



**UNI-RN
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
POS GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
TURMA 5
THIAGO FRANCO FREITAS DA SILVA**

CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO

**NATAL
2014**

UNI-RN
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
POS GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
TURMA 5
THIAGO FRANCO FREITAS DA SILVA

CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Artigo Científico apresentado à
**UNI-RN CENTRO UNIVERSITÁRIO DO
RIO GRANDE DO NORTE** requisito
para a conclusão do Curso de
Especialização em Direito
Processual Civil, orientado pelo
professor:

Profº. Doutor Luciano Nascimento
Silva

NATAL
2014

CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Thiago Franco Freitas da Silva¹

RESUMO: Este estudo objetiva analisar a possibilidade do Poder Judiciário exercer um controle sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, como forma de se obter uma maior efetividade dos direitos fundamentais esculpidos no texto da Constituição Federal. Analisando o sistema jurídico e seus elementos, pretende oferecer um conceito democrático de um, Estado mais ativo no tocante a concretização das políticas públicas, que reflita a complexidade social que vive o Estado contemporâneo, ampliando a noção da responsabilidade pela implementação e execução das políticas públicas. Assim, o presente artigo, além de examinar a adequação dos juízes, tem o objetivo de analisar os limites e possibilidades da atuação dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas, investigando seus mecanismos processuais de controle.

PALAVRAS CHAVES: POLÍTICAS PÚBLICAS – CONTROLE JUDICIAL –
– ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT: This study aims to analyze the ability of the Judiciary to exercise control over public policies developed by the State as a means of achieving greater effectiveness of fundamental rights carved in the text of the Constitution. Analyzing the legal system and its elements, intend to offer a democratic concept of one state more active regarding the implementation of public policies that reflect social complexity that lives the contemporary state, expanding the notion of responsibility for the implementation and execution of public policies . Thus, this article, while examining the adequacy of judges, aims to analyze the limits and possibilities of action of the Courts of Accounts in control of public policies, investigating its procedural control mechanisms.

KEYWORDS: PUBLIC POLICIES - JUDICIAL CONTROL -
- DEMOCRATIC STATE LAW.

Sumário: Introdução – 1. Controle de Políticas Pública – 1.1 Considerações iniciais – 2. A Atuação do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas – Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos”
Hannah Arendt

INTRODUÇÃO

A concretização dos direitos fundamentais constitui desígnio fundamental e

¹ Advogado. Pós Graduando em Direito Administrativo na UFRN. Pós Graduando em Direito Processual Civil na UNIRN.

obrigação inafastável do Estado Democrático de Direito. Com efeito, dar eficácia às garantias constitucionais constitui assegurar a força normativa da Constituição e seu papel como ordenamento fundamental de uma sociedade. Ocorre que as sociedades lidam diariamente com a carência de recursos para traduzir os preceitos constitucionais em realidade para a população brasileira.

Nesse contexto, as políticas públicas adotadas de modo a promover direitos e aplicar recursos escassos ocupam lugar central no desenho institucional das democracias constitucionais. De fato, todas as etapas de formulação e implantação de uma política pública são fundamentais para que a sociedade tenha seus direitos afirmados e promovidos pelo Estado. Tendo em vista sua importância, todas essas etapas devem ser articuladas de maneira adequada. Em outros termos, escolher e executar a política pública adequada significa conferir completa eficácia aos direitos fundamentais e, portanto, à Constituição.

Dentro dessa problemática de efetivação dos direitos fundamentais, a categoria dos direitos sociais oferece aspectos cuja peculiaridade dificulta a elaboração de políticas públicas e, principalmente, seu controle. Isto porque os direitos sociais apresentam uma estrutura que exige do Estado prestações positivas, incrementando sobremaneira os seus custos². Além disso, o modo coletivo desses direitos constitui uma dinâmica em que as decisões atinentes a determinada área repercutem intensamente na alocação de recursos dedicados aos demais direitos.

Ocorre que, diante de uma estrutura constitucional em que o controle de um ente por outro é pressuposto do seu regular funcionamento, pontos vitais como a formulação e execução de políticas públicas devem ser reavaliados invariavelmente. Nesse sentido, a questão de quem e como esse controle deve ser feito é preponderante em nosso cenário constitucional.

