

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
ANÁLISE DE SUA LEGITIMIDADE**

**THE ROLE OF THE JUDICIARY IN IMPLEMENTING
PUBLIC POLICY: ANALYSIS OF ITS LEGITIMACY**

BRÁULIO LISBOA LOPES
Advogado da União
Advocacia-Geral da União, Brasil
lisboa.lopes@yahoo.com.br

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas, fato que se observa no atual contexto político-social, marcado pela omissão do Poder Legislativo e do Executivo em instituir e regulamentar determinadas políticas públicas que objetivam assegurar direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal. Busca-se, em um primeiro momento, analisar o contexto histórico do surgimento desta intervenção para, após, perquirir-se acerca de sua legitimidade, na tentativa de delinear um modelo que equacione os conflitos e tensões que advêm da judicialização das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas; omissão legislativa; intervenção judicial; Estado Democrático de Direito; mínimo existencial; direitos fundamentais; legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legitimacy of judiciary intervention on public policy, a fact observed in the current political and social context, marked by the failure of the Legislature and

Executive to institute and regulate certain public policies that aim ensure basic rights granted by the Constitution. First we analyze the historical context of the emergence of this intervention, and after, discourse about its legitimacy, in an attempt to outline a model which tries to solve the conflicts and tensions that come from judiciary intervention on public policy.

KEY WORDS: Public policies; legislative omission; judicial intervention; Democratic State; existential minimum; basic rights; legitimacy of Judicial Power.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Políticas públicas e a (in)eficiência do Estado. 3. Limites da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

O fim da Segunda Guerra Mundial foi o marco histórico para a remodelação do Estado em busca de consolidação e plena efetivação de novas conquistas relacionadas aos direitos humanos e da tentativa de superação das deficiências das experiências até então presenciadas. Ressalta-se a importância do Estado na implantação e na efetivação das políticas públicas, a fim de garantir as referidas conquistas, tendo sido os direitos sociais alçados à categoria jurídica de postulados da justiça social, exigindo uma prestação positiva¹ do poder estatal a fim de assegurar a sua implementação. Salienta-se que, nesta nova faceta de desenvolvimento da ciência jurídica e política, o papel do Poder Judiciário é reforçado com a ampliação de suas competências, em especial no campo da invalidação de atos legislativos e de uma nova leitura das normas jurídicas à luz do texto constitucional.

Esta nova leitura das normas jurídicas impõe ao Poder Judiciário uma dimensão criativa da interpretação e da aplicação do Direito,

¹ Segundo Daniel Sarmento (2000), o Estado não tem apenas o dever de se abster da prática de atos atentatórios à dignidade humana, mas também o dever de promover esta dignidade através de condutas ativas.

realçando o caráter moral e político das escolhas efetuadas pelos juízes no exercício de seu mister. Verifica-se que as decisões judiciais inevitavelmente estão sujeitas à influência de fatores extrajurídicos relacionados ao magistrado, como a sua pré-compreensão sobre determinado assunto, ideologias, bem como sobre aspectos políticos e sociais que envolvem os mais diversos temas submetidos à sua apreciação.

É nesse contexto que a hermenêutica jurídica surge com a finalidade de reduzir as incertezas de tamanha gama de aspectos jurídicos (e extrajurídicos) que envolvem os mais variados casos, contribuindo para reduzir as incertezas que pairam sobre a interpretação do direito e fornecendo elementos necessários para a solução dos casos difíceis². A interpretação da norma jurídica, nesse contexto, deverá valer-se de uma abordagem pós-positivista do direito:

[...] a normatividade dos princípios e a centralidade da argumentação jurídica alteram a relação entre as esferas do direito e da moral, que passam a ser pensadas de forma articulada. (NOVELINO, 2012, p. 199).

Paralelamente, o pensamento jurídico deve ser desenvolvido com o fim de se implementar um Estado Constitucional Democrático, colocando a garantia dos direitos fundamentais em primeiro plano, afastando-se da ideologia constitucional que predominava entre os séculos XVII e XIX, na qual o objetivo primordial era tão somente a limitação dos poderes do Estado.

