

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS DA RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E ATIVIDADE JURISDICIONAL SOB O PRISMA DWORKINIANO¹

Ledílson dos Santos Gutierrez²

Ana Mônica Medeiros Ferreira³

RESUMO

Trata-se da intervenção do Poder judiciário em espaços tradicionalmente conferidos aos Poderes legislativo e executivo, como forma de obtenção de uma maior efetividade dos direitos fundamentais burilados no texto da Constituição brasileira de 1988. Busca-se definir em qual medida este controle judicial é compatível com a democracia atualmente concebida. Baseia-se nos conceitos elaborados por Ronald Dworkin acerca de princípios, políticas públicas e democracia. Descreve-se a relação existente entre o exercício da democracia constitucional e a atividade jurisdicional na efetivação das políticas públicas dentro da realidade contemporânea e complexa de um Estado Social. Apontam-se casos concretos na jurisprudência nacional de intervenções do Poder judiciário nas políticas públicas brasileiras. O artigo em questão foi construído a partir de uma pesquisa teórica e bibliográfica, de caráter predominantemente dedutivo, utilizando-se a doutrina do direito constitucional e filosofia do direito. Tem-se da análise da pesquisa que, dentro de um padrão de natureza principiológica, as decisões do Poder judiciário, nas ações do legislativo e executivo, é o meio mais viável e somente devem ser tomadas com observância aos princípios constitucionais, através de uma interpretação moral, protegendo os direitos das minorias sem representatividade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle judicial de políticas públicas. Ronald Dworkin. Democracia.

ABSTRACT

This is the intervention of the judiciary Power in areas traditionally conferred on the legislative and executive Powers, as a means of achieving greater effectiveness of fundamental rights polished the text of the Constitution of 1988. The aim is to define to what extent this judicial review is compatible with democracy. This is based on concepts developed by Ronald Dworkin about principles, public policy and democracy. Discusses the relationship between the exercise of constitutional democracy and judicial activity in the realization of public policies within the complex reality and a State. Point to real cases in the national jurisprudence of intervention of the judiciary in brazilian public policy. The article in question was constructed from a theoretical and bibliographical research, of predominantly deductive character using the doctrine of constitutional law and philosophy of law. Extracts from the analysis of research that, in a pattern of a set of principles, the decisions of the Judiciary, in the actions of the legislative and executive, is the most feasible and should only be taken with

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: ledilson_sg@hotmail.com.

³ Professora Orientadora do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: anamonica@farn.br.

respect to constitutional principles, through an interpretation moral, protecting the rights of minorities without representation.

KEYWORDS: Judicial review of public policies. Ronald Dworkin. Democracy.

1 BREVE ANALISE HISTÓRICA: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A teoria da tripartição de Charles-Louis de Secondat, ou simplesmente barão de Montesquieu (1689 – 1755), representou o início de uma divisão funcional dos poderes na formação do Estado moderno.

Na busca de uma liberdade política, sob forte influência do pensamento iluminista, Montesquieu observou que em cada Estado existem três funções principais (a de legislar, a de executar as leis e a de julgar), as quais deveriam ser separadas em diferentes centros, combinando com a idéia de freios e contrapesos, numa clara finalidade de se evitar a concentração do poder na mão de uma monarquia.⁴

Montesquieu enxergava na separação dos poderes uma forma de o poder deter o poder. Essa visão se justifica pelo momento histórico que o pensador vivenciou: o Iluminismo. Nessa época, o papel do Estado era de criar condições para que cada um cuidasse de si e interesses próprios, não promovendo o bem-estar da população.

O Estado liberal, caracterizado pelo império da lei, deixou o homem livre para agir dentro de uma estrutura onde a virtude da livre concorrência e do não intervencionismo estatal imperava, pois o poder, antes absolutista monárquico, tornou-se limitado pelas liberdades conferidas aos homens e o direito positivo serviu de instrumento para medir essa liberdade.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247 – 248. Na obra, o autor menciona acerca da contribuição incorporada pela doutrina da separação dos poderes da Política de Aristóteles, que classifica as funções desempenhadas pelo Estado. “Na república ateniense (...) havia uma Assembléia, à qual era deferida a função deliberativa, numerosos magistrados, que detinham o poder executivo, e juízes independentes que compunham o tribunal, os *heliastas*. (...) Há, entretanto, uma diferença essencial. A função deliberativa é mais ampla que a função legislativa. Compreende, sim, legislar, mas também decidir da paz e da guerra, contrair alianças ou rompê-las, aplicar a pena de morte, de banimento e de confisco, bem como apreciar a prestação de contas dos magistrados.”

