a própria motivação da decisão judicial concede ao Judiciário um parâmetro para a aferição do cumprimento da sentença.¹⁷ Dito isto, é possível que a conduta determinada pela ordem judicial tenha sido cumprida sem que o resultado desejado se tenha materializado – situação em que o vício está no conteúdo da decisão, não na conduta administrativa.¹⁸ Particularmente, neste ponto, que emerge o problema da fal-

¹⁴ VALLE, op. cit., p. 109-111.

¹⁵ Cf. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-33.

¹⁶ VALLE, op. cit., p. 112.

¹⁷ Cf. TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. 197 p.

¹⁸ VALLE, op. cit., p. 116-118. É possível dizer que o STF incluiu no plano constitucionalmente admitido do exercício da função jurisdicional o controle da implementação de políticas públicas, do qual resulta a incorporação/fortalecimento deste discurso na jurisdição também do STJ (vide REsp 575.280/SP, REsp 736.524/SP; e REsp 485.969/SP). Relativamente ao direito à educação, é importante destacar a maior frequência da provocação da jurisdição em sede de demandas de cunho coletivo, implicando o desenvolvimento da reflexão, pelos julgadores, sobre estas questões a partir da matriz coletiva de raciocínio. De modo geral, o controle judicial de políticas públicas no campo da saúde se subdivide em dois grupos (ao menos no que tange aos tribunais superiores): a) aquele em que o direito à saúde é apresentado numa matriz coletiva, demandando uma atuação universal e equânime em favor de um dado setor social ou reestruturação das atuações públicas relativas à superação de uma deficiência nas estruturas de saúde; b) aquele em que o direito é judicializado sob uma matriz individual, baseando-se no argumento da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana (Ibid., p. 123-126.). Enquanto no STF a discussão acerca de políticas públicas de saúde tem se sedimentado sob a perspectiva coletiva – noção evidenciada pelas decisões mais recentes, pela abertura a uma maior participação da sociedade numa seara que lhe interessa de perto –, no STJ a situação não é tão distinta. Exemplo de tal assertiva é o REsp 811.608/RS, em que se manteve a decisão “a quo” que havia condenado a FUNASA à

ta de experiência do Judiciário para a interferência no campo da garantia dos direitos fundamentais: tal Poder não dispõe de preparação para lidar com aspectos relativos à economia, administração e fiscalidade, necessariamente envolvidos no orçamento público.¹⁹ Tendo em vista a construção de um ponto de partida adequado para o controle judicial de políticas públicas, entende-se imprescindível a verificação dos precedentes jurisprudenciais estabelecidos. De modo geral, e embora sem suficiente elaboração teórica, sem uma noção integral do problema e sem alcançar a desejável universalidade no plano das políticas públicas, o Judiciário tem chamado a possibilidade de intervir, controlar e mesmo estabelecer políticas públicas (especialmente, quanto ao último, a partir da ADPF 45).²⁰

III. Parâmetros valorativos

Percebe-se relativa divergência entre a jurisprudência: nem sempre a transposição do dispositivo ou da fundamentação de um julgado para outro reflete o que ali se tenha estabelecido ou se encaixe àquilo que outrora se demanda. Quando se parte para uma análise global, de todo o Judiciário, as divergências são ainda maiores, não raro se encontrando decisões que não se configuram, ao modo que foi decidido no STJ ou STF, em violações do direito à saúde ou do direito à educação. No entanto, a multiplicação dessas hipóteses oferece ao Judiciário a oportunidade de ampliar sua noção acerca dos problemas e variáveis que atingem na formação e equacionamento das demandas relativas a políticas públicas de educação e saúde.

implantação de uma política de saúde destinada a uma população indígena – tratando-se, assim, de um controle de constitucionalidade de políticas públicas por omissão. Não se pode deixar de mencionar, também, o Resp 577.836/SC, que determinou o prosseguimento de uma ação civil pública extinta em função da impossibilidade de seu pedido – no caso, entendeu-se que o provimento objetivado pelo MP era demasiadamente genérico, envolvendo práticas não respaldadas constitucionalmente, como ações concretas do Poder Público sem qualquer correspondente previsão orçamentária, gerando, ao final, violação dos ditames constitucionais disciplinadores da despesa pública (Ibid., p. 139-133).

