

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E SUA
LEGITIMIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
SOCIAIS E CONCREÇÃO DA CIDADANIA**

THE JUDICIALIZATION PUBLIC POLICY IN BRAZIL AND YOUR ENTITLED AS A
TOOL FOR EFFECTIVE SOCIAL RIGHTS AND CITIZENSHIP CONCRETION.

Juvêncio Borges Silva *

Ricardo dos Reis Silveira **

RESUMO

A judicialização das políticas públicas consistentes na atuação do Poder Judiciário decidindo a respeito de questões de competência dos Poderes Legislativo e Executivo é fenômeno recente, e tem gerado repercussões na esfera da Administração Pública, suscitando discussão quanto à competência dos poderes, bem como na legitimidade da atuação do Poder Judiciário, uma vez que o administrador público é eleito pelo voto popular. Tem também ocasionado dificuldades para os administradores públicos, que se veem obrigados a disporem de recursos não previstos no orçamento para cumprirem determinações judiciais. Em contrapartida, as decisões judiciais se pautam pelos direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal, na compreensão de que há situações que se situam no âmbito da preservação da vida e realização da dignidade humana, que não podem sobre nenhum pretexto serem proteladas, e que constituem condição imprescindível à concreção da cidadania. Esta relação conflitiva merece ser analisada sob uma perspectiva interdisciplinar: sociológica, política e jurídica. É o que se busca com este trabalho.

Palavras-chave: Judicialização. Políticas públicas. Direitos sociais. Cidadania.

ABSTRACT

The judicialization of consistent public policies in the performance of the judiciary deciding on issues of competence of the Legislative and Executive is a recent phenomenon, and has generated repercussions in the sphere of public administration, prompting discussion as to the competence of the authorities as well as the legitimacy of action of the Judiciary, as the public administrator is elected by popular vote. It has also caused difficulties for public administrators, who are forced to dispose of unbudgeted resources to fulfill court orders. In contrast, judicial decisions are guided by the fundamental rights enshrined in the Federal Constitution, on the understanding that there are situations that are within the scope of the

* Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor pela UNESP e mestre pela UNICAMP.

** Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP e docente da INIFEB, Mestre e Doutor pela Universidade Federal de São Carlos.

preservation of life and realization of human dignity, which can not be postponed on any pretext, and that are a prerequisite essential to the concretion of citizenship. This conflictive relationship deserves to be analyzed from an interdisciplinary perspective: sociological, political and legal. It is what is sought with this work.

Keywords: Judicialization. Public Policy. Social rights. Citizenship.

1. Introdução

O tema da *judicialização das políticas públicas* tem estado na pauta das discussões jurídicas e políticas, e até mesmo midiáticas, haja vista as inúmeras decisões de natureza política proferidas pelo Poder Judiciário.

Tal tem ocorrido em face da inércia e omissão do Poder Legislativo no que tange à sua função de legislar, permitindo que questões de competência originária do Poder Legislativo sejam levadas ao Poder Judiciário que, em razão da proibição da não denegação da justiça - *non liquet* -, acaba por tomar decisões que tem repercussão geral na esfera política, mormente junto à Administração Pública, no que se refere à implementação de políticas públicas que sejam eficazes e atendam ao disposto na Constituição Federal no que concerne à obrigação positiva do Estado de proporcionar às pessoas condições de acesso à saúde, educação, alimentação etc. É neste contexto que se insere o tema da judicialização da política, e de forma mais específica da judicialização das políticas públicas.

A análise deste tema perpassa pela relação direito-política, pelas transformações operadas no Estado em razão do processo de globalização, e por uma maior atuação do Poder Judiciário no que se refere às questões sociopolíticas.

As mudanças no âmbito do Estado em razão do processo de globalização afetaram grandemente o sistema político e jurídico. De um lado o Estado fica cada vez mais dependente das decisões dos mercados, de outro, houve sensível esvaziamento da representatividade, uma vez que as decisões legislativas e executivas são cada vez mais influenciadas pelos condicionamentos sócioeconômicos. É neste contexto que deve ser considerado o fenômeno da judicialização das políticas públicas. De um lado temos o poder

público e sua obrigação de implementar políticas públicas com vistas à efetivação de direitos contemplados na Constituição (Carta Política), de outro temos os limites fáticos do Estado (econômico-financeiros) para a efetivação de tais direitos. É neste espaço conflitivo que se insere o Poder Judiciário.

Ao exigir o cumprimento de direitos sociais fundamentais, ao interferir nas políticas públicas dos governos, em razão de provocação, o Poder Judiciário está em vários momentos a tomar decisões de repercussão política que refletem nos orçamentos públicos. Dá-se nesse caso o fenômeno da *judicialização das políticas públicas*.

A pesquisa se orientou pelo método analítico-dedutivo, bem como pelo referencial teórico da teoria da ação comunicativa e democracia procedimental de Habermas, tendo sido realizada a partir da leitura de livros, revistas especializadas, jurisprudências e matérias encontradas em sites da internet.

2. Políticas públicas

É necessário de início proceder à conceituação de “políticas públicas.” Mantovaneli Júnior (2006, p. 26-31) aponta oito modelos de análise de políticas públicas, conforme destacados por Thomas Dye quais sejam: modelo institucional, modelo de processo, modelo de grupos, modelo de elite, modelo racional, modelo incremental, modelo da teoria dos jogos e modelo sistêmico. Dye considera as políticas públicas como “respostas [ou *outputs*] de um sistema político a forças advindas do meio ambiente [ou *inputs*], que advém tanto sobre a forma de demandas como de apoio’ ou oriundas de um sistema social.” (MANTOVANELI JÚNIOR, 2006, p. 29).