2. Políticas públicas e a (in)eficiência do Estado

Ao se falar em políticas públicas, necessariamente fazemos remissão ao Estado presencial e subvencionador. A noção de política pública revela uma noção de autossujeição em que o Estado, por vontade

² Segundo César Rodríguez (1997), autor colombiano, em sua obra *La decisión judicial*, um caso é difícil quando: os fatos e normas relevantes permitem mais de uma solução (antinomia); dois ou mais princípios colidem; não existe nenhuma norma aplicável (anomia - lacuna), ou mesmo que exista a norma, e seja clara, seja injusta; e, finalmente, um caso é difícil quando mesmo que exista um precedente judicial, considere-se necessário modificar.

própria (emanada do próprio estado legislador), é alçado à condição de garantidor de certas atividades materiais de cunho subvençional (geralmente serviços públicos), elaboradas através de planos de governo pautados na lei, mediante uma escolha discricionária do administrador público (no que tange à forma de atuação), a qual deve ser realizada observando-se o caráter universal e seletivo das políticas públicas disponibilizadas à coletividade.

Tais prioridades devem ser resultado de uma seleção racional efetuada pelo administrador público, sempre pautado pelo interesse público. Não obstante, a implementação das políticas públicas impõe a utilização de certa margem de discricionariedade e hierarquização dos objetivos a serem alcançados. É fruto, pois, de um processo político de escolha de prioridades a serem implementadas a partir de um conjunto de ações dos governantes e da sociedade civil, em verdadeira simbiose.

Sob a ótica neoinstitucionalista,³ as possibilidades da escolha es-

³ “ É mister lembrar que instituições servem não apenas para a satisfação de necessidades humanas e para a estruturação de interações sociais, mas ao mesmo tempo determinam posições de poder, eliminam possibilidades de ação, abrem chances sociais de liberdade e erguem barreiras para a liberdade individual. [Waschkuhn, 1994, p. 188 f]. A institucionalização implica, portanto, custos graves, porque ela não representa somente a exclusão de muitas vozes, mas também o pesadelo da burocratização e das contrariedades que essa acarreta consigo [O. Donnell, 1991, p. 30]. Instituições não são somente um reflexo de necessidades individuais ou sociais. Instituições políticas são padrões regularizados de interação, conhecidos, praticados e em geral reconhecidos e aceitos pelos atores sociais, se bem que não necessariamente por eles aprovados. Logo, são produto de processos políticos de negociação antecedente, refletem as relações de poder existentes e podem ter efeitos decisivos para o processo político e seus resultados materiais [Prittwitz, 1994, p. 239]. É esse o ponto de partida do neo-institucionalismo que tematiza os pressupostos político-institucionais dos processos de decisão política. Entretanto, o neo-institucionalismo não desenvolve uma macroteoria de instituições políticas - como pretendem Parsons ou Luhmann com sua teoria dos sistemas - mas salienta apenas a importância do fator institucional para a explicação de acontecimentos políticos concretos. O neo-institucionalismo remete não somente às limitações de racionalidade do processo de decisão como consequência de uma falta ou de um excesso de informações, mas salienta a existência de regras gerais e entendimentos fundamentais que prevalecem em cada sociedade e que exerceriam uma influência decisiva sobre as interpretações e o próprio agir das pessoas. De acordo com March/Olson (1995, p. 7), a perspectiva institucional é criada em torno de idéias de identidades e de concepções do comportamento apropriado, contrapondo-se à perspectiva de troca que é constituída em torno de idéias de formação de coalizões e de uma troca voluntária entre atores políticos impulsionados pelo interesse próprio.” (FREY, 2000).

tratégica são determinadas de forma decisiva pelas estruturas político-institucionais, inclusive a capacidade dos atores políticos de modificar essas estruturas de acordo com suas estratégias. Estas abordagens devem ser efetuadas de acordo com três pilares básicos (FREY, 2000): o primeiro diz respeito ao sistema político clássico no qual se questiona sobre a ordem política real e verdadeira, sobre o que é um bom governo e qual o melhor estado para se garantirem as maiores virtudes da comunidade⁴; o segundo refere-se ao questionamento político propriamente dito, que analisa as forças cruciais no processo decisório, e o terceiro concerne ao resultado que um sistema decisório vem produzindo⁵.