¹⁹ No Rext. 271.286, considerado “leading case” na seara do direito à saúde, foi afirmado o caráter imperativo do art. 196 da CF, determinando ao Governo do Rio Grande do Sul, solidariamente à Prefeitura de Porto Alegre, a entrega de medicamento para tratamento de HIV a paciente destituído de recursos – tratava-se de um caso em que havia política pública que correspondia ao pedido, mas que não contemplou o paciente por problemas de sua implementação. Ressalte-se que o conjunto de decisões monocráticas que sobreveio invocando este mesmo caso, afastando-se a premissa da existência de política pública e de sua falha e da condição de “pobre” do paciente, culminou por determinar um alargamento das hipóteses de tutela a direito individual, pela via da garantia de entrega de remédios, tratamentos médicos e outras providências. Por outro lado, na SS 3.201/GO e SS 3.274/GO, o STF deferiu a suspensão da decisão que obrigava o Estado de Goiás a disponibilizar medicamento para infertilidade feminina inespecífica. O argumento para esta suspensão se deu em função da irreversibilidade configuradora do provimento liminar – cabendo ressaltar que a decisão naqueles casos não se estendeu para outros similares, haja vista as especificidades do caso concreto. Por fim, no Rext. 566.47 foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo – denunciando, de certa forma, a multiplicação das demandas relacionadas ao direito individual à saúde e ao reconhecimento de sua importância (VALLE, op. cit., p. 134-137).

²⁰ Relativamente às decisões do STJ, percebe-se que o tema das políticas públicas é analisado sob a perspectiva da esfera individual de direitos (embora estas decisões estejam calçadas em dispositivos constitucionais). Tal aspecto confere um relevo concreto a essas demandas, inclinando aquele tribunal a posições mais protetivas – explicando, de certa forma, uma postura alinhada à noção de direito universal à saúde e à educação, ao revés das políticas públicas enquanto mecanismo possível de limitação dos contornos de tais direitos fundamentais. Já as decisões do STF combinam as pretensões individuais e de caráter mais amplo, trazendo à Corte uma mais ampla noção das consequências sociais, econômicas e políticas de suas decisões. Quanto ao aspecto da falta de experiência em casos específicos e de maior complexidade, o STF tem promovido aberturas, como a admissão de “amicus curiae” e a realização de audiências públicas. Destaque-se, relativamente às decisões do STJ e STF, que alguns aspectos determinantes das análises efetuadas se apresentam mais sugestionáveis do que sistematizados ou reiteradamente expressos em suas decisões. Mais ainda, as peculiaridades do direito à saúde e à educação são indispensáveis à interpretação dos precedentes estabelecidos – dado que, aparentemente, tem sido desconsiderado nas discussões sobre o controle judicial de políticas públicas (Ibid., p. 138-139).

Vanice Regina Lírio do Valle apresenta uma proposta de esquematização de parâmetros de construção de uma decisão judicial que responda a uma apontada violação à dimensão objetiva de direitos fundamentais. Essa proposta tem como premissas: 1) que o controle de políticas públicas seja atividade que remeta à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, devendo ser encarada a partir de uma perspectiva da coletividade dos destinatários; 2) de que a ação de controle substitutiva, mesmo quando desenvolvida pelo Judiciário, se constitua em absoluta exceção ao desenho constitucional de funcionamento do Poder, devendo ser minimizada sua possibilidade de aplicação.²¹ Não se pode descartar que uma política pública concebida, implementada e orientada constitucionalmente seja exitosa quanto à adequação entre problemas e diagnósticos, alcançando os resultados programados e, ainda assim, reste um cidadão, isoladamente considerado, não atendido na garantia da dimensão subjetiva da orientação constitucional sobre a qual a ação da Administração fora implementada.