² Estudos desenvolvidos por Sunstein e Holmes no livro “The Cost of Rights” demonstram que todos os direitos têm custos. Assim, o fato de um direito de primeira geração exigir uma abstenção do Estado não o exime de gastos assecuratórios, principalmente na manutenção das instituições estatais - como o Judiciário - responsáveis por garantir seu livre exercício. Este tema será objeto de debate ao longo do presente trabalho, mas por ora cumpre ressaltar que os custos na manutenção das instituições são sustentados por todas as categorias de direitos, enquanto os direitos sociais exigem um agir específico para a sua promoção. Nesse sentido, o direito à saúde, por exemplo, exige a manutenção do Poder Judiciário (comum a todos os direitos) e a construção de hospitais (necessária especificamente para esses direitos).

O Poder Judiciário tem assumido com destaque essa função de controle, elaborando decisões que, ao buscar a efetivação de direitos fundamentais, se transformam em verdadeiras políticas públicas ou interferem significativamente nas mesmas. Não obstante a importância da jurisdição na proteção das garantias fundamentais, bem como sua inafastabilidade (prevista como garantia fundamental no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), o Judiciário pode não ser o ente mais adequado para exercer semelhante papel no que diz respeito às políticas públicas.

Com efeito, elas trabalham com diversos conceitos de outras áreas do conhecimento que escapam da tradicional formação dos juristas, desenvolvendo uma verdadeira carência de recursos técnicos e institucionais para um adequado controle. Neste ponto, vale ressaltar a falta de conhecimento, por parte dos juízes, de conceitos econômicos, que são fundamentais para uma análise pertinente da efetividade e viabilidade de uma política pública³.

Ademais, o próprio *modus operandi* do Direito, por meio de seus instrumentos processuais, leva a um tipo de estudo inadequado para a apreensão do desenvolvimento das políticas públicas. Com efeito, o juiz exerce uma análise inadequada do problema concreto, sem atentar para o contexto amplo da política pública na qual esse caso individual está inserido.

Nessa linha de raciocínio, é possível depreender, também, que a perspectiva que embasa a atividade do juiz não envolve a idéia de que, dada a escassez de recursos, o formulador de políticas públicas deve fazer escolhas no momento de efetivá-las. Em outros termos, o juiz, ao decidir um caso fornecendo um medicamento, por exemplo, não tem a visão ampla de planejamento e, conseqüentemente, não tem a preocupação de como os recursos orçamentários serão manejados de forma a cumprir sua decisão.

³ Essa carência de conhecimento de conceitos econômicos está atrelada, principalmente, à forma como são estruturados os currículos dos cursos de Direito no Brasil, sem uma adequada construção do conhecimento interdisciplinar – notadamente com relação à Economia, que pode contribuir fortemente para uma melhor formação do jurista.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar os limites de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

1 – O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1 - Considerações Iniciais

Tendo em vista a importância assumida pelas políticas públicas na efetivação dos direitos sociais, a questão do controle dessa ação governamental adquire fundamental destaque, principalmente em face das peculiaridades da estruturação dos direitos sociais.

Assim, é imperativo que o processo de formulação e execução de políticas públicas seja, em todas as suas etapas, objeto de debate e correção, sob pena de negligência em relação a direitos fundamentais e, em última instância, da Constituição, bem como de desperdício de dinheiro público. Em outras palavras, suprimir o controle significa suprimir recursos e direitos.

Por conseguinte, o controle social exercido por movimentos sociais, mídia e organizações da sociedade civil, representa instância deliberativa fundamental em que a população seleciona as finalidades prioritárias e suas respectivas políticas públicas. Essa espécie de controle pode ocorrer tanto nas vias informais de discussão do cotidiano – como programas televisivos, artigos de jornal e passeatas -, quanto nos canais abertos pelo poder público, como as audiências públicas realizadas por agências reguladoras.

Além desse controle, o próprio Poder Legislativo, por meio da edição de atos normativos, estabelece correções nas políticas públicas formuladas. Não se pode esquecer que esse poder fixa a despesa e estima a receita por meio do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, bem como impõe limites financeiros ao poder público⁴.