De acordo com Celso Ribeiro Bastos, citado por Nicole M. Facchini,⁵ o Estado liberal consistia um mal necessário, “insubstituível na prestação de algumas atividades para as quais o indivíduo isolado, ou voluntariamente associado, é impotente”, citando exemplos como a conservação da ordem interna, distribuição da justiça, defesa contra oponentes estrangeiros, aprovação e imposição dos ramos de direito.

No entanto, a liberdade e igualdade contemplada no Estado liberal sempre corresponderam a conceitos formais e não substanciais, conseqüentemente, tornando-a numa desigualdade de fato.

Na contemporaneidade, diante da sua complexidade, a realidade da separação dos poderes diferiu daquela inicial devido a fatores de diversas naturezas. Porém, deve-se essa mudança, principalmente, a democratização do poder e a intervenção do Estado no plano econômico-social.

Diante da falta de intervenção, até então, na vida social por parte do Estado, a partir da segunda metade do século XIX, passando pelo período pós primeira Guerra Mundial e, principalmente, pós segunda Guerra Mundial, viu-se a necessidade do surgimento de um Estado-intervencionista, onde os indivíduos careciam de uma postura ativa do Estado para obterem o pleno acesso a igualdade material. O Estado social.

A partir daí, verificou-se uma evolução para o que estamos vivenciamos hoje: um Estado democrático de direito que, ligado à idéia do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*)⁶, clama por uma maior participação da população nas atividades administrativas e maior controle dos três poderes instituídos.

A função prestacional do Estado configurou-se para o direito brasileiro, do ponto de vista constitucional, com o advento da Constituição Federal de 1988. Embora considere a separação dos poderes como uma *clausula pétrea*, imutável perante o poder constituinte derivado e insuscetível de ser abolida, também previu leis delegadas, por exemplo, rompendo com o princípio da indelegabilidade inerente ao conceito clássico da teoria.

As Constituições recentes, em sua maioria, pós segunda Guerra Mundial desconsideram a idéia de funções com caracteres científicos distintos da separação dos poderes, mas reconhecem a importância da experiência histórica da tese.

⁵ FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Controle judicial das políticas públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos poderes.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php>. Acessado em: 07 jan. 2010.

⁶ FERREIRA FILHO, Op. cit., p. 265. O autor explica a idéia do Bem-Estar Social como “aquela que corresponde à expectativa das comunidades governadas que têm em mira o bem-estar. O *Welfare State*, que está bem vivo, atende àquilo que o povo espera do poder”.

Os Direitos Sociais são aquele que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decente e condigna com o primado da igualdade real. Por tratar-se de direitos de segunda geração ou dimensão⁷, exigem do Poder Público uma atuação positiva na implementação da igualdade social dos indivíduos, principalmente aqueles que necessitam de amparo maior do Estado-providência.

Tais direitos de ordem social, ao alcançar o status de direitos fundamentais, passaram a exigir a sua real concretização através de políticas públicas desenvolvidas pelos chefes dos Poderes Executivos e Poderes Legislativos, numa tentativa de se efetivar aquilo que estava garantido na Carta Magna do país.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: UM BREVE CONCEITO NA PERSPECTIVA DWORKINIANA

Antes de aprofundarmos o tema do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as políticas públicas, necessário se faz conceituar o termo “política pública” e, para isso, nos valeremos da teoria dworquiniana, que traz formulações científicas básicas delineadoras sobre o assunto.

O jurista-filósofo contemporâneo estadunidense Ronald Dworkin estabeleceu distinções entre princípios e políticas, acreditando que são os princípios que devem nortear os juízes em suas decisões, pois estão ligados uma ordem moral superior e não em políticas.