Segundo Dye, apud Mantovaneli Júnior (2006, p. 31) políticas públicas são “Tudo o que os governos decidem fazer ou deixar de fazer”, ressaltando: “realisticamente, nossa noção de política pública deve incluir todas as ações governamentais, e não o que os governos ou funcionários dizem que vão fazer”. E após considerar os modelos apresentados por Dye conclui:

Não se nega, portanto, a relevância dos modelos discutidos, muito embora se reconheça a necessidade de que os mesmos sejam vistos em novas bases. Todos os modelos anteriormente expostos parecem demonstrar uma incapacidade, ora em delimitar a presença de um sujeito autônomo para as políticas, ora em visualizar o político e o social como indissociáveis na prática, ora em não compreender a multiplicidade de sistemas ou subsistemas que se apresentam à arena decisória, dentre outras observações possíveis. Talvez estes novos

referenciais sejam capazes de lançar uma luz sobre os porquês das incongruências ou presumíveis contradições, subjacentes à prática decisória, assinaladas por Dye.

Assim, políticas públicas não são apenas “(...) *tudo o que os governos decidem fazer ou deixar de fazer*”, mas as incapacidades, as escolhas, ou não, do chamado sistema político tradicional, são ocupadas e/ou vivenciadas, em termos práticos, por sujeitos individuais e coletivos, constituintes de sistemas sociais ‘compensatórios’. Deste modo, se “*realisticamente, nossa noção de política pública deve incluir todas as ações governamentais, e não o que os governos ou funcionários dizem que vão fazer*”, há que se abrir espaço nesta conceituação também para as ações individuais e coletivas, que traduzam correspondências junto ao espaço público de escolhas e gestão de demandas. Isto, na prática, traduz tanto uma cobertura sobre a inação do Estado quanto uma efetiva construção de seus projetos simbólicos e culturais, acredita-se, com maior correspondência. (MANTOVANELI JÚNIOR, 2006, p. 62).

Políticas públicas para o referido autor implica também a participação de indivíduos e coletividades e não somente ações estatais.

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) assim conceitua política pública:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Segundo este conceito as políticas públicas consistem em ações governamentais, previamente planejadas (programa), que se realizam no contexto de um processo ou conjunto de processos levados a efeito segundo leis previamente fixadas, judicialmente definidas e administrativamente realizadas, com objetivos sociais relevantes e determinados politicamente. Tais objetivos devem ser orientados axiologicamente, segundo uma escala valorativa de prioridades, bem como o provimento de meios para sua realização, e a previsão temporal de sua efetivação.

As políticas públicas, segundo esta definição contempla os elementos previsão, programação, planejamento, sistematização, coordenação, definição, objetivação, provisão, ação, realização, execução.

As políticas públicas ocorrem, portanto, numa relação de imbricação entre vários agentes do Estado, em várias etapas, segundo determinados processos. A definição de Bucci traz à lume aspectos de vários modelos de políticas públicas apontadas por Dye.

Este conceito procura limitar as políticas públicas à esfera da atuação governamental. Se Mantovaneli Júnior busca contemplar a participação de indivíduos e coletividades, aqui se prioriza a ação governamental. Ocorre que Mantovaneli Júnior está focado no caso do orçamento participativo de Porto Alegre, que contempla a participação da coletividade em sua elaboração, enquanto Bucci entende que em última instância a política pública somente é efetivada com a participação do poder público governamental.

Para efeitos de análise neste trabalho, focaremos nossa atenção nas políticas públicas levadas a efeito pelo governo, uma vez que objetivamos verificar o fenômeno da judicialização das políticas públicas.

3. Políticas públicas e direitos sociais

As políticas públicas surgem na esteira dos direitos sociais, com a superação do liberalismo político.

O Estado Liberal teve como seu primeiro grande teórico John Locke (1632-1704), que preconizou a concepção da separação de poderes no Estado, a supremacia das leis, e os direitos individuais. Como afirma Bobbio (2000, p. 24), “o Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto”. Locke expõe no Segundo Tratado sua forma de compreender o poder político:

Por poder político, então, eu entendo o direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou, por via de consequência, qualquer pena menos severa, a fim de regulamentar e de preservar a propriedade, assim como de empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra as depredações do estrangeiro, tudo isso tendo em vista apenas o bem público. (LOCKE, 1999, p. 82).

Para Locke o Poder Legislativo era o poder supremo, que sobressaía aos demais. O direito de propriedade surge como a maior expressão dos direitos do homem, considerado por Locke como um direito natural, sendo que a vida, a liberdade e os bens estão sob a mesma rubrica – propriedade.

Locke concebe o Estado como “sociedade constituída, única e exclusivamente, com o fim de conservar e promover os bens civis dos homens, identificados estes com a vida, a liberdade, a integridade do corpo, a proteção contra a dor e a propriedade dos bens exteriores.” (OTERO, 2009, p. 186). Estes direitos já se faziam presentes no estado de natureza, sendo que o contrato social os tornariam ainda mais consistentes no estado civil, através da lei.

Já para Montesquieu (1689-1755), outro adepto do liberalismo, a separação dos poderes é condição sem a qual não há a consecução da liberdade política, o que exige a derrocada do poder absoluto.