⁴ Nesse sentido, o art. 52 da Constituição Federal de 1988 preceitua que Compete privativamente ao Senado Federal: (...) V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; VI - fixar, por proposta do Presidente da

Outrossim, o Poder Legislativo também exerce controle relevante por meio de comissões permanentes e temporárias. Nesse contexto, vale citar o mecanismo de controle consubstanciado nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que podem ser efetivas para o controle de políticas públicas. Com efeito, as CPIs apresentam poderes de investigações próprios das autoridades judiciais, permitindo exame aprofundado dos temas submetidos a sua análise. Nessa direção, cumpre transcrever o magistério de Paulo Gustavo Gonet Branco:

De pouco adiantaria que fosse previsto o direito de o Congresso Nacional investigar se não estivesse aparelhado, normativamente, para a função. Por isso, a Constituição em vigor resolveu que as CPIs dispõem dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Desse modo, e com base também nas previsões expressas da Lei n. 1.597/52, art. 2º, cabe às CPIs determinar as diligências que estimar necessárias, convocar Ministros de Estado, tomar depoimentos de qualquer autoridade, ouvir indiciados e testemunhas, estas sob compromisso, requisitar informações e documentos de órgãos públicos, transportar-se para qualquer lugar em que considere necessário estar.

(...)

As CPIs têm sido vedetes do noticiário político – e até policial

– dos últimos tempos. Ostentam um vasto potencial positivo. Por meio delas, vêm à tona realidades que, de outra forma, não emergiriam ao debate público, não obstante merecerem atenção legislativa. A vida política do País tende a ser depurada com o trabalho conseqüente das Comissões Parlamentares de Inquérito⁵.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por sua vez, também possui

República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 1003

diversos mecanismos (como processos de tomada de contas e as representações) de controle e correção dos investimentos públicos.

Não obstante essa pluralidade de instâncias de controle, a qual constitui fator primordial, para a concretização do Estado Democrático de Direito, é a questão atinente ao papel assumido pelo Poder Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas que enseja debates acerca de seu cabimento e adequação. De fato, os juízes passaram, ao longo do século XX, por uma mudança de posicionamento no desenho institucional, representada por uma gradual desneutralização de sua atuação, que deixa de ser aquela tradicional subsunção do caso concreto à lei, para figurar como agente transformador da sociedade.

Com efeito, esse fenômeno é maximizado pela concretização do controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário⁶, o qual se afirma como esfera preponderante na conformação da sociedade. Sendo assim, de modo a desenvolver a idéia por trás desse processo de concentração de poder nos juízes, é interessante transcrever o ensinamento do Ministro Gilmar Mendes em artigo analisando a figura do apelo ao legislador na Corte Constitucional Alemã:

A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o *déficit* de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos denotadores de uma mudança do papel desempenhado pela "**lei**" nos modernos sistemas constitucionais. A existência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um "**dever de racionalidade**" (**Zwang der Rationalität**) na concretização da Constituição. Como acentua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa idéia fundamental de controle.

Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a

⁶ Neste ponto, cumpre ressaltar que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, que remonta ao caso norte-americano *Marbury v. Madison*, está calcado na idéia de que os tribunais são os entes mais adequados para exercerem a função de guardião da Constituição.

jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.

Nesse contexto, o desenvolvimento pela Suprema Corte de novas formas de decisão expressa o propósito de cumprir, efetivamente, o complexo mister de órgão central de controle jurídico. Não se pode olvidar que a função de Guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*) exige que contemple, nas suas decisões, a necessidade de preservação da ordem constitucional que deve ser protegida. É que, enquanto órgão constitucional que participa na formação da vontade do Estado, a Corte Constitucional está obrigada a considerar as conseqüências jurídicas de suas decisões para a sociedade estatal, evitando orientar-se, simploriamente, pelo lema '*fiat justitia pereat mundus*'.⁷

Não obstante essas vantagens, observa-se, paralelamente a esse processo, uma tendência de agigantamento do Judiciário, que passa a ocupar espaços de outros entes, decidindo questões como verdadeira consciência moral da sociedade. Nesse sentido, cumpre citar a análise feita por Ingeborg Maus:

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de 'esquerda' e de 'direita' entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo. A República

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador - appellellentscheidung – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. In: Revista do Ministério Público do Trabalho, nº 3, (março 1992), p. 69-96; In: Revista de Direito Público nº 99, p. 32-53; In: Revista Arquivos do Ministério da Justiça nº 179 (1992), p. 81 s; In: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, nº 114 (1992), p. 473 s. P. 4.