A sindicalização de políticas públicas abrangerá, obrigatoriamente, uma possível autovinculação (decorrente dos termos em que política pública se tenha concebido e enunciado) e, especialmente, a discussão relativa à heterovinculação constitucional, em que a simplicidade das afirmações garantísticas não pode criar a falsa impressão da possibilidade de concretização (um caráter meramente programático), sempre na sua máxima extensão, pelo Judiciário, de todos os direitos fundamentais. Distinguir lides individuais do controle judicial de políticas públicas pressupõe que a racionalidade a ser aplicada sobre esta seja a da teleologia e proporcionalidade da Administração quanto aos recursos disponíveis, aos esforços esboçados e àqueles efetivamente despendidos. Trata-se de um campo permeado por um imperativo dialógico, de investigação mais arraigada acerca dos limites reais do quadro normativo da política pública controlada.²² A prática dialógica é um requisito essencial para a análise a ser efetuada sobre a política pública controlada judicialmente, provocando a participação e a justificação, pela Administração, de seus programas de ação, repercutindo, ao final, em sua própria

²¹ VALLE, op. cit., p. 140-143. A despeito de esta situação não implicar uma necessária inadequação daquela política pública, não se há de afastar a possibilidade de que este cidadão busque e obtenha seu direito judicialmente. A análise da realidade denuncia que as decisões judiciais não têm este cuidado distintivo: na mente dos atores jurídicos, o tema da judicialização de políticas públicas determina que se afirme ter-se efetuado o controle do plano normativo de ação, quando na verdade o que se realiza é a retificação da não efetividade de um direito fundamental em favor daquele cidadão. É extremamente importante, assim, distinguir a tutela individual do direito fundamental e o controle judicial de políticas públicas pois, uma vez que este é admitido, exige-se, repudia-se ou reprograma-se um quadro normativo de ação, de forma a adequá-lo às hétero e autovinculações a ele favoráveis, tendo por base a Constituição e os elementos formadores da própria política pública sindicalizada. A tutela individual, por outro lado, cinge-se à exclusiva garantia em favor daquele que a invocou, sendo articulada a partir das particularidades do caso concreto. A não distinção destas situações tem levado, em um plano mais abrangente, à predação da renda pública por um determinado grupo (o das lides individuais), razão por que, assim, a distinção implica a consideração da matriz do coletivo e da prospectiva prevista para a política pública, desvinculando-se das constrições das lides individuais e da escassez de recursos (Ibid., p. 145).

²² VALLE, op. cit., p. 146-148. O ponto de partida do controle judicial é dado pela investigação do tema abrangido pela lide, particularmente quanto à existência de uma política pública – enquanto complexo de processos destinados a estabelecer e implementar ações que, atribuídas ao sistema decisório governança-administração, efetivam e dão concretude aos mandamentos constitucionais, de modo explícito ou implícito, obrigatório ou dispositivo – que se poria como questão prejudicial lógica à concessão da prestação jurisdicional. Assim, a medida jurisdicional pode implicar tanto na obrigação de criação de uma política pública – e não as consequências ou produtos desta – atacando, na fonte, uma patologia que demonstra o não atendimento de um dever constitucionalmente atribuído à administração, não só quanto à garantia de dado direito fundamental, mas de elaboração de programas relacionados finalisticamente a esta mesma garantia. A judicialização do debate relativo aos predicados da enunciação de políticas públicas possibilita a superação de diversos obstáculos, pois é possível que a implementação da política pública identifique-se como necessária, mas talvez encontre bloqueios pela atuação de outras instâncias interventoras nestes processos (Ibid., p. 150-151).

legitimidade. Com efeito, o Judiciário, em sede de controle de políticas públicas, não pode descartar a dimensão subjetiva da implementação de uma política de cunho macro, destinada à coletividade: isto poderia gerar uma expectativa por parte da sociedade (de que o controle judicial iria corrigir todos os erros e falhas da política pública), a qual poderia vir a ser a contrariedade ante a realidade dos fatos.²³ O nível de confiança do Judiciário (e, principalmente, a sedimentação de sua função de árbitro dos impasses sociais) depende da parcimônia na autoafirmação de sua capacidade de resolver impasses os quais, muitas vezes não sem razão, a Constituição, o Executivo e o Legislativo não foram capazes de resolver.