Ao se tratar do tema políticas públicas no cenário político-institucional brasileiro, verifica-se uma crescente tendência à judicialização das referidas questões, ora por haver omissão total do Estado em relação a comandos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais, ora pela omissão parcial na observância dos referidos comandos e, por fim, pela própria ineficácia das estruturas/instituições designadas pela lei como responsáveis pela implementação das referidas políticas públicas⁶.

⁴ Eram as preocupações principais dos teóricos clássicos, como Platão e Aristóteles.

⁵ Esses pilares irão trazer a sustentação necessária para a correta compreensão da "policy analysis," através da empiria e da prática política, segundo Klaus Frey. Para o referido autor: "A concepção da 'policy analysis' parece, em princípio, apropriada para a análise de políticas públicas no contexto da realidade brasileira, porém é imprescindível uma adaptação da abordagem às particularidades da situação política e institucional do País, além de mostrar as próprias limitações da proposta em questão. A 'policy analysis' tradicional pressupõe, na verdade, que a variável sistema político, isto é, a estrutura institucional do sistema político-administrativo, deve ser constante e conhecida nas suas características e princípios básicos. Como bem lembra Couto, em um estudo sobre o processo de reforma do Estado no contexto da transição democrática no Brasil, torna-se difícil aplicar ao processo político transicional os mesmos modelos de análise utilizados para a compreensão de estruturas já consolidadas. [Couto, 1998, p. 55]. Além disso, a realização de estudos sobre a dimensão material de políticas públicas pressupõe um conhecimento geral dos processos de resolução de problemas, porque só no caso de um conhecimento suficiente tanto das instituições quanto dos processos político-administrativos é que estes podem servir como quadro de referência para a análise de cada campo de política". (FREY, 2000).

⁶ É inegável a gravidade, sob o ponto de vista jurídico e político, desta omissão estatal violadora de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. A não concretização dos referidos preceitos constitucionais leva o Estado a incidir em inconstitucionalidade

Em face da discricionariedade outorgada ao administrador público para estabelecer as premissas e as diretrizes dos programas sociais de promoção do bem-estar da população, acaba-se por segregar os beneficiários de acordo com o caráter seletivo e universal que se deve atribuir à execução destas políticas públicas. Tal fato também ocasionará o aumento da litigiosidade dos referidos programas sociais, objetivando a inclusão de cidadãos que, em face da objetivação dos critérios de seleção adotados por esses programas, ficaram excluídos de seu alcance e alegam injustiça na forma de execução da atuação estatal⁷.

Aqui surge um problema relacionado com a implementação e a eficácia desses direitos à obtenção de prestações positivas por parte do Estado, visto que a referida prestação decorre de direitos que não são referenciados em recursos finitos e, na maioria das vezes, sua disposição exige uma tomada de decisão e escolha de quais valores e bens serão distribuídos e quais serão sacrificados (CALIENDO, 2009, p. 170). Nessa seara a doutrina constitucionalista passou a reafirmar como critério fundamental na solução desses casos difíceis a doutrina da reserva do possível⁸ (*Vorbehalt des Möglichen*), de modo a atuar como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações positivas. Importante mencionar as considerações de Ana Paula de Barcellos sobre o tema, ao afirmar:

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar [...] não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública. (BARCELLOS, 2008).

por omissão, conforme será abordado com maior profundidade nas páginas seguintes.