O direito liberal surge assim como a limitação da ação por parte do Estado como condição da garantia das liberdades individuais. Nesta perspectiva é que Bobbio aponta os principais elementos característicos do liberalismo:

Característica da doutrina liberal econômico-política é uma concepção negativa do estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explícita e aperfeiçoa a própria personalidade. (BOBBIO, 1986, p. 115).

Em razão da questão social emerge o proletariado, explorado, destituído de condições materiais e sociais e de leis que o proteja da exploração do capital. Exigia-se um novo modelo de Estado que superasse este modelo opressor, e é nesse contexto que emerge o Estado Social.

Se a garantia dos direitos fundamentais do liberalismo assentava na ideia de abstenção do Estado, sendo a propriedade e a liberdade tanto mais garantidas quanto menor fosse a intervenção do Estado, rapidamente se verificou, todavia, que existem direitos fundamentais cuja efectiva garantia exige uma intervenção social ou econômica do Estado. (OTERO, 2009, p. 333).

Não era mais suficiente uma postura negativa do Estado, fazia-se necessária uma ação positiva do Estado no sentido de implementar os direitos sociais. As transformações ocorridas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX fizeram emergir os direitos sociais, o que acabou por viabilizar uma inflexão do Estado e do direito liberal para um Estado e direito voltado para o social. É nesta perspectiva que analisa Reis Friede (2005, p. 169):

Os chamados *Direitos Sociais* podem ser conceituados como aqueles que nitidamente objetivam inserir o indivíduo na vida social, permitindo não só que o mesmo tenha acesso aos inúmeros bens que satisfaçam as suas necessidades elementares, como ainda encontre, na qualidade de pessoa humana, o seu efetivo bem-estar.

Bobbio (1992:32) pontua o processo de transformação do direito com vistas ao advento do Estado social de direito.

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os

quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado.

Os direitos sociais, segundo Bobbio (1992, p. 69) são decorrentes de um processo histórico-social, e sua emergência se efetivou com o surgimento do indivíduo como um sujeito de direito, uma vez que até a vigência do *Ancien Régime* o indivíduo era tão somente sujeito de obrigações.

Segundo Bobbio (1992:61), o indivíduo surge como sujeito de direitos no século XVIII:

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só tem deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Os direitos sociais passam a constar das constituições ocidentais e mesmo de outros países, transformando-se em direitos fundamentais. Tal se percebe da Constituição Federal em seus artigos 6º a 11 e 58 a 79.

Como observa Chimenti (2004, p. 116) “na forma como disposto na Constituição Federal, os direitos sociais são muito mais que normas programáticas; são direitos subjetivos do indivíduo, oponíveis ao Estado, que devem fornecer as prestações diretas e indiretas que a Constituição garante”, o que é também afirmado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 268):

Vislumbrou o legislador constituinte uma possibilidade de tornar efetivos os direitos consagrados na Constituição de 1988. Para tanto dispôs que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Louve-se a intenção dos constituintes, qual seja a de tentar impedir que os direitos não permaneçam como letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade.

Se por um lado, é forçoso reconhecer o avanço da legislação no que tange aos direitos sociais no Brasil, por outro, há que se reconhecer que a aplicabilidade efetiva do disposto nas normas constitucionais acima exaradas, mormente no que tange ao disposto no

artigo 6º da Constituição Federal, ainda está longe de corresponder à realidade social brasileira, tendo em vista a enorme desigualdade social reinante no Brasil e à precariedade da prestação por parte do Estado na esfera da saúde pública, educação, segurança, alimentação, moradia etc.

Assim, a discussão acerca da aplicabilidade imediata do disposto na norma constitucional (art. 5º, § 1º C.F.) e a obrigação do Estado de torná-las efetivas devem fazer parte da discussão jurídico-constitucional até que tal discrepância seja superada. Ressalte-se, todavia, que a concreção dos direitos sociais somente é possível através da atuação estatal, e sua efetiva realização se dá através da implementação de políticas públicas. É através das políticas públicas que o Estado objetiva dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. Assim, direitos fundamentais sociais e políticas públicas constituem realidades indissociáveis, uma vez que é através das políticas públicas que se busca garantir a concreção dos direitos sociais. As políticas públicas ocupam, portanto, papel imprescindível em face da sociedade. E tendo em vista sua total indispensabilidade, necessário se faz que tais políticas sofram algum tipo de controle, para que não fiquem à mercê do arbítrio dos órgãos políticos e de seu poder discricionário, fazendo-se necessário uma atuação do Poder Judiciário na medida em que é provocado de forma a fazer cumprir as normas constitucionais.

4. A judicialização das políticas públicas e cidadania sob a ótica da democracia procedimental e da ação comunicativa de Habermas

Habermas, através da teoria da ação comunicativa preconiza que a legitimidade da ordem jurídica se dá através da busca do consenso, o que acaba por vincular os cidadãos ao direito. Na esteira do pensamento de Kant, Habermas afirma que no interior do espaço público deve existir um consenso em torno das decisões políticas, as quais são levadas a efeito através de uma ação comunicativa entre os cidadãos. O processo comunicativo desenvolvido entre os cidadãos seria condição fundamental para reduzir os distanciamentos entre estes e o poder público. Afirma ainda a necessidade de uma ampla comunicação entre os cidadãos, não se utilizando de códigos especiais de sistemas parciais, mas uma linguagem comum. Para conseguir isso, encontra-se à disposição uma linguagem comum, situada abaixo do limiar de diferenciação dos códigos especializados, a qual circula em toda a sociedade, sendo utilizada nas redes periféricas da esfera pública política e no complexo

parlamentar para o tratamento de problemas que atingem a sociedade como um todo. Por esta razão, a política e o direito não podem ser entendidos como sistema autopoieticos fechados. O sistema político, estruturado no Estado de direito, diferencia-se internamente em domínios do poder administrativo e comunicativo, permanecendo aberto ao mundo da vida. Pois a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada. Isso tudo porque o sistema de ação político está embutido em contextos do mundo da vida. (HABERMAS, 2003b, p. 84).