Para o professor americano, chamamos de princípios o padrão de conduta (*standard*) que tem de ser alcançado por uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade e não porque assegure ou favoreça uma situação econômica, política ou social que se considere desejável. A esse padrão (*standard*) de favorecimento desejável, Dworkin chama de diretriz política.⁸

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 402 – 404. O autor define as gerações dos direitos como “períodos que demarcam a evolução das liberdades públicas”. Os direitos fundamentais de primeira geração prestígiam a prestações negativas do Estado com vistas à preservação do direito à liberdade. Os de segunda geração visam o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva garantindo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos difusos, tais como, o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, avanço tecnológico, são os direitos englobados pelos de terceira geração. Referimo-nos aos direitos fundamentais de quarta geração os relativos à informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, dentre outros ligados à engenharia genética.

⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 26

O conceito de política pública pode se agregar à idéia de diretrizes da Administração Pública, ainda mais se levarmos em conta que seu traço caracterizador consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade.⁹ Seja através de metas ou objetivos sociais, o fato é que, dentro do Estado democrático de direito, há exigências de ações prestacionais a serem desenvolvidas e realizadas pelo Estado-providência, ligado à idéia do Estado do Bem-Estar Social.

Assim, pode-se buscar definir políticas públicas como aquelas atividades prestacionais originadas pela intervenção estatal e desenvolvidas na sociedade com a finalidade de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, tendo por escopo a efetivação dos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, dentro do Estado democrático de direito.

3 COMPREENSÃO ACERCA DAS CONCEPÇÕES DE DEMOCRACIA

O Estado democrático de direito trouxe a tona o conflito existente entre os direitos individuais, surgidos com o pensamento iluminista, atingindo seu auge no final do século XVIII, e um direito solidarista, ligado à idéia do Estado de Bem-Estar Social, com o intuito de manter a pacificação na sociedade.

A democracia tradicional relaciona-se com o exercício do poder político através do sistema representativo, ou seja, os cidadãos (representados) optam por um modelo formal de representação política e social. No entanto, o modelo constitucional contemporâneo, aqui se inclui a Constituição brasileira de 1988, nos apresenta também uma democracia substancial, baseada nos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Essa idéia de democracia substancial é a base do Estado constitucional e democrático de direito, pois impõe a participação dos cidadãos (representados) na preferência do conteúdo e na executividade das políticas públicas. Desse modo, “todos os órgãos do Estado assumem a função de proteger os direitos fundamentais do cidadão, incumbindo ao Poder judiciário o

⁹ COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Cláusula da reserva do possível e o marco do Estado Democrático de Direito**. Revista de Ministério Público do Estado do Maranhão, v.1, n.1, jan./dez., São Luís, 2006. p. 178. A autora aduz que não se pode conceber mais a idéia de que somente o Estado seja fomentador de políticas públicas, haja vista a sociedade civil ganhar cada vez mais espaços de atuação no atual Estado democrático de direito. Por isso define políticas públicas como “medidas tomadas pelo Estado e/ou pela sociedade Civil com o escopo de, legitimamente, efetivarem direitos.

controle das ações e omissões do Estado que colidam com a proteção da dignidade da pessoa humana”.¹⁰

Ressalta-se que o sistema representativo não se encontra superado, haja vista estar expresso na Constituição brasileira e sua supressão colidiria com a Carta Magna. O que se defende é o alargamento de funções complementares a serem desenvolvidas pela sociedade, através da cidadania.

Para Dworkin, o conflito entre princípios constitucionais estáveis e a vontade da maioria, ou seja, democracia representativa e justiça, é aparente, pois defende “uma interpretação judicial de juízes não-eleitos, a partir de uma moralidade que pode ser da própria sociedade. (...) A democracia constitucional é compatível com uma concepção substancial dos juízes acerca dos valores morais, o que os autoriza a adotarem posições contramajoritárias” (APPIO, 2007, p. 30).

Dworkin afasta a dogmática positivista buscando uma teoria própria sobre o Direito, refutando a divisão absoluta entre Direito e Moral. Não crê na existência de um direito natural constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. Assim, o autor americano distingue a democracia em duas concepções: a majoritária ou procedimental, onde não é permitida uma posição contramajoritária dos juízes baseada na leitura moral da Constituição; e a constitucional ou substancial, onde se permite a limitação da vontade dos parlamentares por parte dos juízes através do controle de constitucionalidade, desde que o processo legislativo não respeite o direito de cada cidadão a um tratamento justo e/ou quebre o princípio isonômico¹¹.