⁷ É frequente a utilização das vias judiciais por parte de determinados cidadãos com o fito de conseguir que o estado custeie parte de determinado medicamento ou mesmo tratamento cirúrgico no exterior que não é ofertado pelos programas sociais já devidamente implementados a título de políticas públicas na área da saúde.

⁸ Limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã. Pode ser de ordem fática (falta de recursos) ou jurídica (orçamentária).

Surge, pois, a tormentosa questão de saber se é possível exigir do Estado, independentemente de concretização legislativa, algumas espécies de direitos fundamentais como se fossem verdadeiros direitos subjetivos, passíveis de suportar uma demanda judicial capaz de atuar em concreto realizando o direito pretendido. Instaura-se, nesta hipótese, um verdadeiro conflito entre direitos fundamentais que deve ser resolvido segundo modelo proposto por Robert Alexy (2008) mediante a ponderação dos princípios da liberdade, da competência legislativa, da separação dos poderes, entre outros. O judiciário deverá valer-se de dois instrumentos na realização desta ponderação: o postulado da proporcionalidade e o postulado do mínimo existencial. E aqui reside o problema central do presente trabalho, o de identificar a legitimidade da substituição do administrador público pelo magistrado em sede de políticas públicas.

3. Limites da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas

O debate sobre o tema remonta à doutrina norte-americana sobre a interpretação do texto constitucional que se divide em duas linhas: a interpretativista e a não interpretativista. A primeira visão (interpretativista) é mais conservadora e rotulada de textualista, originalista ou preservacionista, ao sustentar que os juízes devem seguir o entendimento original dos criadores da constituição, sendo atribuído ao texto constitucional o sentido que as palavras ordinariamente expressam, a fim de se buscar o significado original das palavras revelado pela história e pela sociedade da época de sua criação. Em sentido oposto, na segunda linha (não interpretativismo), o legislador constituinte não tem legitimidade para impor sua visão sobre a constituição à sociedade atual, ficando a cargo dos magistrados o dever de evoluir o texto constitucional em virtude das exigências da atual sociedade.

Sob o prisma do não interpretativismo, inicia-se o movimento designado de ativismo judicial:

[...] confere ao judiciário um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais

aos já existentes, partindo do pressuposto que este poder, em geral, seria mais habilitado à função de plasmar em normas os atuais valores da sociedade. (NOVELINO, 2012, p. 170).

A ideia de ativismo está atrelada ao grau de discricionariedade que se reconhece à atividade jurisdicional. Nessa concepção, objetiva-se que os magistrados passem a tutelar os direitos essenciais ao bom funcionamento da democracia, que por vezes não são tutelados de forma eficiente pelo Poder Legislativo, acarretando um mau funcionamento do sistema democrático-representativo que leva a uma perda de sua credibilidade por parte dos cidadãos e a uma desconfiança de sua atuação por parte dos magistrados, o que incentiva esses últimos a imiscuir-se nas atribuições inicialmente destinadas ao Poder Legislativo, passando a atuar como um verdadeiro legislador positivo. Essa atuação “legiferante” dos magistrados passa a gerar um temor no legislador, visto que tende a demonstrar a figura do juiz como um legislador paralelo, “um revisor universal da justiça das leis e, conseqüentemente, criador do Direito a ser aplicado”. (TAVARES, 2012, p. 22).

Esse contexto de desconfiança compromete as bases de um Estado Democrático de Direito, em que o legislador desconfia do juiz por motivos variados, desde a corrupção econômica que se instala nas tão noticiadas “vendas de liminares e sentenças” até o temor de que os magistrados desvirtuem o sentido das normas aprovadas validamente pelo Poder Legislativo, com sentenças impregnadas de ideologias que se desconectam quase totalmente das finalidades que objetivaram a criação da norma que é objeto de aplicação pelo Poder Judiciário. Lado outro, os magistrados, cientes do déficit legislativo e do descaso do Poder Legislativo com a sua função precípua de legislar, que por não raras vezes atua com nítido desvio de finalidade, olvidando o interesse público primário, acabam por invocar um dever funcional adjeto à magistratura no intuito de fiscalizar a constitucionalidade das leis, chegando às raias do jusrealismo⁹, ao