IV. A identificação do compromisso judicial

A competição das intervenções estabelecidas a título de controle judicial pode ensinar a coexistência de obrigações direcionadas à Administração, no sentido, inclusive, de compor uma agenda ou planejamento de atuação da Administração. Isto se deve ao fato de que a abertura de uma instância neutra, relativamente aos sentidos decisórios da ação política e suas prioridades, pode permitir o ingresso de temas não tratados por políticas públicas na pauta da Administração. O ponto de partida se encontra no reconhecimento, pelo Judiciário, de que sua função não é, tampouco poderá ser, substitutiva, mas, sim, indutiva do normal desenrolar das atribuições do Executivo e Legislativo, e pelas demais estruturas institucionais dispostas pela Constituição. Mantém-se, desta forma, o predicado de que quando a Constituição não dispõe explicitamente o caminho de atuação de um Poder, não deve o Judiciário substituir a instituição detentora do dever de formulação dessas mesmas políticas. Desse modo, será só a enunciação das políticas públicas – pelo ente expressamente disposto pela Constituição – que possibilitará o prosseguimento legítimo do controle judicial, com previsibilidade das providências de implementação. O desempenho tópico deve estar limitado a dispor uma atuação concreta, sem qualquer compromisso com as etapas de implementação e os resultados de tal atuação.²⁴

²³ À medida que passou a ser possível, no processo coletivo, a indeterminação das partes e o estabelecimento de uma adequada representação, verifica-se a promoção de uma ruptura de todo arcabouço processual que implicou uma alteração profunda de seus principais institutos. Com efeito, a realidade demonstra que o processo coletivo vem sendo empregado para fins distintos que o da efetivação de direitos fundamentais sociais – seu principal objetivo. Este desvio de finalidade justifica-se em função do baixo prestígio que a efetivação dos direitos fundamentais sociais tem recebido, bem como em função da ausência de determinação do âmbito de atuação do Poder Judiciário no Brasil. O assentamento dos fundamentos do direito processual constitucional levou longo tempo para ser levado a cabo, uma vez que, até a promulgação da Constituição de 1988, o direito processual brasileiro era fortemente permeado de predicados individualistas, cujas circunstâncias redutoras, no conceito de jurisdição, só foram superadas em função do instrumentalismo. Hodiernamente, percebe-se que algumas mudanças na doutrina e na jurisprudência indicam a superação de algumas resistências, tendo o Judiciário brasileiro reconhecido sua jurisdição sobre os demais Poderes – v.g., as “questões políticas” não mais constituem obstáculos à atuação judicial, assim como se passou a entender ser defeso ao Judiciário, em regra, analisar o mérito do ato administrativo. Com efeito, ainda não foi superada a divergência, entre a doutrina e a jurisprudência, acerca da possibilidade do controle de políticas públicas por meio do Judiciário. Em grande parte, isto se deve ao fato de que é a omissão do Estado na efetivação de políticas públicas que causa um impasse na compreensão da abrangência do processo coletivo (CANELA JUNIOR, op. cit., p. 124-126).