A primeira concepção defende uma limitação do Poder judiciário frente aos processos democráticos, pois, segundo essa linha procedimentalista, o controle judicial danifica o exercício da cidadania ativa. Uma postura “paternalista” do Estado implica numa desagregação social e individual, porquanto o cidadão deixa de participar ativamente na formação da vontade política para torna-se um cliente, meros destinatários, do Poder judiciário.

O fator solucionador, dentro dessa perspectiva procedimentalista, é garantir constitucionalmente a existência de meios e procedimentos para que os cidadãos criem seus direitos. Ao judiciário resta somente dizer como decidir (procedimento), e não decidir

¹⁰ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba. Juruá, 2007. p. 27.

¹¹ APPIO, *Op. cit.*, p. 32. Ressalta, o autor, que “Dworkin empresta (...) uma grande importância à liberdade humana. Desse modo, a igualdade concebida por Dworkin não pode ser reconduzida ao conceito de igualdade material, que caracteriza os Estados sociais, mas sim uma igualdade instrumental de acesso a bens e serviços prestados pelo Estado, o que fortalece o debate em torno da discriminação positiva.”

(vontade política), uma vez que isso cabe aos cidadãos livres¹² da maneira que melhor lhes assentar. É a priorização da vontade da maioria (democracia majoritária) sobre a intervenção judicial nas políticas públicas.

A concepção substancialista de democracia é o oposto. Aqui, defende-se a atuação ativa do Poder judiciário como instrumento transformador da sociedade. Com uma maior participação nas questões políticas do Estado contemporâneo, o judiciário pode garantir às minorias sem representatividade política a chance de fazer valer-se na formação de decisões políticas, concretizando os direitos dos cidadãos e o exercício da democracia. É a democracia participativa.

Desse modo, na visão desse jurista-filósofo, a concepção substancial ou constitucional democracia busca raízes num discurso judicial de proteção dos direitos das minorias a partir de uma leitura da moralidade da sociedade.

4 ASPECTOS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O PRISMA DWORKINIANO

Dada a complexidade do mundo contemporâneo, inúmeras questões de natureza estritamente política são levadas ao exame do Poder Judiciário. Desse modo, exige-se um Judiciário mais participativo, capaz de decidir conflitos diversos que surgem em sociedade.

4.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DE RONALD DWORKIN

Dentro do padrão de natureza principiológica, as decisões do Poder judiciário somente devem ser tomadas com observância aos princípios constitucionais, conferindo ao Direito

¹² VERBICARO, Loiane Prado. **A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Disponível em: < <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Loiane%20Prado%20Verbicaro.pdf>>. Acessado em: 21 dez. 2009. A autora lembra que “essa atuação engajada dos indivíduos como sujeitos construtores da formação da vontade política requer uma cultura de liberdade capaz de produzir democraticamente o consenso – o que dificilmente se verifica nas sociedades contemporâneas, principalmente nos países periféricos.”

uma integridade, ou seja, buscando no modelo político fundado na isonomia as resoluções judiciais. Caso contrário, estaríamos diante de uma afronta ao sistema representativo.

A Constituição como integridade, garante a indisponibilidade dos direitos e liberdades fundamentais, tornando prescindível uma alteração das funções originais do Poder judiciário. Essa alteração acaba por acrescentar à função judiciária o exame e a decisão sobre o poder de legislar em determinados aspectos.

Nas democracias contemporâneas, de acordo com Dworkin, admite-se a revisão judicial (*judicial review*), instituto o qual garante que as “questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípios e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura.”¹³

Porém, ressalta-se que, sendo o judiciário responsável pela limitação da própria jurisdição, deverá medi-la através de uma interpretação constitucional e não na ideologia de cada juiz, sob pena de inviabilizar um controle efetivo por parte da sociedade.

Portanto, a revisão judicial, em nome dessa integridade da Constituição, autoriza os tribunais a declarar a inconstitucionalidade das normas que sejam incompatíveis com os princípios contemplados na constituição.

Sobre o assunto, vale destacar as palavras de Klaus Günther, citado por Eduardo Appio (APPIO, 2007, p. 35), ao afirmar que

Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que freqüentemente de modo implícito. Esta argumentação de Dworkin é conseqüente, porque, no âmago, direitos são de natureza moral, portanto inacessíveis à intenção positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e considerações iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade.