⁹ Realismo jurídico é uma corrente doutrinária surgida nos Estados Unidos na primeira metade do século XX, que centraliza o estudo do direito na atuação do juiz, considerando o direito aplicado concretamente – e não a moral, a justiça ou as normas jurídicas – o objeto central de pesquisa do jurista.

ponto de repelir o texto da Constituição, que passa a ter sua eficácia dependente de prévio pronunciamento jurisdicional.

Ilustrativas as palavras e os exemplos citados por André Ramos Tavares sobre o tema:

Nos últimos dez anos, o legislador federal (Congresso Nacional) aprovou uma série de leis que ampliaram os poderes do STF, atuando, portanto, como legislador confiante no judiciário. Assim podem ser citadas, dentre outras, a EC n.3/93, que criou o efeito vinculante na ADC, e as Leis n. 9868/99 e 9882/99, que criaram o efeito vinculante para as ações que não contavam com essa previsão expressa, a EC n. 45/2004, que criou a súmula vinculante, concedendo, nesse caso, inclusive, a inovadora possibilidade de atuação de ofício por parte do STF. Mas não é só. Salvo a restrição do poder de cautela dos magistrados, imposta por leis (inconstitucionais), quando a ação envolva interesses financeiros do Estado, pode-se afirmar que, em geral, as reformas processuais tem aceitado e ampliado o poder dos magistrados, valendo citar a reforma do CPC e, dentre outras, a criação da súmula impeditiva de recursos e o poder concedido aos relatores nos diversos tribunais do país.

O dado curioso, porém, é o de que tais normas favoráveis ao judiciário ocorrem em um contexto no qual o STF aparentemente estaria a fazer as vezes de legislador (e poderia ter tido suas decisões 'lidas' pelo legislador em termos de usurpação de funções deste). Não é difícil recordar os pronunciamentos do STF e do judiciário em temas que haviam sido abandonados pelo Parlamento, como fidelidade partidária, verticalização das eleições, definição de pesquisa com células-tronco embrionárias, definição do início da vida para fins de aborto, demarcação de terras indígenas, e isso para não falar da determinação de que o Poder Público ofereça determinados e específicos serviços de saúde (como tratamento de obesidade mórbida, infertilidade feminina, e outros tantos assuntos relacionados à saúde, educação e até tutela do meio ambiente). *Muitos desses temas foram, de certa maneira, indiretamente (e de forma questionável, em alguns casos, mas não em todos) 'delegados' pelo órgão legislativo ao judiciário, pois, como conclui Alessandro Pizzorno (1988:12), livram os representantes eleitos de decisões que poderiam ge-*

rar conseqüências negativas para esses mesmos representantes, inviabilizando-os nas urnas. Basta considerar que alguns desses temas e das decisões judiciais que os acompanham apresentam grande dissenso moral na sociedade. (TAVARES, 2012, p. 23-24, grifo nosso).

A pergunta que se coloca neste momento e que é crucial para o deslinde da questão é se a substituição do juiz ao legislador como órgão criador do direito seria constitucional. Parte da doutrina entende que o juiz é despido de legitimidade para atuar desta forma, visto que adentra no poder judiciário através do sistema meritório (concurso público) e tem posição contramajoritária (visto que não foi eleito), diferentemente do que ocorre com o legislador e o administrador público, que são eleitos como representantes do povo, sendo detentores de uma posição majoritária. Lado outro, há doutrinadores que defendem esta atuação ativista dos magistrados, afirmando tratar-se de um verdadeiro mecanismo de freios e contrapesos (check and balance)¹⁰.