Federal da Alemanha, como é sabido, não se soma a esses poucos países. Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica⁸. (grifos nossos).

Bem se vê, portanto, a consolidação, na maior parte das democracias constitucionais do Ocidente, de um modelo institucional em que os juízes assumem papel fundamental, não se limitando a resolver as lides da sociedade, mas interferindo decisivamente na efetivação das normas constitucionais e na concretização dos direitos fundamentais. Da mesma forma, esse processo de empoderamento do Poder Judiciário é verificado no Brasil. De fato, a evolução constitucional brasileira levou a um aumento do poder dos magistrados, notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF) – por meio do controle de constitucionalidade abstrato⁹ –, permitindo à Justiça um papel cada vez mais preponderante no âmbito da sociedade.

Nesse contexto, o exercício dessa função pelos juízes gera diversos questionamentos para o funcionamento da sociedade não só no que tange à separação de poderes constitucionalmente positivada. Isto porque a atuação dos juízes traz em seu bojo questões relevantes acerca da sua pertinência e viabilidade, referentes, principalmente, à ausência de *accountability* e à falta de recursos técnicos e institucionais adequados para solucionar questões cujo horizonte é mais amplo que a simples subsunção do caso concreto, como é o caso das políticas públicas.

Com isso, é possível depreender que o Judiciário, ao tornar-se protagonista da cena social, pode obstruir instâncias deliberativas fundamentais para um

⁸ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. In: Novos Estudos nº 58 (novembro de 2000). P. 185.

⁹ De fato, a evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade aponta para uma progressiva redução da importância do controle incidental de atos normativos. Isso decorre, principalmente, da ampla legitimação para propositura de ação direta de constitucionalidade estabelecida pela Constituição Federal de 1988, em contraposição ao monopólio da ação outrora conferido ao Procurador-Geral da República na sistemática adotada pelo legislador constituinte de 1967/69.

ambiente democrático saudável. Além disso, ao se imiscuir em assuntos para os quais não é o ente adequado para encontrar a melhor solução, o juiz impede a participação de novos atores no processo de efetivação das diretrizes constitucionais.

Dessa forma, o objetivo desse artigo é analisar a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, principalmente sob o ponto de vista de sua adequação e da dinâmica desenvolvida com outras instituições.

2 - A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme explanado anteriormente, o Poder Judiciário assumiu um papel predominante no seio da sociedade brasileira, exercendo o controle de políticas públicas em todas as suas instâncias; o que requer uma análise detalhada dos diversos aspectos concernentes a essa atuação.

Inicialmente, é necessário reconhecer que a Constituição brasileira prevê diversos mecanismos judiciais para a proteção de direitos fundamentais. Em outras palavras, o próprio ordenamento jurídico confere aos juízes a função de tutor dos direitos fundamentais. Nesse sentido, por exemplo, o art. 5º, inciso XXXV, do texto constitucional preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De fato, não é possível ignorar que a Constituição estabeleceu uma série de instrumentos destinados a efetivar os direitos previstos em seus dispositivos. Com relação aos direitos sociais, por exemplo, o mandado de injunção é concedido sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Trata-se, portanto, de instrumento constitucional de concretização de direitos fundamentais pelo Judiciário em face de uma inação do órgão competente para editar a norma garantidora. Com isso, a própria Carta pressupõe um Judiciário mais atuante e engajado na construção de uma sociedade que atenda aos objetivos

propostos em seu texto.

Esse panorama institucional, cuja origem é o advento das Constituições sociais, difere consideravelmente da separação de poderes prevista no nascimento do Estado Liberal. Isto porque havia uma concepção estanque das instituições, na qual, de modo a evitar arbitrariedades, o juiz atuaria adstrito à lei, ou seja, neutro.