Por diversas oportunidades, o Poder judiciário acaba por introduzir-se em questões eminentemente políticas, não com o intuito de quebrar os limites e desafiar os ideais democráticos, mas para garantir os direitos fundamentais, que são requisitos de uma democracia.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 102.

Reconhece-se a existência de padrões normativos das políticas quando, muitas vezes, os juízes recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões para resolver conflitos judiciais.¹⁴

Assim, o professor estadunidense considera que as políticas são meios de viabilizar argumentos jurídicos persuasivos para solução de *hard case*, uma vez que integram o sistema jurídico.

A legitimidade da atuação dos tribunais, desse modo, se fundamenta na capacidade de deduzir princípios morais da própria Constituição, pois, ao atuar no âmbito político, o Poder judiciário não invade a esfera dos outros poderes, apenas garante a respeitabilidade da Lei Maior, primando pela supremacia da Constituição.

4.2 SERÁ O MEIO ADEQUADO PARA A GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO?

Dworkin não tem dúvida que o poder está nas mãos do povo, no entanto acredita existir imperfeições na democracia no que diz respeito à igualdade, pois as minorias (pobres) são desprovidas de participação nos processos democráticos de formação da vontade política. Normalmente, os ricos exercem maior influência sobre o Poder legislativo, proporcionando-lhes maiores vantagens em detrimento da camada social oposta e é por isso que há probabilidade de que a igualdade democrática sofra restrições severas.

A solução encontrada dentro da teoria dworkiniana é a transferência de atribuições institucionais do Poder legislativo ao Poder judiciário. Só assim, os indivíduos, outrora excluídos dos processos democráticos, terão acesso ao poder político. Baseia-se na idéia de que os legisladores, na maioria das vezes, estão sujeitos a pressões políticas em que não estão sujeitos os magistrados, pois estes não carecem de apoio político para manter-se no poder enquanto que aqueles temem a insatisfação popular gerada pelo seu desempenho.

Assim, o jurista-filósofo defende um papel ativo do Poder judiciário nas democracias contemporâneas, pois a via de acesso ao judiciário garante a grupos minoritários a possibilidade de reivindicação pela preservação dos seus direitos, haja vista os magistrados

¹⁴ SOUZA, Pedro Ivo de; COURA, Alexandre de Castro. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Disponível em : <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acessado em: 09 set. 2009.

serem guiados, mesmo nos *hard cases*, por argumentos de princípios decorrentes da moralidade política e não de política apenas, como faz o Poder Legislativo.¹⁵

No entanto, nos lembra Loiane Prado Verbicaro (2009) que o próprio Dworkin aduz que o controle judicial sobre os atos do Poder legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático de poder, mas tão somente um instrumento viável e que se mostra eficiente na realidade norte-americana.¹⁶

Trata-se de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da legitimidade deste, não serão violados (VERBICARO, 2009).

5 CASOS CONCRETOS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

A complexidade da sociedade contemporânea brasileira impõe que sejam concebidas, a partir de necessidades locais e coletivas, novas instâncias de comunicação social. A Constituição brasileira de 1988, sob um prisma de Estado democrático de direito, traz em seu bojo diversos exemplos de instrumentos de democracia participativa, tais como: art. 10; art. 11; 14, I, II, III; art. 18, §§ 3º e 4º; art. 31, § 3º, art. 37, § 3º; art. 74, § 2º; art. 194, VII; dentre outros.¹⁷

Tais normas constitucionais legitimam a participação da população na Administração Pública e, por conseguinte, o controle de legalidade dos atos públicos por parte do judiciário nas diversas esferas da federação brasileira. Desse modo, acaba, por muitas vezes, diminuindo a discricionariedade do administrador.

¹⁵ DWORKIN, *Op. cit.*, p. 46-50. O autor critica o positivismo por discordar da discricionariedade judicial aplicada quando não há uma norma exatamente aplicável ao caso concreto, principalmente nos casos difíceis (*hard case*). Segundo ele, essa tese positivista não resguarda de maneira adequada o respeito aos direitos fundamentais, deixando-os desprotegidos e à mercê dos juízes.