Questiona-se, ainda, se a ideia do juiz legislador não afrontaria o princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição da República de 1988. *A priori*, em um estado de bem-estar social, cabe ao administrador público providenciar a implementação das leis que garantam os direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, legislação essa cuja elaboração é de responsabilidade do Poder Legislativo. Não obstante, abalizada

¹⁰ A favor da função legislativa dos juízes encontra-se o “*Chief Justice*” inglês Garfield BARWICK, para quem a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidade e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na vida judiciária. CAPPELETTI⁷, sustenta que na tarefa de criar a lei o juiz não detém total liberdade para interpretação, pois o sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais. Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo Legislativo, o que é feito através da interpretação. A questão está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação. O grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente. Mas em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha ao do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade. (OLIVO, 2000, p. 85).

doutrina afirma que o princípio da separação dos poderes comporta ponderações:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 156).

Quanto mais abstrata for a lei, mais espaço haverá para a omissão estatal (ineficiência) e também para a atuação judicial na tentativa de correção desta omissão estatal (ativismo judiciário). Diante da infinidade de casos que podem surgir, cremos que a divisão em 3 categorias fundamentais de implementação de políticas públicas nos ajudará a melhor compreender a legitimidade ou a ilegitimidade da atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas.

A primeira categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública foi efetivamente cumprido pelo legislador e executado de forma plena pelo administrador público. Aqui cremos que não haverá espaço para a judicialização da questão, até mesmo porque não se vislumbrará omissão ou ineficiência do Estado, restando atendidos todos os pressupostos para a regular fruição do respectivo serviço público aos cidadãos.

A segunda categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública foi integralmente atendido pelo legislador e parcialmente atendido pelo administrador público (Estado), seja por motivos de ordem orçamentária (reserva do possível) seja em razão da discricionariedade da administração pública em virtude da seletividade na oferta de determinado serviço público. Aqui, *a priori*, não haveria uma legitimidade de atuação do Poder Judiciário no intuito de se implementar, via decisão

judicial, política pública que já foi objeto de elaboração, estudo e viabilização pela administração pública, em especial porque nesse prévio planejamento já houve antecipada análise e estudo acerca da disponibilidade orçamentária e da seletividade do público que mais necessita dos serviços estatais. A intromissão do judiciário nessa hipótese pode mostrar-se nefasta à consecução das políticas públicas planejadas pelo Estado a longo prazo, por redirecionar recursos estatais a um ou alguns indivíduos inicialmente não contemplados nas ações da referida política pública. Haveria, nessa hipótese, verdadeira substituição do mérito administrativo pela sentença judicial. Ressalte-se que nossa Suprema Corte tem, em casos semelhantes e até mesmo mais sensíveis, adotado esse posicionamento para equacionar as questões que a ela são submetidas¹¹.

A terceira categoria de implementação das políticas públicas refere-se àquelas situações em que o comando constitucional instituidor de determinada política pública não foi atendido pelo legislador e pelo administrador público, bem como àquelas situações em que, apesar de formalmente atendido, materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional. Aqui resta diferenciar a espécie do comando normativo constitucional que assegura o referido direito prestacional positivo, ou seja, trata-se de norma constitucional de eficácia plena ou de norma constitucional de eficácia limitada. A primeira, como adverte a doutrina, não

¹¹ A Corte Constitucional, ponderando interesses e relevâncias, decidiu que não cabe ao Poder Judiciário subtrair ao legislador suas funções, sob pena de infração a princípios constitucionais pétreos, conforme se vê do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – (Medida Cautelar n° 1458/DF. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de maio de 1996), adiante transcrito: “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - *Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente* (BRASIL, 1996, grifo nosso). Essa decisão reflete tão somente a determinação do Supremo Tribunal Federal em preservar plenamente as regras constitucionais imprescindíveis ao sistema – em especial a independência e a harmonia dos poderes (art. 2º, CF).

necessita de lei infraconstitucional para ser aplicada, ao contrário da segunda, que exige uma ação do Poder Legislativo no intuito de se implementar o disposto na constituição, através da edição de legislação infraconstitucional.

