

DA DESJUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: AS POSSÍVEIS DIFERENÇAS ENTRE AS POLÍTICAS PREFERIDAS E PREFERENCIAIS E O PAPEL DO PODER EXECUTIVO

THE DE-JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES: THE POSSIBLE DIFFERENCES BETWEEN PREFERRED AND PREFERENTIAL POLICIES AND THE ROLE OF THE EXECUTIVE BRANCH

Danilo Henrique Nunes¹
Raul Lemos Maia¹
Edilson Vitorelli Diniz Lima¹

Recebido em: 13/01/2022
Aceito em: 02/05/2023

dhnunes@hotmail.com
rlemosmaia1998@gmail.com
edilson.vitorelli@unaerp.br

Resumo: O objeto de discussão deste artigo centra-se na análise da desjudicialização da política pública a partir da relação que a intervenção do Poder Judiciário à concreção de políticas públicas causa aos demais Poderes e ao direito pátrio, principalmente no tocante à efetividade dos direitos fundamentais. Apresenta-se, inicialmente, a perspectiva da separação de poderes e eventual conflito de normas entre os entes públicos. Sendo estabelecida, ainda, a devida diferenciação entre acesso à justiça e judicialização das políticas públicas, o que leva a compreender a ADPF nº 45 e sua relevância para o debate sobre Políticas Públicas no Brasil, inclusive traçando o paralelo da judicialização das políticas públicas com o chamado ativismo judicial, salientando suas vicissitudes ao Estado Democrático de Direito. Por fim, destaca as políticas públicas preferidas e preferenciais, de modo a contestar a eficácia da intervenção excessiva do Poder Judiciário ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Intervenção do Poder Judiciário; Concreção de Políticas Públicas; Separação dos Poderes;

Abstract: The object of discussion of this article is centered on the analysis of the de-judicialization of public policy from the relationship that the intervention of the Judiciary to the concretion of public policies causes to the other Powers and to the homeland law, especially regarding the effectiveness of fundamental rights. Initially, the perspective of the separation of powers and possible conflict of rules between public entities is presented. Being established, still, the due differentiation between access to justice and judicialization of public policies, which leads to understand the ADPF No. 45 and its relevance to the debate on Public Policy in Brazil, including tracing the parallel of the judicialization of public policies with the so-called judicial activism, highlighting its vicissitudes to the Democratic State of Law. Finally, it highlights the preferred and preferential public policies, in order to contest the effectiveness of the excessive intervention of the Judicial Power to the Executive and Legislative Power.

Keywords: Judicial Activism; Judicial Power Intervention; Concretion of Public Policies; Separation of Powers;

1. INTRODUÇÃO

¹ Universidade de Ribeirão Preto, Unaerp - Ribeirão Preto/SP

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao estipular o Estado Democrático de Direito, estabeleceu direitos fundamentais a serem respeitados e postos em vigor, impondo os fundamentos principais do texto constitucional e os objetivos que a sociedade brasileira passou a ter com a democratização do Estado. Da mesma forma, impôs a tripartição dos Poderes da República, de forma que atribuiu a cada um deles as suas competências e especialidades, determinando-se a autonomia e respeito institucional entre eles, sem afastar-se, todavia, da finalidade precípua do Estado: o bem-estar do cidadão.

Questiona-se, a partir de então, se a atuação do Poder Judiciário, ao implementar políticas públicas pela omissão do Poder Executivo ou pela execução de forma insuficiente, respeita a proporcionalidade e a separação de poderes. Para tanto, quando se há uma intervenção do Poder Judiciário no contexto que, *a priori*, seria atribuição de outro Poder constituído, é necessário que se estabeleçam alguns critérios, a fim de que não haja discrepância entre uma ordem jurisdicional e uma ordem executiva, assolando a autonomia determinada pelo texto constitucional.

Assim, discute-se que, mesmo com as intempéries do acesso à justiça, em se tratando de reparação de danos coletivos, e a falta de políticas públicas emancipatórias e redistributivas, a judicialização de políticas públicas vem ocorrendo de maneira corriqueira. A partir de então, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 – MC/DF estabeleceu parâmetros acerca da concreção das políticas públicas, utilizando o mínimo existencial e a reserva do possível como balizadores do gasto orçamentário do Estado e da necessidade de amparo de parcela da sociedade.

Ocorre que, diante da materialização de políticas públicas por meio do Poder Judiciário, com a chamada judicialização, estabelece-se um paralelo com o chamado ativismo judicial, uma vez que as decisões do Poder Judiciário, ao notar a necessária proteção aos direitos fundamentais, procurando-lhes assegurar sua devida efetivação, passaram a conter traços de natureza política, com uma interpretação mais proativa do Judiciário. Por isto, tem por objetivo geral investigar o papel da judicialização das políticas públicas enquanto fenômeno capaz de afrontar a separação dos poderes, com a ausência de legitimidade democrática dos agentes do Poder Judiciário na seleção das políticas públicas e conseqüente insegurança na efetivação dos direitos fundamentais.

Ainda, diante da diferença entre a judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, tem-se o ponto fulcral do presente trabalho, qual seja a distinção entre as políticas públicas preferidas das políticas públicas preferenciais, indicando a relevância de se utilizar métodos objetivos para a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário, para que não haja uma crise entre os Poderes da República e a execução de políticas subsidiárias à necessidade real.

No decorrer do problema, serão analisados os aspectos mais relevantes da judicialização de políticas públicas, comparando-o ao acesso à justiça e contrastando-se ao ativismo judicial. Ademais, relacionar-se-á às políticas escolhidas pelo Poder Executivo, trazendo á baila as políticas preferidas e preferenciais, no tocante à distribuição e redistribuição, para analisar a concreção de tais políticas pelo Poder Judiciário.

Sob os métodos de revisão de literatura e hipotético-dedutivo, pretende-se abordar o tema de forma estruturada e analítica.

2. DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A SEPARAÇÃO DE PODERES: CONFLITO APARENTE DE NORMAS

A Constituição Federal da República Brasileira, promulgada em 1988, trouxe contornos importantes para as políticas públicas, a fim de estabelecer metas e objetivos que, ao longo do tempo, definiriam as ações governamentais de controle das políticas públicas e os planos de execução dos projetos de Estado, alçando melhor qualidade de vida à sociedade brasileira, principal fim da Magna Carta.

A implementação de políticas públicas, fator de grande complexidade, é colocada como fase necessária para que se coloquem em prática a filosofia teórica de determinada política. Neste sentido, antes que seja efetivamente colocada em execução, uma decisão acerca da temática de nada garante que se torne real. Não há um vínculo direto entre a decisão tomada e sua efetiva implementação, nem mesmo entre sua implementação e um resultado satisfatório (RUA, 1998).

E assim, a questão que se apresenta é acerca da sua implementação por meio de decisões judiciais, eis que, diante de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário, utilizando-se do poder jurisdicional que lhe é atribuído constitucionalmente, passa a exercer autoridade em relação à demanda de políticas

públicas não implementadas, ou insuficientemente executadas. E quando há a atuação do Judiciário, esta se dá respeitando-se a proporcionalidade? A decisão judicial de implementação de políticas públicas afronta a separação de poderes?