A aplicabilidade dos conceitos formulados por Habermas exige uma mudança cultural, mormente em países como o Brasil, onde está arraigada uma visão paternalista do Estado jungida a uma visão patrimonialista e autoritária, onde se instala uma democracia representativa na qual os cidadãos não se veem representados. Estes são óbices que precisam ser superados a partir de uma prática democrática participativa.

A busca do consenso exige necessariamente a participação popular, uma vez que como afirma Habermas (2003b, p. 84) “a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada”. Logo o processo discursivo deve ir muito além do âmbito institucional e chegar às ruas, ao povo, às associações, enfim, à sociedade como um todo, nos vários contextos do “mundo da vida”. A legitimidade da política e do direito somente se dará a partir deste efetivo processo participativo comunicacional.

Assim, a formação institucionalizada da vontade deve ser o resultado de um processo comunicativo que contempla tanto o Estado, como a sociedade civil e as associações. Conforme analisa Leal (2003, p. 855)

Os pressupostos fundacionais de uma Administração Pública Democrática e Comunicativa tomam como ponto de partida um conceito procedimental de poder político e social, em que há uma relação umbilical e necessária entre processo de democratização da sociedade e processo de transformação desta mesma sociedade, locus privilegiado da produção de relações e das possibilidades conceituais e operacionais do poder. Tal ponto de partida implica reconhecer que o processo de democratização do poder e da sociedade é permanente e longo, mediado, de um lado, por uma linguagem e comunicação política incluyente e aberta, e de outro lado, pela interação de instituições políticas tradicionais, pelos valores da esfera societária na qual se encontram estas instituições, e pelos movimentos sociais organizados ou espontâneos.

Neste sentido é que afirma Habermas(2003b, p. 23) sobre o poder político:

O poder disponível administrativamente modifica sua composição durante o tempo em que fica ligado a uma formação democrática do poder político. Independentemente disso, somente o sistema político pode “agir”. Ele constitui um sistema parcial, especializado em decisões que obrigam coletivamente, ao passo que as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo.

A democracia exige a participação popular ativa, influenciando a atuação política. E quanto à atuação dos tribunais no que concerne à administração pública? Habermas, apud Streck (2002, p. 138) “propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do Direito”. Habermas (2003a, p. 343) afirma que no republicanismo “perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político”. Em seguida afirma que o republicanismo não se transforma no advogado do autocontrole judicial, mas ao mesmo tempo “ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional” (HABERMAS, 2003a, p. 343). E, segundo Habermas, tal se dá devido ao fato de que nas democracias de massa do Estado social ocorre “uma política instrumentalisticamente desvirtuada, decaída.”. (HABERMAS, 2003a, p. 343).

No que se refere à atuação do tribunal constitucional afirma Habermas (2003a, p. 346-347).

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu atavismo ou automodéstia – não pode ser conduzida in abstracto. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (offensiv) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Habermas, portanto, ao mesmo tempo em que é a favor de um ativismo constitucional com o fito de compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a

realidade constitucional, se mostra resistente a uma atuação judicial que substitua a participação cidadã. No seu entender a democracia se constrói através de procedimentos comunicativos com ampla participação da esfera pública e da sociedade civil. Para ele, necessário se faz que sejam garantidas as condições do processo democrático, tendo em vista que ele não aceita a Constituição como uma ordem axiológica prévia, cujos valores devem ser descortinados pelos juízes, mas como um cenário para se promover um amplo debate, valendo-se de processos comunicativos, por meio dos quais os próprios cidadãos irão estabelecer o destino da comunidade. Sob esta ótica Habermas concebe a sociedade hodierna como sendo uma sociedade pluralista.

É certo que a teoria da ação comunicativa de Habermas é idealisticamente correta no que se refere à construção da democracia discursiva. Esta deveria ser construída através da participação comunicativa da esfera pública e da sociedade civil. Neste sentido certas atuações caracterizadas por protagonismo judicial poderiam ser vistas como atuações paternalistas por parte dos tribunais, substituindo o cidadão, ainda que com o intuito de proteger seus direitos, pois como observa Habermas (2003b, p. 84) “a integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos”. Entretanto, ao se considerar o contexto sóciopolítico brasileiro, as situações de exclusão social, de miséria, deficiência da formação educacional, falta de consciência e participação cívica, reduzida capacidade de mobilização política dos eleitores, nos parece que necessário se faz que os tribunais realizem, ainda que por um momento, o papel de um “tutor da cidadania”, nos termos da proposta republicana pontuada por Habermas. Nesse caso “a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional”, sob o risco de o desnível se manter intacto ou até mesmo aumentar. Como considera Appio (2004, p. 166), “a concepção de Habermas sobre a Constituição é válida no contexto brasileiro, desde que se considerem as limitações naturais de sua adoção no país”.