Nesse raciocínio, Montesquieu afirmava que “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”¹⁰.

Disso defluiu que, para evitar o abuso do poder político e a supressão das liberdades fundamentais, foi elaborado um desenho estatal em que os juízes têm uma atuação neutra, ou seja, não têm uma atuação criativa perante a sociedade. Ocorre que os influxos que acompanharam a positivação constitucional dos direitos sociais, ao lado da crescente importância assumida pelo controle de constitucionalidade, passaram a exigir uma postura diferenciada dos julgadores.

Nesse contexto, os juízes deixam de limitar-se a aplicar a lei para constituírem criadores do Direito, atentos às peculiaridades da realidade social, que antes eram soterradas pela operação de subsunção à norma legal. Nesse sentido, vale transcrever as reflexões de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a

¹⁰ MONTESSQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007. P. 166.

consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*).

Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.¹¹

Essa mudança no próprio raciocínio adotado pelos juízes representa um avanço na árdua tarefa de conferir à Constituição sua força normativa. Não por acaso, foi por meio dessa transformação que o Judiciário aproximou-se da realidade social, abandonando uma postura excessivamente formalista e auxiliando na concretização de direitos fundamentais.

Nesse quadro institucional, a participação dos magistrados no controle de políticas públicas é importante para o seu desenvolvimento. Com efeito, é inegável o papel do Judiciário na garantia de uma correta aplicação de recursos públicos, de modo a viabilizar os direitos fundamentais dos cidadãos. No caso do fornecimento de medicamentos, por exemplo, os magistrados têm fortalecido o acesso da população à saúde constitucionalmente positivada cuja ementa segue abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.
PROCESSO CIVIL. DIREITO À SAÚDE. DIREITO
HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO,
CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO.
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.
DESCENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE
SAÚDE. UNIÃO FEDERAL, ESTADOS, MUNICÍPIOS E
DISTRITO FEDERAL. RESPONSABILIDADE

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* In: Revista Trimestral de Direito Público - 9. P. 45-46.

SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

I - A União Federal, solidariamente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, está legitimada para as causas que versem sobre o **fornecimento de medicamento**, em razão de, também, compor o Sistema Único de Saúde - SUS. Precedentes.

II - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, como na hipótese dos autos, onde o **fornecimento gratuito de medicamentos** para o adequado tratamento é medida que se impõe, possibilitando aos doentes necessitados o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes.

III - Agravo regimental desprovido.¹²

Não obstante a importante participação do Judiciário no controle de políticas públicas cumpre ponderar que, conforme examinado no capítulo anterior deste trabalho, a efetivação de direitos sociais envolve um complexo processo de alocação de recursos públicos escassos, abarcando questões de cunho político e econômico em que cabe questionar se os juízes são os entes mais adequados para exercer essa função.

Com efeito, qualquer análise do controle de políticas públicas não pode prescindir de um estudo das capacidades que cada órgão tem de tomar boas decisões, inclusive no sentido econômico. Assim, não se trata do simples deferimento de direitos, mas sim de amplo e prospectivo processo de seleção de prioridades e meios de implantação.

Neste ponto, é necessário examinar a proposta institucionalista de Adrian Vermeule, a qual constitui ferramenta importante na compreensão do papel dos magistrados e na abertura do controle de políticas públicas para outros órgãos. O

¹² Agravo Regimental na Apelação Cível n. 200833040015388, Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relator Desembargador Souza Prudente, publicado no DJ de 18/04/2012.

jurista norte-americano considera que em condições de incerteza e racionalidade limitada o julgador deve adotar uma postura mais formalista de modo a evitar efeitos sistêmicos adversos.

De fato, uma análise institucional do sistema modifica o foco dos questionamentos acerca da decisão a ser tomada. Em geral, quando juristas se deparam com uma controvérsia jurídica, a pergunta sobre a qual são feitas as reflexões é “como o texto deve ser interpretado?”. Conseqüentemente, quando a constitucionalidade de uma lei A é questionada perante um juiz, as análises giram em torno de decidir se a lei é ou não constitucional.