Para tanto, necessária se faz a distinção entre o acesso à justiça e a judicialização de políticas públicas, uma vez que a busca pelo direito é elemento central do Estado Democrático de Direito, sendo o acesso à justiça um direito consagrado na atual democracia, relacionado à luta em prol da igualdade, sendo imprescindível para que cada cidadão busque a tutela de seus direitos perante o Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A democracia de um Estado pressupõe uma limitação ao Poder do ente em prol de seu povo governado. A separação de poderes, em razão disto, é instrumento relacionado à atividade estatal a fim de desconcentrar as atribuições e competências em um ponto central. Ou seja, dividem-se os poderes em esferas de competência, utilizando-se da dinâmica de freios e contrapesos para que cada um dos poderes possa fiscalizar os demais (SOUZA, 2015, p. 21).

Neste sentido, analisa-se a atuação do Poder Judiciário enquanto elemento basilar da separação de poderes, a fim de corroborar ao ideal democrático do sistema de freios e contrapesos, fundamental para assegurar a autonomia e independência entre os Poderes da República. Isto porque, a concretização de políticas públicas, *a priori*, se dá pela atuação do Poder Executivo, divergindo da implementação de políticas públicas pelo Judiciário atuante de forma massiva.

O princípio da separação de poderes advém da filosofia de Aristóteles, sendo de extrema relevância para o enfraquecimento do absolutismo dos séculos XVI e XVII. Posteriormente, a teoria encontrou respaldo na doutrina de John Locke, o qual indicou os três poderes, distribuindo-se as funções entre eles, com o legislativo para a elaboração de leis, o executivo para a aplicação das leis e o federativo, que serviria para a elaboração de tratados e alianças com outros Estados e organismos internacionais (LOCKE, 1994).

A contribuição de Locke para a filosofia de separação de poderes é deveras importante para a determinação de atos do Poder Público, com a delimitação daqueles a serem realizados entre cada poder. Entretanto, somente com Montesquieu é que a Separação de Poderes ganhou o devido destaque, estabelecendo o sistema de freios e contrapesos, que garante a independência

entre os poderes e a divisão do poder político como se vê na atualidade. Contudo, essa separação não necessariamente se dá de maneira privativa, há que se considerar pontos de intersecção entre os poderes, inclusive sendo adotado pela própria ideia de Montesquieu, conforme assevera Ferreira Filho (2012, p. 317):

O próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo. A organização, todavia, dos três poderes na Constituição envolve sempre uma certa invasão de um poder na função reservada a outro. Assim é que o legislativo às vezes julga (p. ex., o Senado brasileiro, os crimes de responsabilidade do Presidente — art. 52, I, da Constituição de 1988) e não raro administra (p. ex., quando admite pessoal para a sua secretaria).

Igualmente, o judiciário ora administra (v. g., quando um tribunal organiza o seu secretariado), ora participa da elaboração da lei (pela iniciativa de certos projetos — v. g., Constituição de 1988, art. 96, II), se é que não legisla pelas súmulas vinculantes (v. g., CF, com a EC n. 45/2004, art. 103-A).

Enfim, o Executivo não raro legisla (formalmente pelas medidas provisórias ou pela delegação, informalmente por meio dos “regulamentos”) e julga (no contencioso dito administrativo).

A especialização inerente à “separação” é, dessa forma, meramente relativa. Consiste numa predominância no desempenho desta ou daquela função. Cada poder, em caráter secundário, colabora no desempenho de outras funções, pratica atos teoricamente fora de sua esfera.

O que se indica pela lógica da tripartição dos poderes é, portanto, uma divisão de tarefas conferidas de modo a facilitar os objetivos constitucionais de uma sociedade. Contudo, apesar dos atos específicos relativos a cada um dos poderes, não há de maneira absoluta a exclusividade de um poder nas funções estatais, mas devem harmonizar entre si em busca dos fins do próprio Estado.

O desempenho de funções atípicas, no entanto, deve se dar de maneira pontual e harmônica, de modo a manter o respeito institucional e as prerrogativas de cada órgão. Constitui óbice à excepcionalidade de tais medidas, portanto, a atuação do Judiciário com ingerência, desempenhando constantemente funções que não lhe são próprias, fator que acaba por instaurar um conflito aparente à harmonia e separação dos poderes. Ocorre que, diante do conflito entre a implementação de políticas públicas necessárias pelo Poder Judiciário e o princípio da separação dos poderes, é determinante a análise das circunstâncias concretas, realizando-se uma atividade de ponderação, que chegará a uma condição de prioridade de um sobre o outro no caso em análise (ALEXY, 1988, p. 146).

Partindo dessa premissa, o fenômeno da judicialização de políticas públicas deve ser ponderado em face da Tripartição dos Poderes, uma vez que sua natureza

permeia tal princípio na busca de garantir direitos expressamente previstos no texto constitucional. No entanto, esta judicialização apresenta contornos adaptados ao modelo de separação dos poderes políticos, diferente do chamado ativismo judicial, que será tratado em momento posterior

2.1 DIFERENÇA ENTRE ACESSO À JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a evolução da sociedade, em particular da brasileira, ao contrário do que haveria de ocorrer, o acesso à Justiça como direito humano fundamental enfrenta dificuldades quanto à efetividade e à eficácia processual, em especial na reparação de danos coletivos, seja em razão da volumosa máquina judiciária, seja pela inoperância do Estado frente às demandas sociais que emergem de um constitucionalismo tardio, bem como da ausência de políticas públicas emancipatórias e redistributivas.

Fato é que alcançar o Poder Judiciário para a solução de conflitos tem se tornado uma verdadeira jornada processual, por vezes de alto valor financeiro para as partes e incapaz de entregar o bem da vida tutelado àquele que busca a resolução do seu litígio. Ademais, na busca por direitos sociais, acaba-se por utilizar o Poder Judiciário como substituto da Administração Pública, diante de inércias legislativas e execuções tardias de políticas públicas, apesar dos óbices processuais e das especificidades de um processo judicial.

Postular em juízo direito próprio ou alheio em nome próprio, nos casos de substituição processual, tem fulcro no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e visa a assegurar não somente os direitos individuais, mas também os coletivos em sentido amplo. A Assembleia Ordinária Constituinte de 1988 inseriu na Lei Maior inúmeros princípios que servem de norte e que devem ser consagrados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. De modo especial no que tange ao devido processo legal e a seus desdobramentos, estão insertos no rol dos direitos e garantias fundamentais os princípios da inafastabilidade de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, além da razoável duração processual e da efetividade na resolução da lide em busca da segurança jurídica.

Sob o prisma dos Direitos Humanos, o acesso à justiça, segundo Hermam Benjamin (1995, p. 77), pode ser definido de três formas. A primeira, “em sentido restrito, diz respeito ao acesso à tutela jurisdicional de direitos”, dando a noção de se ter acesso a um juiz natural para a composição de litígios. A segunda, prossegue o autor, “em sentido mais amplo, embora insuficiente, refere-se ao acesso à tutela, jurisdicional ou não, de direitos”, demonstrando, aqui, a possibilidade de utilização de mecanismos de solução de conflitos judicialmente ou, ainda, extrajudicialmente. Por fim, completa: “em acepção integral, significa acesso ao Direito como a tutela à ordem jurídica justa, conhecida e implementável”.