5. A judicialização das políticas públicas no Brasil

As decisões do Poder Judiciário determinando que o Poder Executivo adote medidas para tornar eficazes os direitos constitucionalmente assegurados têm sido recorrentes. Muitas são as ações propostas pelo Ministério Público exigindo do poder público o oferecimento de medicamentos, escolas, creches etc. Vejamos o Recurso

Extraordinário (RE-393175) DE 01/02/2006, do qual foi relator o Min. Celso Bandeira de Mello.¹

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CE, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RE CONHECIDO E PROVIDO. O presente recurso extraordinário busca reformar decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 94): "CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 2. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA." (grifei) Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maníaco-depressiva crônica) - a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (...) O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos,

¹ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF."(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 131/132), conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, restabelecendo, desse modo, por inteiro, a r. sentença proferida pelo magistrado estadual de primeira instância (fls. 64/69). Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator

Questionamentos têm sido feitos no sentido de verificar se a implementação de políticas por ordem judicial fere o princípio da separação dos poderes. Tal questionamento tem em mira uma pré-compreensão de que o Poder Judiciário não seria um órgão político, mas neutro, devendo o mesmo se ater a tão somente a aplicar a lei, a aplicar o direito, mas jamais a criá-lo. Ora, o Poder Judiciário cria o Direito, aliás, a jurisprudência é conhecida tradicionalmente como uma das fontes do direito.

O Poder Judiciário tem tomado decisões que tem reflexos diretos nas políticas públicas. Como se pode depreender da jurisprudência citada, o Estado do Rio Grande do Sul foi condenado a fornecer medicamentos a pacientes portadores de patologias decorrentes de esquizofrenia e quadros maníacodepressivos sob a alegação de que os interesses econômicos não podem prevalecer sobre o direito à saúde e à vida.

Ao tomar decisões desta natureza o STF interfere diretamente na condução das políticas públicas levadas a efeito pelos governos, uma vez que tais decisões terão impactos

econômicos nas finanças do Estado. Assim, ao obrigar os governantes a implementar políticas públicas previstas na Constituição, o Poder Judiciário cumpre sua função de dar efetividade às normas constitucionais. A judicialização das políticas públicas, nesse caso, deve ser vista como um dos meios de exercício do sistema de “freios e contrapesos” (checks and balances), no qual se reconhece a possibilidade de um poder controlar a atuação do outro quando houve abuso ou omissão no exercício de suas competências. Ademais, nos termos da jurisprudência infra, retratando sábia compreensão jurídica do Min. Celso Bandeira de Mello - (RE-393175) de 01/02/2006,

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.²

O que o STF fez foi garantir que a Carta Política fosse cumprida, uma vez que a saúde é um direito fundamental social. Assim, tal norma insculpida na Constituição não pode ser tomada como mera norma programática, sob pena de “fraudar justas expectativas” depositadas pela sociedade no Poder Público. Nesse caso, justo é que se invoque o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

Neste sentido o RE em Mandado de Segurança nº 11183/PR, no voto do Relator Ministro José Delgado:

Desciendi de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que ‘a saúde é um direito de todos e dever do Estado’ (art. 196).

Ora, nos parece totalmente inequívoco externar que o direito à saúde é um direito fundamental social, visto que, é possuidor de todas as características inerentes a estes direitos, haja vista o art. 5º, § 1º da CF/88, que insere a saúde no rol dos direitos fundamentais explicitamente. E caso surgisse alguma controvérsia a respeito, podíamos nos socorrer a norma do art. 5º, § 2º da nossa Lei Maior de 1988, ao qual, desencadearia o direito à saúde, embora não-escrito, como um direito fundamental implícito. (LEAL, 2006, p. 1528).

² <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

A Constituição é uma Carta Política, e cabe ao Poder Judiciário fazer que ela seja efetivamente aplicada. Neste sentido, não é possível separar o jurídico do político. É o que se depreende do magistério de Luís Roberto Barroso (2010, p 115):

A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política, como assinalam os autores mais ilustres.

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais acaba por estabelecer uma relação direta entre as esferas jurídica e política, possibilitando que o Poder Judiciário interfira nas políticas públicas objetivando a efetivação dos direitos sociais. É assim que após discorrer sobre os vários valores teleológicos dispostos na Constituição Federal como construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação conclui LEAL (2006, p. 1529):

Na verdade, esses postulados estão dispersos ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a esses indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isso é verdade, quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no país.

Isso me leva a crer na existência daquilo que vou chamar de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria. Considerando ainda crer, no particular, não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídico pátrio, resulta claro que a responsabilidade de que estamos falando aqui é,

diferenciadamente, pró-ativa dos poderes instituídos, merecendo imediata implementação.

Na aplicação do direito no caso de controle das políticas públicas o juiz se vale de princípios hermenêuticos, dentre eles os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade. Segundo Barroso (2010, p. 374-375)

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na idéia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade do atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.

A instrumentalização destes princípios torna possível a atuação do Poder Judiciário com vistas a corrigir eventuais distorções das políticas públicas, haja vista que se ao poder público cabe a discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas conforme a sua conveniência e oportunidade, deve-se observar que esta discricionariedade não se afigura de forma absoluta e irresponsável.

O Poder Público, por sua vez, procura rechaçar a possibilidade de controle de políticas públicas invocando o princípio da “reserva do possível”, a qual para Freire Júnior (2005, p. 73), se encontra dividida em um aspecto fático, caracterizado por um limite das possibilidades materiais do Estado, e um aspecto jurídico, fundamentado na necessidade de previsão orçamentária prévia para a implementação de políticas públicas. Neste sentido merece destaque o posicionamento de Gonçalves (2007, p. 65) sobre a reserva do possível para quem, em uma sociedade capitalista como a brasileira, tal instituto constitui-se em regra, quando, em verdade, deveria caracterizar-se como exceção, não devendo colocar-se como discurso da administração pública a justificar a não implementação de políticas públicas.