²⁴ VALLE, op. cit., p. 152-154. Contudo, a persecução judicial da obrigação de fazer – cujo cumprimento corresponda à enunciação de uma política pública – desafia uma nova aproximação entre o próprio andamento judicial do processo, no plano da admissão da participação de outros agentes que possam contribuir com a resolução da contenda, no aspecto da possibilidade de utilização de dados empíricos e extraídos de outros ramos do conhecimento e, sobretudo, no cenário da inserção de outra dimensão temporal das decisões que abranja o espaço de tempo necessário à atuação exigível, porém não havida, da Administração. Os obstáculos de efetivação dão ensejo a uma necessária atuação criativa do Judiciário, que deve ser desenvolvida transversalmente sobre vários ramos do conhecimento. A teorização de novos instrumentos processuais de garantia

O reconhecimento de que a enunciação de uma política pública implica uma autovinculação jurisdicionalmente exigível da Administração tem como principal consequência a reafirmação da importância e da utilidade de eventual persecução jurisdicional desta mesma obrigação. Existindo uma política pública formulada, com seus componentes essenciais evidenciados, e autovinculante, sua interrupção ou obstrução demanda, sob a perspectiva da legitimidade, um ônus argumentativo muito maior – dando-se oportunidade ao controle jurisdicional da proporcionalidade da opção que obstaculiza uma dada ação programada para implementar outra, descontinuando os esforços desenvolvidos até então. A sindicalização de políticas públicas, vista sob o prisma da indução ao cumprimento da obrigação de enunciação delas – bem como na autovinculação necessariamente associada –, é uma via que, ademais de possível, opera com conceitos familiares ao Judiciário, ao mesmo tempo em que não o insere no centro de uma atuação para a qual ele não é funcionalmente adequado (a formulação de políticas públicas).²⁵

A carga valorativa da Constituição determina, ademais de preceitos explícitos de conteúdo assecuratório de direitos, uma pauta de prioridades vinculativas das políticas públicas. Em áreas em que o significado da garantia constitucional não seja inequívoco, cabe aos mecanismos democráticos de decisão possibilitar a acumulação de consensos sucessivos aptos a parametrizar as estratégias de ação da Administração. Desta forma, o detalhamento da atuação do Poder Público abrange a coordenação dos interesses conflitantes, ao passo que o dissenso em relação a estas prioridades de ação é uma possibilidade sempre atual, que auxilia a fundamentação dos pactos de convivência e continuidade das políticas públicas. A decisão judicial pode, ao revés de apontar um vício, representar a oportunidade de se demonstrar pontos de vista que, a despeito de se revelarem aptos a demandar uma ordem judicial de correção, mostram-se relevantes para uma mudança na agenda da Administração, melhor dizendo, uma nova priorização ou reconfiguração de ações.²⁶

de direitos fundamentais deve ser edificada por agregação, sem medo de reconhecer as deficiências da própria elaboração teórica e, menos ainda, sem buscar nelas o fundamento para a negação do cabimento do controle. Não está afastada, porém, a apreciação judicial de uma política pública formalmente enunciada. Em tal situação, na medida em que formulada pela própria Administração, a política pública questionada judicialmente resta vinculativa, trazendo parâmetros. Assim, a atuação do Judiciário, que não constitui mais em intervenção sujeita a críticas quanto à sua legitimidade, passa a se caracterizar como mera coerção ao cumprimento, pela Administração, dos compromissos por ela própria estabelecidos (Ibid., p. 155-157).

²⁵ A Constituição conferiu ao Judiciário competência residual em sede de políticas públicas: isto implica que o Judiciário não pode atuar arbitrariamente sobre as implementadas pelos demais Poderes. A atuação judicial deve ser realizada, preferencialmente, em função do processo coletivo, em respeito ao princípio da igualdade. Ajuizada a demanda coletiva, o Judiciário deverá realizar duas espécies de análises: a eventual declaração do direito fundamental violado; e o cumprimento da sentença. Existem limites no controle de políticas públicas pelo Judiciário, os quais, contudo, não se referem à impossibilidade de reconhecimento judicial da violação. Estas limitações restringem a jurisdição quando do cumprimento de sentença ou em situações de tutelas de urgência, posto que moldam a efetivação dos direitos fundamentais no tempo. Ao Judiciário não é defeso suspender a atividade declaratória do direito fundamental violado sob a justificativa que esta se depara com limitações à efetivação da sentença. Desta forma, é afastada a suspensão da atividade jurisdicional, da mesma maneira que se oportuniza a vinculação do orçamento ao provimento jurisdicional no tempo. Do mesmo modo, passa-se a admitir que os direitos fundamentais progressivamente violados pelo Estado sejam elencados em sua agenda programática, sedimentando o processo como instrumento de realização da democracia social. Em função da relevância e essencialidade dos direitos fundamentais à vida em sociedade, estes se tornaram temas largamente discutidos no cenário político brasileiro, bem como foram objeto de diversas políticas públicas. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais correspondam a demandas direcionadas pela sociedade ao corpo político quase que de modo inato. A pretensão à satisfação coercitiva dos direitos dispostos no art. 6º da CF indica o objeto do processo coletivo, isso justamente a partir do momento em que tais bens da vida não são satisfeitos de forma espontânea pelo Estado (CANELA JUNIOR, op. cit., p. 148-151).