Atrela-se o acesso à justiça aos direitos sociais, principalmente quanto à sua faceta coletiva, trazendo à baila a discussão em prol dos limites de atuação do Estado. Afinal, ainda que de maneira desinteressada, o amplo acesso à justiça torna o Poder Judiciário campo de debate acerca da implementação de políticas públicas concernentes à discricionariedade dos demais poderes, ultrapassando o limiar existente entre o efetivo acesso à justiça e a judicialização das políticas públicas.

Como forma de responder a esse óbice de acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 127) tratam das três ondas renovatórias. No caso da primeira, ela é relacionada à assistência judiciária às pessoas pobres e está intimamente ligada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. Na segunda, trata-se de postular em juízo casos de interesses difusos, vencendo o desafio burocrático da máquina judiciária. Já na terceira, esta se dedica à dimensão mais ampla de acesso à justiça, sendo fundamentada nas técnicas processuais adequadas de soluções de litígios. No entanto, ao se estipular uma amplitude do acesso à justiça, o aparato jurídico passa a englobar atribuições alheias, impondo-se aos agentes políticos decisões de caráter administrativo ou legislativo. Isto pode vir a desequilibrar o sistema de freios e contrapesos quando se há uma exacerbação de decisões judiciais que buscam responder a anseios de parcela da sociedade, diante de instâncias representativas afastadas das necessidades sociais.

Por conseguinte, essa judicialização denota que algumas questões de grande repercussão na sociedade, seja ela política ou social, sejam decididas por órgãos do Poder Judiciário, não pelas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2009). Assim, tem-se uma maior atuação dos juízes, bem como uma amplitude na intervenção do Ministério Público, judicializando demandas de caráter social, a fim de se impor a execução do objeto das políticas públicas.

Há, portanto, uma judicialização das políticas públicas, segundo as quais integrantes da sociedade que se veem desamparados pelo Poder Público valem-se do Poder Judiciário em busca de um direito constitucionalmente previsto, cuja prestação não seja realizada pelo Estado ou cuja execução se dê de maneira insuficiente. Neste sentido, acaba-se por determinar a possibilidade do Judiciário intervir em matéria de políticas públicas, com o fundamento de que haja uma concreção de direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Ocorre que a fixação e determinação de políticas públicas não se incluem dentre as competências do Poder Judiciário. Entretanto, não deve o Poder Judiciário eximir-se quando da omissão dos demais poderes em executar mandamentos constitucionais, sendo caso de violação aos direitos fundamentais, objeto de intervenção do Poder Judiciário para assegurar os direitos lesados (OLIVEIRA, 2006, p. 405-406).

Nota-se haver uma atividade atípica realizada pelo Judiciário, cuja intervenção se dê de modo a ser compatível com os objetivos da Constituição Federal, respeitando-se, ainda, a independência e a harmonia entre os Poderes da República. Não há contraposição nem hierarquia na divisão constitucional, mas fala-se em distinção de funções e atribuições constitucionais, havendo pontos tangentes entre os Poderes, a fim de se relacionar aos fundamentos e objetivos constitucionais.

A função do Poder Judiciário, prevista expressamente na Carta Magna, relaciona-se à finalidade precípua do Estado. Para Ada Pellegrini Grinover:

[...] no Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal (GRINOVER, 2010, p. 13-14).

E complementa:

O controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, portanto, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado (GRINOVER, 2010, p. 14).

E a crescente judicialização das políticas públicas se dá por diversos fatores. A implementação de políticas estatais passa a ter como instrumentos de grande repercussão as decisões judiciais, que trouxeram em seu bojo matérias tratadas majoritariamente nos processos legislativos. Por tal motivo, os direitos fundamentais devem ser analisados quando do contexto jurídico das decisões do Poder Judiciário, vislumbrando-se balizas a serem observadas como condições para a implementação de políticas públicas. Assim, observa-se não haver na judicialização afronta direta à norma constitucional, mas mantém sua constitucionalidade enquanto não ultrapassar os conceitos limítrofes de judicialização e ativismo judicial.

Igualmente, razão existe em se sopesar os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível para que não haja uma execução de políticas públicas deficitária ou mal planejada àquele grupo amparado pela decisão judicial que, por algum motivo, não se atentou ao contexto fático e econômico do ente obrigado a executar a política estatal.

2.2 COMENTÁRIOS À ADPF Nº 45: DOS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO BALIZADORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 – MC/DF², apesar de possuir natureza de decisão monocrática do à época Ministro Celso de Mello, foi de relevância ímpar no debate da implementação de políticas públicas de direitos sociais, uma vez que introduziu a relação substancial dos direitos fundamentais com as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como parâmetros econômicos aos três poderes.

No caso em tela, determinou-se o arquivamento de medida cautelar na ADPF por perda superveniente de seu objeto. No feito, houve por objeto um veto do Presidente da República ao dispositivo do artigo 55, §2º, posteriormente renumerado ao artigo 59, §2º, da Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2003, o qual fixava as diretrizes pertinentes da Lei Orçamentária do ano de 2004. Sustentou-se haver desrespeito à Emenda Constitucional 29/2000, a qual garante recursos

² PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381> Acesso em: 06.ago.2022

financeiros mínimos para o âmbito da saúde, eis que com o veto, importaria afastar-se a obrigação constitucionalmente expressa de se determinar um percentual mínimo do erário público às ações e serviços de saúde.

Posteriormente, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional um novo projeto de lei, que culminou na Lei 10.777/2003. Assim, entendeu-se ter havido a perda do objeto pela tramitação de um novo projeto logo após a propositura da ação constitucional, de forma que foram mantidos os percentuais mínimos de vinculação da receita estabelecidos para a área da saúde.

Confirmando-se o teor dos fundamentos narrados, no julgamento da ação constitucional em comento. A decisão proferida pelo Relator foi de grande repercussão ao arcabouço jurídico. Apresentou-se o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal, considerando-se a dimensão política da jurisdição constitucional, não poderia deixar de efetivar tais direitos, uma vez que a inércia do Poder Público também desrespeita a Constituição Federal. Para tanto, estabelecem-se alguns critérios para a atuação positiva do Estado, o que de fato promove a discussão acerca do mínimo existencial e da reserva do possível como instrumentos de parâmetro para as decisões que buscam implementar políticas públicas.

A esse respeito, salienta-se que o mínimo existencial não se encontra expresso na Constituição Federal de 1988, eis que se trata de construção doutrinária que, ao longo do tempo foi difundida na jurisprudência pátria. Atrelado à dignidade da pessoa humana, opera-se a favor de que todo cidadão possa ter suas necessidades essenciais intrínsecas à sobrevivência supridas pelo Estado.