Logo, o que deveria ser uma exceção termina por se consolidar como regra, ou seja: o princípio constitucional da reserva do possível, que só deveria justificar a

contenção de gastos públicos para além do básico, termina por servir de justificativa para políticas de assistência social pouco comprometidas com a redistribuição de riquezas, alicerçadas em programas minimalistas, residuais e afastados das diversidades culturais e pessoais de cada família.

A existência ou não de recursos públicos gerou o desenvolvimento da teoria da “reserva do possível”, segundo a qual a realização e implementação dos direitos sociais estariam condicionadas à dependência dos recursos econômicos existentes, configurando a carência desses recursos “verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais (KRELL, 2002, p. 51).

Analisando a possibilidade e o poder de disposição do Estado quanto à alocação e aplicação de recursos, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 301) sustenta uma “dimensão tríplice” para a designada reserva do possível, no sentido de que a prestação reclamada pelo indivíduo frente ao Estado deve corresponder ao que razoavelmente pode ser exigido, mesmo que o Estado tenha disposição orçamentária. Para ele, essa dimensão deve abranger:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento(...) no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

O vínculo financeiro, subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado e à implementação gradual dos direitos sociais, é uma realidade. Entretanto, a “reserva do possível” não pode ser considerada de forma absoluta, tendo em vista o que se convencionou chamar de “mínimo existencial”. Tal se depreende do voto proferido pelo eminente ministro Celso Bandeira de Mello na ADPF n. 45 MC / DF – Distrito Federal de 19/04/2004³:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também despreza a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

(...) Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento

³ <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm>. Acesso em 30.12.2013.

de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. **É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.**(grifo nosso).

(...) Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

(...) Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator 1.

Do voto do ministro se depreende que, se por um lado deve-se considerar a "reserva do possível", de outro lado esta não deve ser invocada pelo Estado para se eximir do cumprimento das obrigações constitucionalmente impostas. Destarte, a reserva do possível constitui, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 302), uma "espécie de limite

jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos” em que é invocada a indisponibilidade de recursos para salvaguardar outro direito fundamental.

Depreende-se que as políticas públicas definidas constitucionalmente e legalmente devem proporcionar o fornecimento de prestações positivas. Por conseguinte, a teoria oriunda do direito constitucional alemão deve ser vista com adaptações à realidade de países em desenvolvimento como o Brasil, onde a implementação de políticas públicas notadamente sociais são ainda uma necessidade imperativa.

A efetivação de princípios, fundamentos e objetivos constitucionais como dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum só podem ser alcançados pela fixação do que se convencionou chamar de “mínimo existencial”. Tal afirmação implica que, além da proteção dos direitos individuais, é necessário assegurar ao indivíduo, por meio de prestações positivas do Estado, condições mínimas para a existência digna, sendo que a implementação de tais condições decorrem necessariamente de políticas públicas.

Luís Roberto Barroso estabelece relação direta entre o princípio da dignidade humana e o “mínimo existencial”:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (BARROSO, 2010, p. 337).

O relevante na discussão do “mínimo existencial” é que, sem tornar o direito inexecutável, permite que, ao ser exigida a sua implementação, se ultrapassem as questões que se refiram ao limites financeiros do Estado, pois o que se exige não é o impossível, mas somente o factível. Como exemplifica Andreas J. Krell, o direito ao trabalho como direito fundamental é impossível de ser exigido frente ao Estado, considerando que, em uma economia de mercado, o Estado não cria e distribui emprego, mas é factível exigir do

Estado medidas necessárias ou políticas públicas que residam “preponderantemente em políticas de formação profissional e medidas de fomento tributário para a iniciativa privada.” (KRELL, 2002, p. 55).

Da relação do princípio da reserva do possível e do princípio do mínimo existencial torna-se possível o estabelecimento de prioridades orçamentárias como condicionamento para a concretização dos direitos sociais.

6. Judicialização das políticas públicas e concreção da cidadania no Brasil

A concreção da cidadania no Brasil exige necessariamente a participação popular. Não se é possível imaginar uma concreção meramente verticalizada da cidadania, como se esta se realizasse historicamente como fruto de concessão de quem se encontra no poder.

A cidadania é resultado de uma conquista política e social e foi sendo construída e conquistada durante muito tempo, como resultado das lutas populares, das reivindicações, manifestações etc.

O Estado brasileiro, entretanto, se formou tendo como elementos nucleares o patrimonialismo e o personalismo, sendo que as relações sociais não foram mediatizadas pelas leis, mas com base em relações pessoais.

A concepção de cidadania implica no fato de que eu estabeleço uma relação de pertencimento a um espaço público e me defino em termos de direitos e deveres para com a nação, regida por uma Constituição. A ordem social deixa de ser regida por aspectos de personalidade e passa a ser regida pela lei, que deve ser aplicada a todos indistintamente, sem qualquer discriminação. Enfim, para que numa sociedade haja plena cidadania, necessário se faz que todas as relações sociais, políticas e econômicas estejam sob o império da lei. Todos devem ser tratados de forma igualitária, nos termos da lei. Entretanto, no Brasil se construiu uma concepção de cidadania baseada em relações de pessoalidade, o que subverte o sentido de cidadania conforme estabelecido na Constituição.