²⁶ VALLE, op. cit., p. 158-161.

V. O paradigma do acesso ao controle judicial

A supremacia das normas constitucionais dá origem a posicionamentos filosóficos e jurídicos consubstanciados em distintas concepções sobre o controle judicial das políticas públicas. O primeiro desses posicionamentos é denominado substancialista e se ampara na noção de que apenas a Constituição pode definir o conjunto axiológico norteado das decisões políticas. Já o segundo corresponde ao posicionamento procedimentalista, o qual dispõe que é a Constituição que deve garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, de modo que cada geração possa efetuar suas próprias decisões. No entanto, esses posicionamentos coincidem ao considerar que os direitos fundamentais consistem num “consenso mínimo”, oponível a qualquer grupo e geração política. O Judiciário seria, assim, o detentor do controle sobre a juridicidade dos atos que implementam as políticas públicas – e não o poder de criação destes. Numa perspectiva processual, isto é evidenciado a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição, enquanto numa perspectiva administrativa isto se deve ao fato de que todos os atos da Administração se submetem ao controle do Judiciário. Com efeito, o fato de a Administração Pública estar institucionalmente subordinada ao controle do Judiciário não é suficiente para garantir o controle das ações executivas e sanar as antijuridicidades ou omissões praticadas no desempenho da função administrativa: deve-se garantir, também, o efetivo acesso de todos ao Judiciário, de forma que qualquer cidadão possa obter a tutela relativa ao direito fundamental descumprido.²⁷

A questão do acesso à Justiça tem ainda mais destaque quando se insere no controle dos direitos sociais, particularmente quanto ao direito à saúde, quando a ingerência do Judiciário pode ser o elemento que garanta as condições não apenas necessárias para a preservação da dignidade humana, mas também consista na garantia da preservação da vida. Não se afasta o fato de que, em sua atuação, o magistrado não dispõe de um poder de decisão arbitrário, ou até mesmo caridoso, quando questões de vida ou morte são levadas à sua apreciação. É certo que as frustrações decorrentes do não cumprimento de promessas pelo Estado Social colaboram diretamente para que os direitos sociais sejam realizados por meio do Judiciário, indicando que este se converteu em espécie de um “refúgio de um ideal desencantado”.²⁸ A intervenção judicial corresponde, assim, a uma derradeira esperança de realização dos valores igualitários perseguidos pelo Estado Social e pela democracia, o que acarreta uma transformação da própria concepção de Judiciário – então visto como agente de punição e retaliação social. Decorre, por assim, dizer dessa transmutação institucional do Judiciário o enfraquecimento de outras vias de mediação, como as associações e os partidos políticos. Em última análise, a judicialização da política corresponde à ruína da “soberania popular”, ensejando a substituição da autonomia do cidadão pela figura do “cidadão cliente” ou “cidadão vítima”. O desmoroamento do civismo implica a busca pela salvaguarda dos direitos fundamentais – e, também, na exclusão do cidadão do processo de formação da vontade política.²⁹

²⁷ DUARTE, op. cit., p. 277-279.

²⁸ Ibid., p. 280-282.