Desta forma, estabelece a possibilidade de o cidadão viver de forma a corresponder o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social, exemplo que garante o mínimo existencial, possui uma faceta de ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), o que evidencia a tutela e promoção da dignidade da pessoa humana (SARLET; ZOCKUM, 2016, p. 121).

A partir de então, destaca-se o papel de um Estado social, em busca da proteção aos cidadãos, de modo especial àquela parcela vulnerável, a qual, sem o amparo do Poder Público, não atinge o patamar mínimo de dignidade humana, vivendo à margem da sociedade. Destarte, as garantias constitucionais devem ser asseguradas a todo indivíduo, sendo prestados pelo Estado, de forma a garantir aquilo que for indispensável à sua qualidade de vida, não somente à sua existência.

Neste sentido, Daniel Sarmento, ao evidenciar os ideais do brasileiro Pontes de Miranda, leciona que:

Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período [...]. O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto. (PONTES DE MIRANDA, 1933, p.28-30 apud SARMENTO, 2019, p. 191).

Assim, busca-se demonstrar que há na teoria do mínimo existencial a representação de um dos fundamentos jurídicos no tocante à judicialização das políticas públicas. O Estado não há razão de ser se ao cidadão não forem supridas as condições mínimas para sua essência de vida, sendo relevante exigir do Poder Público aquilo que lhe é assegurado pelo texto constitucional, principalmente de modo a considerar o mínimo vital relativo, seguindo as especificidades de cada indivíduo.

E ainda, não se deve considerar a filosofia do mínimo existencial como mera teoria, uma vez que se atrela à natureza de direito essencial e inalienável, a ser respeitado e garantido. Ou seja, não pode sequer ser mensurado pela quantidade, mas sim pela sua qualidade, pelos frutos que dá a sociedade de forma útil, e, por isto, constitui a complexidade de se mensurar, principalmente quando da desigualdade visível em grupos sociais vulneráveis (TORRES, 1989, p. 29).

Contudo, a discussão acerca da intervenção do Poder Judiciário no contexto das políticas públicas não encontra unicidade de pensamentos. Ao Estado, como ente público, é imposto o respeito às possibilidades orçamentárias. Ou seja, nem sempre a política pública é executada pelo Poder Público de maneira automática, eis que, uma incapacidade econômico-financeira, por exemplo, acaba por inviabilizar a concreção ao comando constitucional.

Em contraposição à teoria do mínimo existencial, portanto, fala-se na reserva do possível, a qual representa os obstáculos que as políticas públicas possam sofrer no trâmite procedimental, quando da busca por efetivar direitos sociais de caráter essencial, a saber, são questões relacionadas à responsabilidade fiscal e

disponibilidade dos recursos públicos, fatores com grande capacidade de afetar diretamente a questão financeira do Estado (SILVA; MASSON, 2015, p. 205).

A teoria da reserva do possível foi inicialmente utilizada na Alemanha, em razão do Tribunal Constitucional alemão decidir pela improcedência de uma ação judicial cujo objeto era o ingresso no curso de medicina em universidades de Hamburgo e Munique, com o questionamento do número de vagas disponíveis para os estudantes. A partir de então, utilizou-se o fundamento da reserva do possível como argumento justificante da deficiência na prestação de serviços públicos, eximindo o Poder Público de implantar determinados direitos sociais em razão de sua disponibilidade orçamentária.

No entanto, conforme evidencia Nathalia Ramalhete dos Santos (2019, p. 16),

Enquanto na Alemanha a reserva do possível estava ligada a uma ideia de razoabilidade, ou seja, aquilo que um indivíduo poderia requerer da sociedade de modo razoável, no Brasil a teoria foi tomada unicamente como a reserva do financeiramente possível.

Desta forma, nota-se que, a teoria da reserva do possível à brasileira não se pauta unicamente pela razoabilidade da pretensão de implementação de políticas públicas cujo objetivo seria concretizar direitos sociais. A interpretação brasileira fez de tal teoria a reserva do financeiramente possível, ou seja, passou-se a condicionar a realidade financeira do Estado, sem considerar a realidade fática e social em crise da sociedade pátria.

De todo modo, a reserva do possível traz em seu bojo a premissa de que, para a concreção de políticas públicas, os recursos do Estado sejam suficientes e, ainda assim, tenham previsão orçamentária para o gasto pugnado, impondo uma limitação à responsabilidade do Estado, desobrigando-o de determinados dispêndios (MARTINS, 2015, p. 315).

Contudo, a implementação de uma política pública determinada pelo Poder Judiciário, a ser executada pelo Poder Executivo, não é impedida pela reserva do financeiramente possível sem a devida justificativa. O argumento de que o Estado não possui recursos suficientes para o suprimento da política a ser executada não se estabelece como balizador de tal execução, mas necessária a construção probatória da realidade do ente público.

Assim, é insuficiente a mera alegação por falta de recursos do Poder Público, devendo, inclusive, a própria Administração provar sua escassez financeira, por haver a inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), por analogia, ou mesmo atribuindo-se ao ente público, pela distribuição dinâmica do ônus da prova, por sua maior facilidade em prová-la (GRINOVER, 2010, p. 24).

Não se pode, todavia, deixar de considerar a importância da manutenção dos recursos do Estado, ainda que não haja prova intrínseca da situação de escassez econômica do Poder Público. Afinal, mesmo que a política pública debatida tenha um custo razoável à Administração, pode não ser a mais necessária àquela localidade naquele momento, do ponto de vista da coletividade, afetando-se, porém, o orçamento previsto para os demais dispêndios do ente público.

Isto porque, mesmo com a finalidade de assegurar direitos sociais mínimos e exigir políticas públicas universais, com o excessivo custo financeiro, impõe-se a necessidade de debater acerca de questões relativas ao caso concreto, visando analisar a prestação a ser determinada pelo Poder Judiciário, condicionando-se o mínimo existencial a uma ponderação com demais bens, princípios e direitos (ESPINOZA, 2017, p. 108).

Arelado a isto, destaca-se que a implantação de direitos sociais, por meio das políticas públicas, em se falando de medidas executadas pelo Poder Público, causa impacto na divisão orçamentária, independentemente de determinação judicial ou discricionariedade do Executivo. De tal modo, torna-se injustificável a adoção de medidas extremas, sem a devida ponderação entre os Poderes da República acerca das finalidades da Constituição e possibilidades do ente público. Neste sentido, estabelece-se um panorama bastante perceptível: as possibilidades materiais são, de certa forma, limites aos direitos sociais proclamados pelas políticas públicas, uma vez que a existência de normas e técnicas hermenêuticas sequer produzirão avanços quando houver ausência de recursos financeiros para cobrirem as despesas geradas por direitos subjetivos (BARCELLOS, 2002, p. 237).

O que se tem em questão, portanto, é que o liame entre o mínimo existencial e a reserva do possível serve de parâmetro axiológico para o estabelecimento de políticas públicas, trazendo à baila a razoabilidade para analisar o binômio (possibilidade do ente público/necessidade e conveniência coletiva daquela política pública em questão).