Esta dualidade é analisada por Roberto DaMatta. Ele procura realizar a leitura da sociedade brasileira pelo ângulo da casa e pelo ângulo da rua. Na primeira somos “supercidadãos”, podemos fazer o que queremos, somos ouvidos, somos pessoas. Já “leituras pelo ângulo da rua são discursos muito mais rígidos e instauradores de novos processos sociais. É o idioma do decreto, da letra dura da lei, da emoção disciplinada que, por isso mesmo, permite a exclusão, a cassação, o banimento, a condenação” (DAMATTA, 1992, p.19).

O que DaMatta procura desenvolver é a tese de que no Brasil, ao longo de sua história, desenvolveu-se uma cidadania dentro de casa que é diferente da cidadania na rua. O código da casa se fundamenta na amizade, no compadrio, na pessoa, enquanto que o código da rua se fundamenta em normas universais, abstratas, legais, formais. Dentro de casa somos reconhecidos, fora de casa somos desconhecidos.

DaMatta considera que no Brasil temos normas gerais, Constituição, Códigos etc., herança do liberalismo, e que portanto, deveriam ser aplicadas a todos sem distinção, de conformidade com a concepção de cidadania oriunda do liberalismo, por outro lado, o exercício da cidadania no Brasil na verdade ocorre de forma pessoal e relacional, ou seja, quando uma pessoa se vê numa situação em que a lei pode não lhe favorecer ou até mesmo prejudicá-la, ela então invoca em seu auxílio a questão pessoal, dizendo-se filho de fulano, parente de beltrano.

O mesmo autor procura mostrar que no caso do Brasil a tentativa do governo de impor normas de caráter geral a todas as pessoas encontrou forte resistência por parte dos grandes proprietários de terras e das pessoas livres de uma forma geral à época em que vigorava a escravidão e mesmo no período republicano em que dominavam os “coronéis”. Para o autor o individualismo brasileiro opera como reação às leis do Estado colonizador, ao contrário do individualismo norteamericano e anglosaxão que é criador de leis.

Segundo DaMatta, no Brasil, portanto, o que conta não é o indivíduo e o cidadão mas a relação:

Isso permitiria explicar os desvios e as variações da noção de cidadania. Pois se o indivíduo (ou cidadão) não tem nenhuma ligação com pessoa ou instituição de prestígio na sociedade, ele é tratado como um inferior. Dele, conforme diz o velho ditado brasileiro, quem toma conta são as leis. (DAMATTA, 1992, p.78).

DaMatta mostra que o termo “cidadão” é usado no Brasil sempre em situações negativas.

Com efeito, a palavra “cidadão” é usada sempre em situações negativas no Brasil, para marcar a posição de alguém que está em desvantagem ou mesmo inferioridade. Quando se diz: “o automóvel pertence àquele cidadão”; ou “o cidadão não tem todos os documentos em ordem”, sabe-se que o tratamento universalizante e impessoal é utilizado para não resolver e/ou dificultar a resolução de um problema. Neste contexto, nada é mais revelador do que a resposta invocadora da cidadania brasileira, no meio de um comício político tenso e proibido pela polícia. De fato, falar em alto e bom som que se é um cidadão brasileiro é sofrer, em situações como essas, penalidades brutais. Querer ser cidadão para fazer crítica ao governo é às vezes tão negativo quanto ter de ser um cidadão para poder ser preso e maltratado pela autoridade pública. Daí todo brasileiro estar certo de que, quando está numa delegacia de polícia, seus direitos políticos (e civis) ficam lá fora, na sua casa: junto aos amigos e colegas.

No mundo social brasileiro, o que sempre se espera em qualquer situação de conflito ou disputa é o ritual do reconhecimento, que humaniza e personaliza as situações formais, ajudando todos a hierarquizar as pessoas implicadas na situação. Quando isso pode ser feito de modo imediato, tudo se resolve com grande facilidade, não havendo nem mesmo o conflito. Pertence à nossa consciência social a distinção do tratamento por meio da regra geral (e dos seus respectivos papéis sociais) como um modo de negar ou inferiorizar alguma coisa ou alguém. Assim, invocar a lei universal é quase que um eufemismo para a negativa que jamais é dada utilizando-se como foco a justificativa pessoal. Deste modo, é comum ouvir-se o seguinte... “Bem...eu por mim até que poderia aceitar suas explicações, mas a *lei determina* este tipo de procedimento e eu não tenho escolha senão prendê-lo (ou multá-lo)!”

O cidadão é a entidade que está sujeita à lei, ao passo que a família e as teias de amizade, as redes de relações, que são altamente formalizadas política, ideológica e socialmente, são entidades rigorosamente fora da lei” (DAMATTA, 1988, p.80-81).

DaMatta conclui que as situações de pessoalidade oriundas do período colonial e imperial perpassaram pelo período republicano e continuam até os dias atuais, sendo um estorvo para o desenvolvimento de uma consciência de cidadania e sua efetivação.

Assim, não seriam apenas desembargadores do Brasil colonial que estariam usando sua influência para burlar as leis do mercado no período colonial, mas também hoje autoridades de todos os escalões governamentais usam sua relação com um cargo para deixar de cumprir as leis universais que teoricamente valem para todos, menos para eles [...] No fundo, vivemos em uma sociedade onde existe uma espécie de combate entre o mundo público das leis universais e do mercado; e o universo privado da família, dos compadres, parentes e amigos. É uma sociedade que tem formas diferenciadas de definição de seus membros, de acordo com o conjunto de relações que eles possam clamar ou demonstrar em situações específicas. Assim, se sou um cidadão na festa cívica da Independência e no comício político, não quero de modo algum ser *apenas* cidadão quando estou às voltas com a polícia num caso de roubo, ou tendo de tomar um empréstimo bancário ou, ainda, tendo de dar explicações junto ao Imposto de Renda. Aqui a primeira providência que tomo é no sentido de ser logo reconhecido, mas não como cidadão (DAMATTA, 1988, p. 85).