Quando se tratar de norma de eficácia plena e se verificar a omissão estatal em implementá-la, entendemos estar justificada a atuação jurisdicional ao determinar sua implementação, isto porque, nessa hipótese, não haverá substituição das funções legislativas pelo magistrado, visto que o texto constitucional já contém comando normativo suficiente para permitir a sua implementação. Deveras, nesta hipótese, o magistrado não estará atuando como legislador, mas sim como garantidor da força normativa da Constituição, conforme preconiza Konrad Hesse (1991). Estará o magistrado emitindo comando para que se implemente determinado direito cuja discricionariedade na elaboração da norma já foi objeto de avaliação pelo próprio constituinte.

Quando se tratar de norma de eficácia limitada e se verificar a omissão estatal em implementá-la, entendemos que a atuação do Poder Judiciário se justificará apenas nas hipóteses em que restar caracterizado o denominado mínimo existencial (FACHIN, 2001, p. 232)¹². Assim, para além desse mínimo existencial fundamental à dignidade da pessoa humana, não há o dever do Estado em realizar prestações positivas e envolver recursos coletivos. Isso porque as normas de eficácia limitada seriam aquelas nas quais o constituinte traçou apenas um desenho geral de competências, atribuições e poderes para que o legislador infraconstitucional determine o preenchimento de sentido conforme as condições de seu contexto histórico. Nesse diapasão, a eficácia positiva deve ser determinada em razão da discricionariedade administrativa e da reserva do possível.

¹² Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade, não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. No mesmo sentido ver Torres (2009). Segundo o autor, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Não se afigura legítima, pois, a atuação judicial substituindo o Poder Legislativo quando se tratar de normas programáticas que não envolvam o mínimo existencial, devendo o judiciário adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção) em sua forma de atuação.

E, mesmo quando se tratar de hipóteses vinculadas ao mínimo existencial, a atuação estatal deve ser criteriosa, respeitando o postulado da reserva de consistência, ou seja, de critérios de atuação judicial concreta em situações que envolvam a implementação de políticas públicas complexas, especializadas e grande conjunto de informações empíricas e teorias conflitantes (MORO, 2001, p. 90-97). Deve o Poder Judiciário, tal como os demais poderes, levar em conta a escassez de bens para a satisfação material de necessidades públicas previstas constitucionalmente. Essa situação impõe que a verificação do custo dos direitos e da escassez se reflita no fato de que a satisfação de um direito implica necessariamente a escolha pela falta de uma outra satisfação, dado que todas as necessidades não podem ser satisfeitas simultaneamente (CALIENDO, 2009, p. 188).

Já nas situações em que a implementação das políticas públicas foi formalmente atendida, mas materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no intuito de repor a integridade normativa da Constituição, de modo que a referida lei ou ato normativo sejam eliminados por incompatibilidade com o texto constitucional. E, nesse ponto, cumpre aferir o grau de normatividade do comando implementado pelo Poder Judiciário. Desse modo, ressalta a melhor doutrina:

No caso da justiça constitucional, a norma violada, sendo a Constituição, é reposta em sua integridade normativa, por meio de uma decisão que se deve considerar da mesma estatura da norma constitucional, e não da norma legal ou infralegal violadora do texto constitucional. O Tribunal Constitucional, nessas hipóteses, não atua simplesmente como legislador negativo, que nesses termos seria um legislador fraco, porque provisório e concorrente (não exclusivo), mas sua decisão tem hierarquia constitucional, da mesma estatura que a norma constitucional que prevalece sobre a norma impugnada. (TAVARES, 2012, p. 45).

Nessa hipótese, o Poder Judiciário atua com legitimidade, com competência constitucional própria, sem adentrar na competência originária do Poder Legislativo. Efetiva a jurisdição constitucional através de esforço hermenêutico em adequar o enunciado normativo impugnado ao comando constitucional regente da matéria, restando sua atuação legitimada pelo texto constitucional traçado pelo constituinte e expresso na Constituição da República de 1988.