3. DA EVIDENTE DIFERENÇA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NA CONCREÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A concreção de políticas públicas é finalidade do Estado, o que vem a realizar em prol da efetivação de direitos fundamentais, utilizando-se dos meios necessários para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana nas políticas estatais. Ante o aspecto democrático da Constituição Federal de 1988, reconhecendo as conquistas de um Estado Democrático de Direito, com a centralização dos objetivos constitucionais aos demais dispositivos do ordenamento jurídico, passa-se a debater as configurações do chamado Ativismo judicial, em contraposição à judicialização das políticas públicas, em razão de distinções claras entre ambos, no tocante à interferência do Poder Judiciário aos demais Poderes constituídos.

A respeito da diferença entre os fenômenos aqui tratados, Barroso (2009, p. 14) descreve com exatidão:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Assim, observa-se na judicialização de políticas públicas, uma interferência do Poder Judiciário aos demais Poderes da República, cuja finalidade seja efetivar garantias constitucionais até então esquecidas pelo legislador ou pelos chefes do Executivo. Entretanto, o que se nota é que tal intervenção não seja prejudicial ao modelo constitucional. Em verdade, ela decorre do modelo de separação adotado na democracia brasileira, tratando-se de um fenômeno pontual e necessário do sistema de freios e contrapesos para o vínculo entre os Poderes constituídos.

Paralelamente, tem-se no ativismo judicial um fenômeno “umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante”. Por outro lado, a judicialização de questões sociais ou políticas atrela-se à expansão da sociedade e da crise da

democracia, eis que apresenta uma gama de regulações, havendo uma capilarização de tais questões ao Poder Judiciário (OLIVEIRA et al., 2010, p. 271).

Diferentemente, a judicialização de políticas públicas não se dá a depender da vontade do Poder Judiciário, ou seja, depende de uma provocação da sociedade acerca da pretensão de uma garantia constitucionalmente amparada. Há, neste aspecto, uma amplitude do acesso à justiça em razão de se considerar o Poder Judiciário mais um instrumento de efetivação de direitos sociais, afastando-o do papel de espectador, com sua atuação em prol das finalidades constitucionais.

Outrossim, há uma ímpar distinção entre o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas. Conforme se mencionou, o papel do ativismo, associado à interpretação constitucional, se dá de maneira imediata na busca por concretizar os direitos fundamentais. Ou seja, não se trata de um aumento de demandas judiciais, mas relaciona-se à forma de atuação do Poder Judiciário, com a maneira de solucionar as pretensões demandadas. Assim, “a grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política” (STRECK, 2013, *online*).

A importância dos dizeres de Lênio Streck se dá pela atuação do Poder Judiciário no modelo de sistema democrático em vigor no Brasil. As condutas de um Judiciário ativista refletem uma sociedade carente de políticas sociais e um processo legislativo em crise, desde a escolha dos representantes do povo à efetividade de dispositivos já vigentes no ordenamento jurídico e, por isso, passa-se a utilizar o Poder Judiciário como *prima ratio*. Isto porque, conforme Barroso, o ativismo judicial geralmente “se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (BARROSO, 2009, p. 14).

Por outro lado, a judicialização de políticas públicas está presente nos regimes democráticos, sendo um fenômeno comum em sociedades que estruturam os Poderes da República com limitações ao poder político e autonomia entre os órgãos, apenas havendo pequenas intervenções entre eles, conforme a dinâmica dos freios e contrapesos, o que afasta eventuais subordinações e hierarquias entre os Poderes. De todo modo, evidenciam-se alguns aspectos de uma sociedade acometida pela judicialização de suas políticas públicas, a saber:

a) o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais (núcleo compromissório da Constituição); b) o nível de profusão legislativa com o conseqüente aumento da regulamentação social; c) o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade. Na medida em que aumentam os indicadores de inefetividade dos Direitos Fundamentais, os índices de produção legislativa, e da litigiosidade social, também aumentará o nível de judicialização (...) (OLIVEIRA et al., 2010, p. 282).

Já no tocante ao ativismo judicial, a atividade decisória utiliza do contexto fático da sociedade, inclusive diante das mesmas condições de inefetividade dos direitos fundamentais, profusão legislativa e litigiosidade, aplicando-se, todavia, uma interpretação direcionada à concreção de políticas públicas de maneira direta, havendo, apesar da finalidade constitucional, um conflito aparente entre o ativismo judicial e a separação dos poderes. Em tal atividade decisória, o magistrado, ao deparar-se com direitos fundamentais claramente descumpridos pelo Poder Público, seja pela não implementação, seja pela implementação insuficiente, passa a decidir de maneira ativista, o que se verifica, em regra, pela:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 14).

Por tal razão, afere-se que, da aplicação da interpretação do ativismo judicial, resulta-se em uma concreção de políticas públicas determinada pelo Poder Judiciário, como forma de interferência direta do julgado ao que fora legislado. Isto acaba por impor uma dificuldade aos Poderes Executivos e Legislativos, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, uma vez passam a depender de forma direta de decisões ativistas, correndo riscos de perderem a discricionariedade orçamentária.

Em decorrência disto, o ativismo à brasileira manifesta uma problemática complexa e perigosa, por estarem as decisões ultrapassando limites estabelecidos, e fundarem-se em argumentos morais, convicções pessoais, escolhas políticas. Há, portanto, uma discricionariedade judicial, na qual se difere a decisão da escolha, isto é, enquanto há intersubjetividade na decisão, com a compreensão do direito, na escolha tem-se a subjetividade, com as preferências do indivíduo (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 765).

Quer isto dizer que o ativismo judicial refere-se a decisões com teor de maior subjetividade, o que, além de afastar-se da função jurisdicional de valoração probatória e técnica, cria um protagonismo do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, uma vez que, por razões distintas, supre a carência de políticas públicas não implementadas com uma atuação jurisdicional resolutiva. Apesar das diferenças entre a judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, Solimani e Silva destacam que:

De todo modo, tanto a judicialização das políticas públicas quanto o ativismo judicial, apesar das críticas que sobressaem no mundo jurídico, é uma realidade sem perspectivas de mudanças no futuro próximo, em razão das condições políticas e institucionais que vivenciamos até que os Poderes constituídos deem efetiva implementação às Políticas Públicas necessárias à concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos (SOLIMANI; SILVA, 2019, p. 198).

Em suma, nota-se que há diversas diferenças entre a judicialização das políticas públicas e o método de interpretação do ativismo judicial. A judicialização, como se vê, tem conotação a ser um remédio à ausência de políticas públicas, mas seu excesso pode trazer efeitos colaterais sérios à harmonia democrática. Por sua vez, o ativismo judicial é placebo, que figurativamente parece amenizar a crise dos direitos sociais não implementados, trazendo uma falsa sensação de segurança e efetividade.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS PREFERIDAS Vs POLÍTICAS PÚBLICAS PREFERENCIAIS: DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO

A vida em sociedade pressupõe uma busca por proteção e cuidado entre os indivíduos. A História indica que o ser humano passou a conviver, agrupar-se e iniciar relações interpessoais mais habituais na busca pela sobrevivência, eis que, desde os primórdios da civilização, fazer parte de um grupo ou tribo significava estar em uma troca de interesses em prol do bem comum. Fato é que não necessariamente as conquistas do grupo eram usufruídas por todos os membros da tribo.