Falta a uma parcela significativa dos brasileiros um sentido de pertencimento, e sem este senso de pertencimento homens e mulheres não podem se reconhecer como cidadãos. Como não consegue reconhecimento pela mediação das leis instituídas, acaba-se buscando reconhecimento no outro, mormente em alguém que esteja numa situação mais elevada na hierarquia social. Tal caminho gera uma relação de dependência, de dominação.

Neste contexto, entendemos que a judicialização das políticas públicas no que tange à concreção de direitos fundamentais sociais se faz necessária em inúmeras situações, tendo como norte a dignidade da pessoa humana e sua condição de cidadão, de sujeitos de direitos, pois se ficar a depender tão somente da administração pública para a consecução dos seus direitos poderá vir a passar por graves privações.

Não se justifica, conforme já apresentado nas jurisprudências colacionadas, que a pessoa humana, que o cidadão, seja privado de ser atendido em suas necessidades essenciais, vitais, com risco até mesmo de sua própria vida, em razão do direcionamento do erário para outros fins.

Neste sentido, o Poder Judiciário, acaba por atuar como um “tutor da cidadania”, na medida em que faz com que princípios, normas e valores fundamentais sejam garantidos.

Considerações finais

O Estado, tendo em vista as transformações operadas em razão da globalização, sofreu significativamente uma relativização de sua soberania, tendo a própria concepção de territorialidade se transmudado em razão das empresas transnacionais e seu estabelecimento em vários territórios, com grande flexibilidade em seu fluxo de capital, exigindo e impondo políticas econômicas aos governos locais, além das grandes instituições financeiras internacionais (FMI, Banco Mundial etc), que impõe cada vez mais políticas econômicas recessivas aos governos que com elas contraem empréstimos, como se vê no momento em relação à Grécia e Portugal.

O Estado que antes funcionava num sistema de separação de poderes simétrico, onde um fazia as leis, outro governava e o outro julgava, sendo bem definidas suas funções, segundo a orientação do paradigma liberal dominante deu lugar ao Estado Social, tendo em vista as grandes mudanças levadas a efeito pela Revolução Industrial, advento do proletariado, do aumento da pobreza e miséria, da exploração do trabalhador. Competia, doravante, ao Estado não apenas o cumprimento de obrigações negativas, mas o de obrigações positivas, ou seja, proporcionar à população saúde, segurança, educação etc.

Ocorre que este modelo de Estado também foi superado em parte em razão da globalização, uma vez que o Estado passou gradativamente por um processo de privatização e terceirização de suas funções, sofrendo processos de desregulamentação. Além do que, várias regulamentações ocorrem fora do âmbito do Estado, como no caso das regras do mercado, da *Lex mercatoria*. Neste novo cenário o Estado sofreu um grande esvaziamento de suas funções, entretanto, ainda é a única instituição capaz de fazer frente à força do mercado e estabelecer forças de regulação objetivando proteger os interesses públicos.

As políticas públicas assumem neste novo cenário papel de grande relevância, pois é através destas que o Estado realiza objetivos teleológicos dispostos na Constituição Federal, bem como dá efetividade aos direitos sociais.

Na medida em que a administração pública não cumpre seu objetivo, tornando eficazes suas políticas públicas como instrumento de consecução dos direitos fundamentais sociais, promovendo a cidadania, e o Poder Judiciário é provocado, faz-se necessário sua atuação no sentido de fazer com que tais direitos sejam garantidos e efetivados, a bem da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Cumprindo salientar que o fenômeno da *judicialização das políticas públicas* no caso do Brasil faz-se necessário, tendo em vista as distorções existentes nas próprias políticas públicas e sua execução, que culminam por trazer flagrante prejuízo à população, inviabilizando a implementação de políticas públicas comprometidas com a realização dos fins sociais, bem como no sentido de assegurar que o *mínimo existencial* seja garantido aos cidadãos brasileiros, cumprindo desta forma o disposto na Constituição Federal.

Neste sentido, entendemos que, ainda que não seja o ideal, a judicialização das políticas públicas no Brasil consiste em um fenômeno que se justifica com o fito de corrigir distorções e promover a garantia de direitos constitucionais.

Referências

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese de doutorado em direito apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, NORBERTO. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 10ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política, vol. 1**, 5ª Ed., Brasília: UnB e Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et all. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAMATTA, Roberto. **A Casa & a Rua**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. Coleção **Temas fundamentais de direito**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Dias. **Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.

GARCIA, Rodrigo Sanches. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/COTSOOFBRLYF.pdf>
Acesso em: 28 de dez. 2013.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Política Pública da Assistência Social na Constituição Federal de 1988: do não direito ao direito negado. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**. São Luís: PGJ, nº 14: 51-70, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Ente facticidade e validade**. Tomo I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Ente facticidade e validade**. Tomo I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). **Políticas públicas e Desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise**. Brasília: UnB, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. “O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. A Efetivação do Direito à Saúde por Uma Jurisdição-Serafim: Limites e Possibilidades. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos, Tomo 6**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. 2ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

MANTOVANELI JÚNIOR, Oklinger. **Políticas Públicas no Século XXI. A Perspectiva da Gestão Multicêntrica [à luz da experiência de Porto Alegre]**. Blumenau: Edifurb, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I**. Coimbra: Almedina, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos. Tomo 8**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.