¹⁶ APPIO, *Op. cit.*, p. 32. “não se pode olvidar, contudo, que Dworkin escreve a partir da experiência judicial norte-americano, utilizando-se de precedentes nos quais a busca de um princípio substancial de democracia impunha uma verdadeira atividade criadora, o que de modo algum se presta a uma universalização plena dessa experiência.”

¹⁷ BRASIL. **Constituição Federal (1998)**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: 10 jan. 2010.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Urbano Ruiz,¹⁸ demonstra, através de casos concretos, a problemática da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais.

Achamos oportuno transcrevê-las, pois são auto-explicativas e exemplificam o assunto abordado.

Ação Civil Pública. Duplicação de Rodovia Federal. Intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública. Possibilidade. Antecipação de tutela. A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativamente à duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência. TRF- 4ª Região, Agravo Regimental no AI número 200404010145703- SC- julgado em 23.06.2004, Relator Juiz Edgard. A. Lippmann Junior.

Ação Civil Pública. Direito do Consumidor. Correta informação acerca dos riscos e potenciais danos que o consumo de bebidas alcoólicas causa à saúde. Inscrição necessária nos rótulos de bebidas alcoólicas. É possível e exigível do Judiciário impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor (art.6º, II, III e IV, da Lei 8.078/90), pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição. Condenada a ré União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território pátrio, do teor alcoólico e do alerta em expressão, gráfica adequada, de que “O ÁLCOOL PODE CAUSAR DEPENDÊNCIA E EM EXCESSO É PREJUDICIAL À SAÚDE” E A ABRABE a EXPEDIR ESSA INFORMAÇÃO A TODAS AS SUAS ASSOCIADAS E COMUNICAR AOS DEMAIS PRODUTORES DE ALCOÓLICOS, QUANTO À NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO. TRF- 4ª Região, AC- Apelação Cível número 478166). Processo número 200204010006100. UF:PR. Órgão Julgador: 3ª Turma. Julgado em 27.05.2003. Relatora Juíza Marga Inge Barth Tessler.

Outros exemplos são trazidos pelo desembargador. Um trata especificamente do meio ambiente, onde aconteceu um

¹⁸ RUIZ, Urbano. **A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 6, número 1, p. 11 a 18, julho/dezembro 2005.

lançamento de esgotos domésticos sem tratamento de resíduos industriais em curso d'água que abastece a população - Legitimidade passiva do Município - Responsabilidade solidária com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou convênio para realização do serviço de coleta de esgoto urbano- Ação julgada procedente para condenar concessionária e município a tratarem os efluentes antes lançados no curso d'água. (RUIZ, 2005, p. 14)

A questão do ensino público também é citada. Vejamos o exemplo abordado:

A Delegacia do Ensino da cidade de Rio Claro, no interior do Estado de São Paulo, informou ao promotor de Justiça que, no ano letivo que se aproximava o de 1998, faltariam cerca de 500 vagas na primeira série do ensino fundamental. Muitas crianças não teriam acesso escola. A instituição documentou os fatos e promoveu ação civil pública para obrigar o prefeito a criar tais vagas, já que a Constituição Federal, nos arts. 211 e 212, obrigava a Municipalidade a atuar prioritariamente no ensino fundamental, investindo 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos. Bem por isso, obrigatório o ensino fundamental, gratuito (art.208), sem que qualquer criança pudesse ficar sem escola (ECA, art. 208), tanto que os pais seriam responsabilizados criminalmente caso deixassem de matricular os filhos (Código Penal, art.246). O procedimento não previa audiência preliminar de conciliação, mas ela foi designada, ganhando o fato repercussão na imprensa. Embora o alcaide relutasse em criar aquelas vagas, a liminar foi deferida e o chefe do executivo municipal terminou por permitir que aquelas crianças tivessem acesso ao ensino público, sem contestar a ação.

Também há casos concretos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Aqui trazemos duas jurisprudências abordando a questão da proteção ambiental e esgotamento sanitário respectivamente. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR, QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. CORDÕES DUNARES DOS GUARAPES E FELIPE CAMARÃO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DANO AMBIENTAL. COMPROMETIMENTO DO LENÇOL FREÁTICO. REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA CARACTERIZADOS. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA.

1 - Diante da inércia do município no sentido de evitar a ocupação irregular em área de proteção ambiental, cabe ao Poder Judiciário, por provocação do Ministério Público, intervir determinando as medidas adequadas ao caso.