Na sociedade hodierna, todavia, pouco se vê em relação a mudanças no aspecto de distribuição dos frutos coletivos. A criação dos Estados, de modo a se organizarem politicamente, delimitando seu território e sua nação, determinou a

formalização dos grupos constituídos, mas não resolveu o problema da qualidade de vida almejada pela população. Tal fato somente pode vir a ocorrer quando não mais se falar em implantar políticas públicas, diante de utópicas realizações dos entes públicos, respeitando-se os ditames constitucionais.

Para adentrar nas distinções entre políticas públicas preferidas e políticas públicas preferenciais, necessário se fazer uma breve análise do contexto do Estado como responsável por implementar as políticas que gerem o cotidiano da coletividade. Para tanto, Hegel define o Estado como:

[...] a realidade em ato da Ideia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe. No costume tem o Estado a sua existência imediata, na consciência de si, no saber e na atividade do indivíduo, tem a sua existência mediata, enquanto o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade. (HEGEL, 1997, p. 216)

Desta forma, o Estado seria o fim em si mesmo, porque se coloca como finalidade e destinação dos indivíduos que necessitam de uma liberdade substancial, de tal modo que somente a união deles em prol do bem comum poderia dar-lhes a condição de existência, que é o próprio Estado. Isto acaba por revelar que, no pensamento hegeliano, os indivíduos apenas chegam à liberdade como cidadãos políticos, visando à manutenção de um ente comum, do Estado.

O Estado é o principal responsável pelas políticas de desenvolvimento social, sendo o processo de formação de políticas públicas o resultado de uma complexa interação de fatores econômicos, políticos e ideológicos. Os resultados dessas políticas econômicas não se limitam à viabilidade econômica, mas carecem de factibilidade política e de opções institucionais, havendo necessidade de concretização dos direitos por meio de prestações positivas do Poder Público (BERCOVICI, 2006, p. 143-144).

Neste sentido, faz-se necessário determinar quais as políticas públicas preferidas e quais as políticas públicas preferenciais a serem adotadas pelo Poder Público, a fim de que a dignidade da pessoa humana seja garantida a qualquer cidadão, diante da condição de existência conferida aos homens pelo simples fato de serem parte do conjunto de liberdades individuais que formam o Estado. Para tanto, o resultado das políticas públicas deve satisfazer a sociedade em voga, que é

o meio que o Estado se realiza e o fim em si mesmo. Assim, deve uma sociedade sofrer transformações por medidas do Poder Público, sendo papel do planejamento um comprometimento axiológico atrelado à ideologia constitucional na busca por um *status quo* econômico e social compreendido no contexto de legitimação do Estado, visando a realização dos objetivos predeterminados na Constituição Federal (BERCOVICI, 2006, p. 145-146).

Nota-se, neste íterim, ser responsabilidade do Estado a alteração do *status quo* de seus cidadãos para melhores condições de vida. E a implantação de políticas públicas eficazes é o método para que haja o desenvolvimento social e econômico de uma sociedade. Para tanto, estabelecem-se políticas públicas de caráter mais urgente a determinados locais, a depender da realidade enfrentada por cada grupo social. Por isto, requer do Poder Público o planejamento das suas políticas públicas, embasando-se no texto constitucional, à medida que diminua a carência do Estado àquele setor desamparado.

A respeito da temática, Juvêncio Borges Silva e Ricardo Silveira entendem que as políticas públicas:

[...]consistem em ações governamentais, previamente planejadas (programa), que se realizam no contexto de um processo ou conjunto de processos levados a efeito segundo leis previamente fixadas, judicialmente definidas e administrativamente realizadas, com objetivos sociais relevantes e determinados politicamente. Tais objetivos devem ser orientados axiologicamente, segundo uma escala valorativa de prioridades, bem como o provimento de meios para sua realização, e a previsão temporal de sua efetivação (SILVA; SILVEIRA, 2014, p. 76).

Infere-se, portanto, que as políticas públicas levam a sociedade a um novo patamar, de modo a valorar os objetivos e eleger prioridades para efetivar os direitos do cidadão. Assim, torna-se relevante o método como serão implementadas as políticas públicas escolhidas pelo ente público e em qual período estabelecer-se-ão, a fim de reprimirem as injustiças advindas da conjuntura social, sejam elas de caráter econômico ou cultural. Por esta razão, Nancy Fraser (2006) destaca o dilema da justiça, precipuamente, quando há, numa mesma parcela da coletividade, carência de políticas públicas em mais de um contexto.

Essas coletividades são “bivalentes”. São diferenciadas como coletividades *tanto* em virtude da estrutura econômico-política *quanto* da estrutura cultural-valorativa da sociedade. Oprimidas ou subordinadas, portanto, sofrem injustiças que remontam simultaneamente à economia política e à

cultura. Coletividades bivalentes, em suma, podem sofrer da má distribuição socioeconômica e da desconsideração cultural de forma que nenhuma dessas injustiças seja um efeito indireto da outra, mas ambas primárias e *co-originais*. Nesse caso, nem os remédios de redistribuição nem os de reconhecimento, por si sós, são suficientes. Coletividades bivalentes necessitam dos dois (FRASER, 2006, p. 233).

Em face disto, cumpre ressaltar que o controle de políticas públicas pelo Poder Público é responsável pelos remédios relativos às injustiças destacadas por Fraser, de modo a estabelecer qual o mais eficaz para estabelecer um patamar mínimo de igualdade coletiva. O que se coloca em pauta, contudo, é como se formalizar tais políticas, levando em consideração os Poderes constituídos competentes para a implementação e as características concretas do problema social a se dirimir. Como exemplo de coletividade bivalente, Fraser utiliza a luta contra a diferença de gêneros, uma vez que, por um lado, apresenta uma estrutura econômico-política de exploração e marginalização, baseado em uma divisão de trabalho produtivo remunerado e trabalho reprodutivo e doméstico, sendo uma injustiça distributiva, a qual deve ser devidamente tratada com políticas de redistribuição. Por outro lado, apresenta uma faceta de injustiça cultural-valorativa, com o androcentrismo e a desvalorização do feminino, negando-se direitos das mulheres de forma plena, o que exige medidas independentes e adicionais de reconhecimento (FRASER, 2006, p. 234).

Há razão, portanto, em se depreender que, da intervenção do Poder Judiciário às políticas públicas a serem colocadas em prática pelos demais poderes, há um grande risco à concreção dos direitos fundamentais, quando do excesso de judicialização ou quando se fala em um ativismo judicial. Isto porque, ao se implantar uma política pública, buscando remédios de reconhecimento ou de redistribuição, mister considerar cada aspecto da realidade social e econômica da parcela desamparada, bem como todo o contexto político e financeiro do ente público responsável pela execução, sob pena de se desestruturar o planejamento orçamentário do próprio Poder Público. Fato é que o Poder Judiciário, ante o aspecto externo da situação, pode não ser o mais viável a decidir unilateralmente acerca da implementação das políticas públicas.