Todavia, o questionamento feito por muitos institucionalistas é “quais procedimentos decisórios deve uma instituição, em face das suas capacidades, utilizar para interpretar determinado texto?”. Assim, a perspectiva sob a qual a questão é analisada transforma-se completamente; não se trata de escolher uma interpretação mais ou menos formalista, mas de escolher a técnica de decisão com base nas peculiaridades empíricas em que a instituição esta imersa.

É possível depreender que o institucionalismo problematiza aspectos que não podem ser negligenciados, especialmente quando o assunto é o controle de políticas públicas. Vislumbrar as capacidades técnicas de uma instituição no momento de delimitar sua competência e suas técnicas de decisão é fundamental para a obtenção de resultados positivos e, em última instância, para garantir a força normativa da Constituição; razão pela qual é necessário, no quadro de desneutralização política, examinar a real capacidade dos magistrados.

Nesse contexto, as situações de fornecimento de medicamento representam hipótese interessante na investigação da análise do “modus operandi” dos magistrados. Assim, os Tribunais têm definido o direito à saúde “como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material”. Por conseguinte, nota-se que não houve por parte do juiz, nenhum questionamento acerca da viabilidade econômica da concessão da tutela requerida.

Não se pode negar que o juiz é constantemente sujeito aos imperativos de

um julgamento rápido com poucas informações, em que direitos essenciais a uma vida digna dependem de um provimento judicial. Contudo, uma intervenção absoluta do juiz em uma demanda individual deve ser colocada no contexto apropriado de modo a evitar distorções indevidas no processo de formulação de políticas públicas.

De fato, não se trata de apenas conceder um medicamento a um cidadão, mas sim de intervir em uma política que passou por um amplo processo de discussão técnica e política em outras instâncias.

Argumenta-se que o Judiciário seria um ente cujo isolamento político propiciaria julgamentos mais imparciais e livres dos constrangimentos advindos do jogo político. Com isso, sua atuação seria mais adequada na defesa da Constituição e seus direitos. Ocorre que esse mesmo isolamento traz um obstáculo significativo para a solução de problemas: a falta de informação.

A título de exemplo, um ator político mantém um diálogo constante e aberto com a população e com especialistas de cada área. Assim, recebe uma carga de informações mais aprimorada com a sociedade civil. Além disso, não se submete aos filtros processuais que tolhem a atividade judicial, como o instituto da preclusão. Conseqüentemente, o juiz trabalha com uma base estreita de dados, o que reduz a sua precisão na resolução das controvérsias sob sua jurisdição.

Outrossim, a estrutura do processo judicial ainda tem como paradigma a solução de conflitos individuais dentro do paradigma liberal. Nesse sentido, diversos mecanismos processuais cujo objetivo é tutelar direitos individuais são inadequados quando o assunto é o controle de políticas públicas tendentes a efetivar direitos sociais.

Nesse quadro, vale citar o instituto da coisa julgada, que visa à estabilização das relações sociais e a promoção da segurança jurídica. Não obstante a fundamental importância da coisa julgada para a garantia dos direitos individuais, quando se trata de políticas públicas a imutabilidade das decisões é prejudicial ao seu desenvolvimento. Isto porque, conforme foi levantado no capítulo anterior, as

políticas públicas se estruturam em ciclos, cuja retroalimentação é constante; razão pela qual a flexibilidade das decisões tomadas passa a constituir fator fundamental.

Não se pode olvidar, também, um aspecto fundamental quando se analisa as capacidades do Poder Judiciário: a formação do jurista. De fato, o conjunto de habilidades desenvolvido nas faculdades de Direito mantém-se atrelado à formação para carreiras tradicionais – como advogado, juiz ou membro do Ministério Público. A abordagem excessivamente formalista do Direito, associada a uma interdisciplinaridade limitada, conduz a uma escassa reflexão sobre a realidade.

Assim, o jurista, apesar de instado a se manifestar a todo o momento sobre as políticas públicas, tem uma formação que o distancia das ferramentas, métodos e problemas atinentes a esse tema. A título de exemplo, na maior parte das faculdades de Direito do Brasil o papel assumido pelo Direito público enquanto agente moldador das instituições e corretor de suas disfunções é negligenciado.