2 - A ocupação irregular na área compromete o ecossistema local, além de contaminar o lençol freático, responsável pelo abastecimento de 70% da zona sul de Natal. 3 - Recurso conhecido e improvido.

(TJRN, Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2001.002976-1, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Cláudio Santos, Publicação: 12/11/2004).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECISÃO SINGULAR QUE DETERMINOU QUE O MUNICÍPIO DE NATAL E A CAERN IMPLANTASSEM, NO PRAZO DE 09 MESES, O SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO EM TODA A SUBZONA DE USO RESTRITO, SZ2, DA ZPA DO CAMPO DUNAR EXISTENTE NOS BAIRROS DE PITIMBU, CANDELÁRIA E CIDADE NOVA, DEFINIDA NA LEI MUNICIPAL Nº 4.664/95 - JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS - LESÃO OU AMEAÇA A DIREITO QUE POSSIBILITA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA (ART. 5º, XXXV DA CF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS AGRAVANTES (ARTS. 26, VI E 30 DA CF) - NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA – DEVER DO ESTADO EM GARANTIR A SAÚDE E UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO AOS CIDADÃOS. 1 – É possível que o Poder Judiciário determine a implementação de políticas públicas tendentes a garantir direitos fundamentais à população, quando flagrante a omissão estatal, sem que isso signifique ofensa aos Princípios da Separação dos Poderes e da Legalidade Orçamentária. 2 – O Direito à Saúde e ao Meio Ambiente equilibrado é garantia constitucional à população, devendo o Poder Público envidar esforços para a concretização de tais objetivos.

(TJRN, Agravo de instrumento nº 2008.006307-5, 2ª Câmara Cível, Rel. Juíza Maria Zeneide Bezerra (Convocada), julgamento: 25/11/2008)

Diante das inúmeras necessidades que a sociedade brasileira passa, é de se notar que a provocação do judiciário para demandas relacionadas à implementação das políticas públicas é baixa. Apesar disso, como vimos, questões desse tipo têm freqüentado a jurisprudência e a doutrina nacional. A determinação judicial para compra de medicamentos especiais, construção de obras públicas, a fixação de valor de tarifas públicas são outros exemplos dessa nova realidade.

5.1 A QUESTÃO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

Não poderíamos deixar de abordar, ainda que de forma sucinta, a questão da reserva do possível diante de decisões judiciais direcionadas à Administração Pública nacional.

Os governos argumentam que o Poder Judiciário não pode definir os valores e nem indicar recursos destinados a um determinado programa social, pois isso depende da vontade do Poder executivo, que, por sua vez, encaminha a lei orçamentária anual ao Congresso Nacional, o qual tem a incumbência de aprová-la e, até mesmo, de emendá-la.

A chamada “reserva do possível” ocorre quando os gastos do governo estão previamente limitados por suas receitas. Coloca a idéia da limitação orçamentária face às promoções da efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos.

É um conceito bastante difundido no mundo jurídico e de origem alemã. Surgiu na Corte Superior desse país, o qual não aceitou a tese de que o Estado estaria obrigado a criar quantidade suficiente de vagas universitárias na rede pública para atender todos os candidatos. A partir daí, essa teoria universalizou-se e chegou no Brasil. Doutrinadores brasileiros, baseados na referida tese, porém sem a necessária adequação fática, defenderam a impossibilidade da apreciação do Poder judiciário nos caso de direito fundamental social, haja vista a dependência de orçamento público e políticas de responsabilidade apenas do legislativo e executivo.

Essa teoria tem servido de justificativa para a ausência de concretização das políticas públicas no Brasil.

Sobre o tema, o Ministro Celso de Melo se pronuncia, de forma sensata, no julgamento da ADPF nº 45/2004:¹⁹

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.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF, 45/2004**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acessado em: 21 dez. 2009.

Portanto, salvo a necessidade do justo motivo objetivamente aferível para isentar a Administração Pública, de forma extraordinária, o ministro ressalta que deverá a mesma atuar com consonância os direitos garantidos pela Carta Magna.