Neste sentido, Eduardo José da Fonseca Costa, em uma análise pertinente do disposto, salienta que:

Não raro, a otimização judicial de uma determinada política - privilegiada de modo exclusivo e isolado pelo Ministério Público - enseja a desotimização judicial das políticas não privilegiadas. Nutrindo-se financeiramente uma delas, desnutrem-se as restantes (às vezes, tão ou mais carentes e emergenciais). Desorganiza-se por completo, assim, a metodologia discricionária de repartimento proporcional dos recursos finitos definida pelo governante (obs.: muitas vezes, esse planejamento financeiro obedece a promessas de campanha determinantes para a eleição democrática do governante e, justamente por isso, sintoniza com a vontade de povo). (COSTA, 2021, *online*).

Diante da condição imposta ao Poder Público, vê-se que há a predileção na escolha das políticas públicas a serem executadas, o que relaciona a dificuldade dos chefes do Poder Executivo cumprirem de forma integral as políticas determinadas, configurando o afastamento da realidade técnica do ente público, por uma discricionariedade advinda da decisão judicial respaldada pela visão do Ministério Público.

Para tanto, estabelece-se a distinção entre uma política pública preferencial, a qual pode ser executada pelo Poder Executivo, mediante orçamento público, e uma política pública preferida, vindo esta a se relacionar às questões políticas e sociais, de modo que há certo deslocamento de recursos entre as camadas sociais envolvidas. Há ao que se indica uma relação da política preferencial à característica distributiva das políticas públicas e da política preferida à faceta redistributiva.

Deste modo, fala-se em política distributiva enquanto decisões que privilegiem grupos específicos em detrimento de outros, influenciando mais a esfera individual que a coletiva, sendo sua implementação dada com recursos advindos do orçamento público. Por outro lado, as políticas redistributivas dizem respeito à transferência de recursos de uma camada social a outra, impondo perdas concretas a determinados grupos sociais, havendo por fonte do recurso classes econômicas de alta renda (BOFF; CIOATTO, 2013, p. 583-584).

Em suma, compreende-se a concreção de políticas públicas como necessária à qualidade de vida dos indivíduos. Contudo, para que haja uma justa persecução às injustiças econômicas, sociais, culturais e históricas, o Poder público deve se pautar na realidade de seus entes e nas características causadoras das mazelas em análise. Caso contrário, pode o Poder Judiciário, ao decidir de modo unilateral, incorrer em tratamentos equivocados de políticas públicas ineficientes àquele momento e, paralelamente, agravar os conflitos entre os Poderes da República.

5. DA (IN)EFICÁCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A JUDICIALIZAÇÃO EFETIVA DIREITOS OU TENSIONA AS RELAÇÕES DE PODER

Diante da atuação preponderante do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, havendo interferências pontuais aos demais Poderes da República, há que se fazerem algumas considerações, a fim de delimitar quais intervenções judiciais tornam-se prejudiciais à relação de autonomia que há entre o Executivo, Legislativo e Judiciário.

Conforme já destacado, a judicialização de políticas públicas, quando realizada de modo excepcional, pode apresentar um resultado satisfatório a dirimir questões urgentes e relevantes do ponto de vista das garantias fundamentais. Isto porque, ao se deparar com direitos fundamentais não respeitados, em razão de omissões dos outros poderes ou falhas e insuficiências das políticas públicas já existentes, o Poder Judiciário afasta-se da própria esfera de atuação de dizer a lei e passa a criar e regulamentar por meio de decisões judiciais. No entanto, para Carlos Henrique Solimani e Juvêncio Borges Silva (2019), a judicialização não afeta as relações entre os Poderes da República, pois:

Evidente que a atuação do Poder Judiciário não permeia as questões de natureza eminentemente política de formação, criação e estabelecimento das políticas públicas; ou na própria condução do Estado na esfera administrativa, própria do executivo; ou de produção normativa e fiscalizadora, próprias do Legislativo, sob pena de interferência direta na autonomia dos Poderes constituídos (SOLIMANI; SILVA, 2019, p. 190).

Ocorre que, a depender da decisão, o que poderia ser uma solução a uma ação individual, torna-se um problema coletivo e institucional, eis que acaba por interferir nas políticas públicas fixadas pelos demais Poderes. Neste sentido, exemplifica-se a judicialização com diversas ações individuais, principalmente relacionadas à educação e à saúde públicas, bem como as ações coletivas, a fim de determinadas prestações positivas pelo Estado.

Maria Silvyia Zanella Di Pietro (2015), em artigo acerca do tema, ilustrou tais exemplos com relatos de casos concretos, segundo a qual:

justificam a cautela e maior pesquisa sobre a matéria de fato: um juiz, para dar cumprimento a uma receita médica, determinou a compra de medicação

que, depois, ele veio a saber que se tratava de remédio para queda de cabelo. Outro estava preocupado porque soube que, a cada vez que se determinava a abertura de vaga em creche, uma criança que estava há longo tempo na fila de espera, era preterida para dar lugar àquela que foi beneficiada por ordem judicial (PIETRO, 2015, *online*).

Desta forma, a judicialização das políticas públicas, se realizada de maneira externa é causa de grandes tribulações ao direito brasileiro e aos demais Poderes constituídos, uma vez que deixa de operar na realidade concreta. Há, portanto, um prejuízo tanto aos interesses coletivos e individuais quanto à separação dos poderes, salientando haver uma decisão judicial decorrente de uma visão unilateral do Poder Judiciário, sem a devida compreensão da atuação do Poder Executivo.

De modo mais grave, por sua vez, o ativismo judicial traz riscos à legitimidade democrática, por não serem os agentes do Judiciário eleitos democraticamente. Ainda, tal interferência mais acentuada pode vir a causar uma politização indevida da justiça, em razão do liame estreito entre Direito e Política. Considera-se, além de tais objeções ao ativismo judicial, as limitações da capacidade institucional do Poder Judiciário, uma vez que nem sempre deve interferir nas políticas públicas, utilizando uma auto-limitação espontânea, pois nem toda matéria deve ser decidida em um tribunal (BARROSO, 2009, p. 16-19).

Conseqüentemente, nota-se que o ativismo judicial acaba por ultrapassar a área limítrofe de atuação do Poder Judiciário na esfera dos demais Poderes, enquanto a judicialização das políticas públicas se estabelece na intersecção da dinâmica dos freios e contrapesos e da afronta à separação dos Poderes, o que impõe a análise de cada decisão judicial, diante das diferenças e particularidades dos casos concretos, bem como das próprias políticas impostas pelo Judiciário, que podem não coincidir com o almejado pela coletividade.