Com isso, o jurista assume funções importantes no que tange à formulação e implementação das políticas públicas com um arcabouço de ferramentas intelectuais pobre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendia o presente artigo proceder a análise da possibilidade do julgamento pelo Poder Judiciário das políticas públicas no intuito de se buscar dar maior efetividade ao texto constitucional pátrio.

Pode-se constatar que o sistema jurídico não é composto somente por regras, mas por princípios e políticas também, que introduzem valores necessários para o aperfeiçoamento desse sistema.

As regras podem ser identificadas pela sua fonte que, em regra, seria o Estado, sendo que, no caso de conflito interno, prevalece a dinâmica da exclusão total, do “tudo-ou-nada”, enquanto que os princípios são caracterizados pela íntima

ligação com a comunidade, uma vez que refletem os valores de justiça e equidade, predominando a ponderação no caso de aparente colisão interna.

Entendendo que as políticas públicas são desenvolvidas, atualmente, pelo Estado e pela Sociedade Civil, formulou-se uma proposta de conceito para políticas públicas que seriam aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado Democrático de Direito.

Em relação ao papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, verificou-se grande evolução no entendimento jurídico que, inicialmente, não cogitava da possibilidade de limitação na atuação política dos poderes, passando pela aceitação da “teoria dos motivos determinantes”, chegando ao paradigmático julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, onde, em decisão monocrática, o Min. Relator Celso de Mello, corajosamente, entendeu pela possibilidade da utilização daquela via processual para se realizar o controle de políticas públicas, em razão de violação de direito fundamental, preservando-se o mínimo existencial.

Analisando a temática, pode-se perceber que existem dois eixos teóricos: o procedimentalista, que entende que o papel do Poder Judiciário no exame das políticas públicas é o de garantir os meios de exercício da cidadania ativa, não intervindo no conteúdo das políticas e; o substancialista, onde se encontra posicionado o teórico estadunidense, defendendo que, para se garantir uma sociedade mais justa e equilibrada, preservando-se o sistema democrático, o Poder Judiciário deve agir positivamente na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Buscou-se a defesa de um posicionamento judicial mais positivo, vez que este deve-se lutar pela primazia dos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular.

Desta forma, não há como negar, atualmente, a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, não se podendo falar em ausência de legitimidade

do Poder Judiciário para a implantação dessas políticas ou em violação do princípio da “separação dos poderes”.

A força normativa constitucional é quem impulsiona o Poder Judiciário para uma maior concretização dos direitos fundamentais, que não podem ser violados pela ausência total ou parcial de políticas públicas eficientes. A legitimidade do controle do Poder Judiciário provém do próprio texto constitucional que consagra os objetivos que devem ser alcançados pelo Estado, quer seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, ainda que este tenha que assumir funções que, originariamente, não seriam de sua competência.

Entretanto, este controle deve ser realizado através de uma visão integral do direito, que respeite a racionalidade jurídica que deve ser empregada, pelo juiz, na construção da melhor solução possível, não se aceitando que as decisões sejam tomadas por meros critérios políticos, mas por princípios jurídicos.

Conclui-se ser perfeitamente possível o controle judicial de execução de políticas públicas, enquanto que, no caso de formulação de políticas públicas, o controle judicial seria mitigado, podendo se realizar em casos extremos, como o do mínimo existencial e o da discricionariedade zero, numa clara violação ao direito fundamental, utilizando-se de racionalismo jurídico na construção dos argumentos da decisão proferida, reafirmando-se a força normativa dos textos constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil. 9º ed. Salvador: Editora Podivm. 20010.

MONSTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5º edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

GELINSKI, Carmen Rosario Ortiz G.; SEIBEL, Erni José. *Formulação de políticas públicas: questões metodológicas relevantes*. In: Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, v. 42, n. 1 e 2, p. 227-240, Abril e Outubro de 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

BAPTISTA, T. W. F.; REZENDE, M. *A ideia de ciclo na análise de políticas públicas*. In MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. *Caminhos para análise das políticas de saúde*, 2011. Disponível em www.ims.uerj.br/ccaps.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* In: Revista Trimestral de Direito Público - 9. P. 45-46.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública* – 2ª ed. – São Paulo: Dialética, 2004.