4. Conclusão

A elaboração das políticas públicas pressupõe uma atuação subvencionadora positiva estatal objetivando a concretização de um mínimo existencial a ser assegurado ao cidadão. A efetivação dessas políticas públicas envolve uma colaboração entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, sendo uma das atribuições principais do primeiro ente estatal a aprovação da peça orçamentária, na qual constarão os recursos necessários para viabilizar a execução do planejamento dos serviços sociais aos quais o segundo ente estatal procedeu.

A escolha das prioridades a serem implementadas em sede de políticas públicas deve ser fruto de uma seleção racional efetuada pelo administrador público, sempre pautado pelo interesse público. A implementação das políticas públicas impõe a utilização de certa margem de discricionariedade e hierarquização dos objetivos a serem alcançados, sendo fruto de um processo político de balizamento de prioridades a serem implementadas a partir de um conjunto de ações dos governantes e da sociedade civil, em verdadeira simbiose.

Ao se tratar do tema políticas públicas no cenário político institucional brasileiro, verifica-se uma crescente tendência à judicialização das referidas questões, ora por haver omissão total do Estado em relação aos comandos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais, ora pela omissão parcial do Estado na observância dos referidos comandos e ora por ineficácia das estruturas e instituições designadas pela lei como responsáveis pela implementação das referidas políticas públicas.

A atuação estatal ineficiente leva ao ativismo judicial, fazendo com que os magistrados passem a tutelar os direitos essenciais ao bom funcionamento da democracia através da construção de uma lei para cada caso concreto, passando a atuar em seara que, *a priori*, deveria ser exclusiva do Poder Legislativo, através da edição de normas de cunho geral.

Para que a atuação do Poder Judiciário seja legítima, torna-se necessário o estabelecimento de balizas de acordo com o grau de implementação das políticas públicas adotadas pelo Estado. Essa atuação é tanto mais legítima quanto menor for o grau de implementação das políticas públicas realizadas pelo Estado. Quanto mais abstrata for a lei, mais espaço haverá para a omissão estatal (ineficiência) e para a atuação judicial, na tentativa de correção desta omissão estatal.

A intromissão do judiciário em certas hipóteses, atuando como legislador positivo, pode mostrar-se nefasta à consecução das políticas públicas planejadas pelo Estado-Administração a longo prazo, por redirecionar recursos estatais a um ou alguns indivíduos inicialmente não contemplados nas ações da referida política pública. Haveria, nessa hipótese, verdadeira substituição do mérito administrativo pela sentença judicial. Não se afigura legítima, pois, a atuação judicial substituindo o Poder Legislativo quando se tratar de normas programáticas que não envolvam o mínimo existencial, devendo o judiciário adotar uma postura de *self restraint* (autocontenção) em sua forma de atuação.

Já nas situações em que a implementação das políticas públicas foi formalmente atendida, mas materialmente verifica-se incompatibilidade com o texto constitucional, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no intuito de repor a integridade normativa da constituição, de modo que a referida lei ou o ato normativo sejam eliminados por incompatibilidade com o texto constitucional. Trata-se de hipótese em que a atuação do Poder Judiciário está prevista no texto constitucional, ficando caracterizada a sua legitimidade, pois sua atuação foi antevista pelo constituinte e inserida no texto constitucional, com vistas a resguardar os interesses da coletividade.

5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1458/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de maio de 1996. *DJ*, 20 set. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>>. Acesso em: 7 ago. 2013.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, DF, n. 21, jun. 2000. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORO, Sérgio Fernandes. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. *Seqüência*: revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC, Santa Catarina, n. 41, v. 21, p. 83-112, dez. 2000.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial*: el Debate Hart y Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Artigo recebido em: 18/06/2013.

Artigo aprovado em: 26/09/2013.