Com relação a essa dificuldade, Eduardo José da Fonseca Costa (2021, *online*) leciona que

[...] nem sempre a política subjetivamente preferida coincide com a política objetivamente preferencial. A separação de poderes é um tecido bastante sensível, razão por que se aconselha precaução, cautela, moderação, bom senso, equilíbrio e responsabilidade na escolha que provocará a interferência excepcional do Poder Judiciário na esfera legislativo-governamental. Daí a necessidade de se *despsicologizar* o sistema de controle judicial de políticas públicas e, destarte, de se adotar o modelo (iv). A política estruturanda deve ser eleita pelo promotor mediante a externalização de critérios técnico-científicos intersubjetivamente compartilhados. Esse externalização se poderia consubstanciar num *estudo prévio de impacto estrutural* com modelo regulado em lei. Isso permitiria ao juiz e ao órgão

ministerial de controle interno verificar *in concreto* se a política pública escolhida está de fato abaixo dos padrões mínimos toleráveis de eficiência e se, conseqüentemente, ela prefere às políticas públicas não escolhidas (obedecida a atribuição material do ramo e do órgão do Ministério Público envolvidos) (COSTA, 2021, *online*).

Isto demonstra a necessidade de se estabelecer critérios mais objetivos para que possa haver a judicialização de políticas públicas, eis que a intervenção do Poder Judiciário sem tais critérios pode vir a criar, conforme já mencionado, uma discricionariedade nas decisões judiciais, adentrando no espaço de atuação do Poder Executivo com escusas infundadas.

Para tanto, Di Pietro (2015, *online*) apresenta uma possível saída à judicialização ineficaz e prejudicial, segundo a qual “o *Judiciário somente pode atuar em zonas de certeza positiva ou negativa*. E deve analisar com muita cautela os pedidos formulados, seja quanto à matéria de fato em que se fundamentam, seja quanto à razoabilidade em relação ao fim que se pretende alcançar.” E complementa que “O grande risco da concessão judicial indiscriminada na área dos direitos sociais é que o *summum jus* (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em *summa injuria* (interesse coletivo desprotegido)”.

Por esta razão, considera-se a judicialização de políticas públicas um instrumento hábil para a concreção de alguns direitos até então esquecidos pelos demais Poderes da República, desde que se dê de maneira pontual e aplicada em conformidade às realidades do ente público e à necessidade da parcela a ser beneficiada no caso concreto. Assim sendo, a judicialização pautar-se-á em critérios técnicos, não mais pairando eventual subjetividade dos aplicadores da lei, afastando-se, por conseguinte, do ativismo judicial que afronta a separação dos poderes. Em síntese, quanto maior o aspecto técnico-científico da decisão judicial que determina uma política pública, menor a chance de afrontar a atuação dos demais Poderes da República, o que, paralelamente, mantém a constitucionalidade da decisão e efetiva direitos fundamentais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável que o controle jurisdicional de políticas públicas apresentou uma característica bastante contundente de efetivar os direitos fundamentais tratados de forma omissa pela Administração Pública. Entretanto, salientou-se que, havendo

uma posição mais proativa do Poder Judiciário, com a interpretação advinda do ativismo judicial, ou quando da judicialização de políticas públicas a critérios mais subjetivos, restou certo o impasse com relação ao ideal de separação dos Poderes da República e de legitimidade democrática para a escolha dos gastos com o orçamento público.

Neste íterim, impôs-se o confronto da situação de vulnerabilidade de parcela da sociedade desamparada por ausência de políticas públicas distributivas e redistributivas, situando-se abaixo do mínimo existencial, com a possibilidade do Estado em desenvolver gastos além do orçamento factível. O Poder Judiciário, no entanto, atestou-se não ser o melhor caminho para estabelecer os parâmetros para que o ente público concretize uma política efetiva, carecendo da visão fática da situação econômica e política do Poder Público, das necessidades precípuas da sociedade e, portanto, da legitimidade democrática para estabelecer demandas que, em verdade, são requeridas pelos cidadãos por meio do voto, durante o processo eleitoral.

Vislumbrou-se, em suma, haver o controle jurisdicional quando da omissão dos demais Poderes constituídos, o que fez da judicialização das políticas públicas um instrumento de substituição pela inércia de efetivação de direitos. Isto, por si só, não foi um fenômeno ruim, tratando-se de uma atuação atípica, o que contribuiu ao sistema de freios e contrapesos. O que configurou a afronta ao texto constitucional, porém, foi a exacerbação do Judiciário tomando frente em condições de normalidade do Poder Executivo ou utilizando de interpretações políticas diante de impasses nos processos para efetivar direitos.

Finalmente, destacou-se, em que pese à efetivação de direitos por estes meios, a cautela fora extremamente necessária, com claros critérios objetivos e técnicos para que o Poder Judiciário interviesse na implantação de políticas públicas, uma vez que a efetivação de direitos a qualquer custo promoveu problemas de maior magnitude, sem solucionar de fato as mazelas sociais. A judicialização das políticas públicas tem sido um remédio momentâneo, mas um remédio sem a devida orientação e em doses excessivas tem ofertado mais efeitos colaterais que benefícios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução Manuel Atienza. **Doxa [publicaciones periódicas]**, Alicante, Espanha, v. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: Acesso em: 12 jul. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y > Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 06. ago.2022

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 77.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BOFF, Salete Oro *et al.* CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS - UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, [S.L.], n. 63, p. 575-614, 5 maio 2014. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2013v63p575>. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v63p575>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Dez Senões do Processo Estrutural**. 2021. Coluna ABDPRO. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. A doutrina do mínimo existencial. **Revista Interfaces Científica –Humanas e Sociais**. Aracajú. v. 6, n.1, p. 101 –112. jun. 2017. Disponível em:

<<https://periodicos.set.edu.br/humanas/article/view/2747/2312>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de campo**, n. 14/15, p. 231-239. São Paulo, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, [s.], v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1997. 1ª edição.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 309-328.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO: PERCURSOS PARA UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO. In: **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 10., 2010/2011, Curitiba. Anais [...] . Curitiba: Abdconst, 2011. p. 266-306. Disponível em: <<https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. 2015. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381> Acesso em: 06.ago.2022

RUA, Maria das Graças. **Análise de políticas públicas: conceitos básicos**, 1998. Disponível em: <<https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/processo-seletivo/SiteAssets/Paginas/default/RUA.pdf>> . Acesso em: 10 jul. 2022.

SANTOS, Nathalia Ramalhete dos. **Judicialização das Políticas Públicas**. 2019. 28 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdades Doctum de Guarapari, Guarapari, 2019. Disponível em: <<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/2973/1/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20das%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v.3, n. 2, aug. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392016000200115>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SARMENTO, Daniel. **A dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A judicialização das políticas públicas no Brasil e sua legitimidade como instrumento de efetivação dos direitos sociais e concretização da cidadania. In: **ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, 23., 2014, João Pessoa. Anais [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 76-101. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=374b03a72295954c>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

SILVA, Rogério Luiz Nery; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvêncio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concretização dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p179. ISSN: 1980-511X.

SOUZA, Emilly Azevedo de. Separação de poderes: teoria e crítica. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira (Org.). **Separação de poderes**. Brasília: IDP, 2015. v. 1. p. 20-26.

STRECK, Lênio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista Consultor Jurídico**, p. 3), 2013. Disponível em <www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 15 jul. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 1989. n. 177, p. 29 –49. jul./set. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>> . Acesso em: 14 jul. 2022.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na debilitado sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica**

do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 11, n. 2, p. 751-772, ago. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>>. Acesso em: 17 jul. 2022. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369422912>.