²⁹ Uma evidência da transmutação institucional do Judiciário decorre do instituto da súmula vinculante: na premissa de responder a um “sem-número” de processos judiciais e com a conseqüente demora na prestação jurisdicional, impactando diretamente na legitimidade do Judiciário, a súmula oculta um dos principais problemas deste Poder nacional: seu despreparo para lidar com conflitos transindividuais, existentes em uma sociedade desiludida com um paradigma não alcançado da socialidade do Estado. Deve-se ressaltar, por outro lado, a relevância da presença do Judiciário na vida pública, enquanto instância de controle de políticas públicas – o que, porém, não deve ser interpretado como uma ode a este Poder, que enfrente problemas

VI. Conclusões

A sindicalização individual de direitos fundamentais, desde que reiterada, pode evidenciar um déficit de resultados de eventual política pública implementada em dado segmento. Tal situação pode sugerir a provocação do controle judicial da política pública em abstrato, por intermédio de ações coletivas cabíveis – manejadas pelos respectivos legitimados. Quanto às hipóteses em que o quadro normativo de ação do Poder Público não constitua o objeto da ação, ou ainda que o seja, a atuação judicial possa revelar-se um elemento indutor de mudanças, sensibilizando os titulares de subsistemas sociais que ditam o processo de formação da pauta de ações políticas, os quais nem sempre estão dispostos a direcionar seu capital político em uma empreitada que vise a uma mudança de escolha de prioridades e não se lhes apresente consolidada como expectativa social. Essencialmente, um sentido jurídico possível do controle judicial de políticas públicas deve transparecer um duplo compromisso: aquele com uma efetividade constitucional que não destoe da facticidade econômico-social, bem como o que se direciona à consolidação de uma prática institucional efetivamente democrática, operada sob a perspectiva da ação-coordenação dos Poderes como garantia máxima de seu agir e acorde com a moldura constitucional.³⁰

Não será de nenhuma valia o reconhecimento de um dever constitucional de ação administrativa articulada por meio de políticas públicas enquanto instrumento de efetividade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se estas não se revelarem factualmente úteis ao desvelamento, em favor da cidadania, dos caminhos e propósitos de agir do Poder. A recepção de políticas públicas – enquanto um veículo judicializado do plano de ação estatal corresponda ao enrijecimento de uma estrutura que associa escolhas públicas como manifestação de governo – maximiza abertura ao controle. O grande problema, assim, está em viabilizar a coexistência entre a consideração às opções administrativas e o espaço reservado (e devido) à livre atuação de suas instâncias de avaliação, de forma que possam conviver de forma construtiva – sem competirem entre si, paralisando toda a atuação do Poder Público. Controle com poder e governo com liberdade é a receita da estrutura hipermoderna do poder e é sob esta perspectiva que devem ser construídas as propostas de controle judicial de políticas públicas.³¹

não desprezáveis. Não se deve, porém, reduzir a democracia à representativa pura, numa crença cega e desiludida de que o Executivo e o Legislativo são suficientes a implementar as melhores escolhas para a condução da vida pública. Num plano de fundo de inércia social e questionamento da representatividade, recusar o acesso ao Judiciário – ente que possibilita, em alguma escala, a efetivação de direitos sociais e de condições mínimas para o civismo – seria considerado um retrocesso político. Provocar o Judiciário consiste num dos mais palpáveis instrumentos de participação popular direta, que não obstrui, em momento algum, o funcionamento do processo representativo ou do associativismo (DUARTE, op. cit., p. 283-286).

³⁰ VALLE, op. cit., p. 162-164.

³¹ *Ibid.*, p. 165-167.

Referências

- BITENCOURT, Carolina Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. 368 p.
- CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. 193 p.
- DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 385 p.
- FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Interpretação e fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, n. 19, p. 179-197, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____.; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.
- _____.; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 506 p.
- MANIGLIA, Elisabete (Org.). *Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. 269 p.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-33.
- TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. 197 p.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 186 p.