Apesar desse entendimento, a intervenção do Poder judiciário nas formulações e execuções de políticas públicas atribuídas aos Poderes legislativo e executivo no Brasil ainda é motivo de muita discussão, pois não é uma matéria pacificada na jurisprudência nacional. A doutrina tem se dividido quanto à sua admissibilidade e seus limites.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propunha-se alcançar a problemática acerca do controle exercido pelo Poder judiciário, dentro do exercício de suas funções e sob o prisma do Estado democrático de direito, sobre as políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes: o legislativo e o executivo.

À luz do pensamento de Ronald Dworkin, podemos concluir que a sua teoria acerca da democracia, contribui de forma importante para a tese da revisão dos atos políticos pelos tribunais, trazendo formulações científicas básicas delineadoras do assunto.

A primeira é a conceituação do termo “política pública”. Através dela, constata-se que o ordenamento jurídico não está formado apenas por regras, mas também por princípios e políticas que apuram o ordenamento. Dworkin diferencia os dois últimos e define política como um tipo de padrão de comportamento que estabelece finalidades a serem alcançadas. Tais finalidades, em geral, podem ser melhorias no setor da economia, político ou social da comunidade.

Já os princípios são um padrão de comportamento que tem de ser alcançado por uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade, predominando em caso de colisão com alguma regra.

Desse modo, no atual Estado democrático de direito e sob a perspectiva dworkiniana, a democracia só prospera quando se admite a interpretação dos tribunais, a partir de uma moralidade que pode ser da própria sociedade. É a concepção substancialista ou constitucional da democracia que legitima a expansão da atuação ativa do judiciário nos processos decisórios

de revisões nas democracias recentes, através de revisões judiciais de ações legislativas e executivas.

Essa maneira tem-se encontrado como a mais viável para que o Poder o judiciário garanta às minorias sem representatividade política a chance de contribuir ativamente na formação de decisões políticas.

Portanto, temos a concepção substancial ou constitucional da democracia baseada num discurso judicial de proteção aos direitos das minorias a partir de uma leitura da moralidade da sociedade, que apenas os juízes são capazes de fazer por vivenciarem mais de perto os conflitos da sociedade e estarem desimpedidos de qualquer pressão política para permanecerem no poder, concretizando, desse modo, a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos e a manutenção dos princípios democráticos.

O controle judicial de políticas públicas é admitido na democracia contemporânea a partir do momento que os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos são violados, seja através de um tratamento injusto ou da quebra do princípio isonômico. Sem a observância aos princípios constitucionais, o Poder judiciário perde a legitimidade para atuar ativamente nas decisões tomadas pelos demais poderes. De maneira contrária, se estaria afrontando o sistema representativo, pois uma interpretação judicial de juízes não-eleitos numa questão onde não há violações à princípios constitucionais, enfraqueceria a democracia e colidiria com o princípio da separação do Poderes.

No Brasil, a Constituição brasileira de 1988, traz em seu texto exemplos de instrumentos de democracia participativa, tais como, a ação popular, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, dentre outros.

São esses tipos de normas que trazem a legitimidade da participação popular na formulação de políticas públicas e, por consequência o controle de legalidade por parte do Poder judiciário na democracia brasileira.

Apesar do número considerado reduzido de controle judicial de políticas públicas no Brasil, diante da diversidade de dificuldades que a população enfrenta nas diversas regiões e a necessidade de efetivação de seus direitos constitucionais, o cenário jurisprudencial nacional tem recebido freqüentes casos concretos, apesar do assunto ainda ser bastante dividido na doutrina nacional e guardar um amadurecimento maior.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba. Juruá, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Constituição (1998)**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: 10 jan. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF, 45/2004**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.gov.br>>. Acessado em: 21 dez. 2009.
- COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Cláusula da reserva do possível e o marco do Estado Democrático de Direito**. Revista de Ministério Público do Estado do Maranhão, v.1, n.1, jan./dez., São Luís, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- RUIZ, Urbano. **A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 6, número 1, p. 11 a 18, julho/dezembro 2005.
- FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Controle judicial das políticas públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos poderes**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php>. Acessado em: 07 jan. 2010.
- SOUZA, Pedro Ivo de; COURA, Alexandre de Castro. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acessado em: 09 set. 2009.
- VERBICARO, Loiane Prado. **A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Loiane%20Prado%20Verbicaro.pdf>>. Acessado em: 21 dez. 2010.