

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

FERNANDO DE BRITO ALVES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto; Fernando de Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-223-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

1. A ANÁLISE DA LETALIDADE DA COVID-19 NO ESTADO DO PARÁ COMO INDICATIVO DE EQUIDADE NA SAÚDE - José Claudio Monteiro de Brito Filho, Peterson Pedro Souza E Sousa, Laís de Castro Soeiro. Comparou dados da COVID/PA com outros estados. Taxa de letalidade do PA está em 4,2%, considerada alta. Concluiu-se que mortes poderiam ter sido evitadas se houvesse uma gestão melhor e uma estrutura melhor.
2. A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PANDEMIA DA COVID-19 - Caroline Fockink Ritt, Luiza Eisenhardt Braun. O SUS é fundamental para a população mais pobre. Resultados: taxa de letalidade da COVID no Brasil, para pretos /pardos, é mais alta do que para brancos.
3. DIREITO À SAÚDE VERSUS ECONOMIA: REFLEXOS DA EC N° 95 APÓS A INSTALAÇÃO DA PANDEMIA OCACIONADA PELO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL - Rogério de Miranda Ciqueira. Visualizou a questão da aplicação de valores mínimos na saúde (EC 29/2000). Há mais demanda que oferta no SUS, e os estados estão limitados pela LRF.
4. A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU) COM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL - Álvaro Russomano Goñi. NÃO HOUVE APRESENTAÇÃO
5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM FACE DA OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO - Davi Pereira Remédio, Tiago Pereira Remédio, José Antonio Remédio. Análise da efetivação dos DDF. Direito à saúde é DF, assegurado pelo Estado (196, CF). Poder Judiciário deve atuar de acordo com a CF, protegendo a dignidade da pessoa humana.
6. A JUSTICIABILIDADE DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS NAS JURISCLTURAS DO BRASIL, COLÔMBIA E ÁFRICA DO SUL - Edinilson Donisete

Machado, Alessandra Brustolin. Verificar experiências destes países com a judicialização. O próprio STF estimula a judicialização. Na África do Sul, a Suprema Corte adotou uma visão mais utilitarista e restrita do direito à saúde.

7. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO - Adriano Fernandes Ferreira, Ana Raquel Martins Grangeiro. O recurso público à saúde é escasso e mal empregado. O SUS é fundamental na pandemia. AM tem 62 municípios, com 40 por acesso exclusivamente por barco. O atendimento é precário. Não há UTI no interior do AM. O direito à saúde é transnacional.

8. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO COMBATE AO COVID-19 NO MUNICÍPIO DE BELÉM NO QUE TANGE A TRANSPARÊNCIA DE INFORMAÇÃO E O SEU MONITORAMENTO - Patricia Lima Bahia Farias Fernandes, Ricardo Santiago Teixeira. O fluxo de recursos geridos na COVID 19 é colossal. É necessário avaliar e fiscalizar esses gastos, o fluxo de informações é falho. Belém foi a pior cidade em transparência nas informações.

9. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL - Yasmin Sales Silva Cardoso, Arianne Brito Cal Athias. A cláusula da reserva do possível não pode impedir a efetividade de políticas públicas. O direito à educação não é viabilizado pelo poder público e a cláusula da reserva do possível é sempre arguida pelo estado.

10. A EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: QUE INDIVÍDUOS QUEREMOS FORMAR? - Ivan Dias da Motta, Yasmine De Resende Abagge. Tecnologia na educação. Falta treinamento aos professores. A educação se manifesta em várias dimensões, tecnologia é apenas uma ferramenta. O foco deve ser formar cidadãos.

11. DA DOR NO CORPO À DOR NA ALMA: AS MARCAS DEIXADAS PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - Eduardo Ritt, Aline Kurz. A violência doméstica é silenciosa. O Brasil foi punido internacionalmente, o que estimulou a criação da Lei Maria da Penha. A violência física é normalmente precedida de xingamentos.

12. A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL INFANTO ADOLESCENTE - Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, Karyta Muniz de Paiva Lessa. Gestão das políticas públicas são fundamentais, mas demandam participação da sociedade em prol das crianças e adolescentes.

13. DIREITO À MORADIA E AS POLÍTICAS HABITACIONAIS BRASILEIRAS - Frederico Leão Abrão, Andrea Abrahao Costa. Direito à moradia não é sinônimo de casa própria. Há outros caminhos. O déficit habitacional tem um viés muito econômico, muito voltado ao empreendedor. O tema é multidisciplinar, envolve várias áreas.

14. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O CUSTO POLÍTICO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA - Joaquim Carvalho Filho. A judicialização é circunstancial e o ativismo também. A politização é algo mais permanente. O STF influencia todo o sistema jurídico, disseminando posturas pouco técnicas.

15. O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO DE INGRESSO DE ESTRANGEIROS NO TERRITÓRIO NACIONAL - Valmirio Alexandre Gadelha Junior, Hannah Torres Danciger. O interesse público deve sobrepujar o privado. O Estado de Necessidade Administrativo exige tratamento diferenciado para situações anormais, como a pandemia COVID 19. No caso da pandemia, não houve tratamento xenófobo com relação aos estrangeiros.

16. PANDEMIA E TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: REPENSANDO A REINserÇÃO DO TRABALHADOR RESGATADO A PARTIR DE UMA POLÍTICA EMANCIPATÓRIA - Vitor Hugo Souza Moraes, Cassius Guimaraes Chai. O trabalhador escravo precisa ser reinserido no mercado de trabalho. Prevenção: conversar sobre o trabalho escravo. Combate: identificar e agir em relação ao trabalho escravo. A reincidência das vítimas no trabalho escravo é alta, cerca de 50%.

17. EMPOBRECIMENTO SEM CAUSA DOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS - Rian Carlos Santanna. O regime de previdência dos servidores públicos deveria ser diferenciado e tratado em lei específica. Esse vácuo está empobrecendo o servidor aposentado.

18. TRANSIÇÃO DEMOGRÁFICA E IMPACTOS NO DIREITO DE APOSENTADORIA: UMA CRÍTICA AO ETARISMO - Vinícius Almada Mozetic, Mariana Carolina Lemes, Daniel Roxo de Paula Chiesse. O aumento da expectativa de vida está influenciando a concessão de aposentadorias. Os idosos não podem ser vistos como custos. Etarismo é a discriminação etária, tal como racismo ou sexismo.

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O CUSTO POLÍTICO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES AND THE POLITICAL COST FOR THE JUSTICE SYSTEM

Joaquim Carvalho Filho

Resumo

Neste artigo, tem-se como objetivo analisar a judicialização de políticas públicas e seu custo político para o sistema de justiça e que, alinhada ao ativismo judicial, insere na esfera jurídica competências, que a princípio, caberiam aos demais poderes. Para tanto, faz-se uma abordagem do contexto histórico objetivando compreender o fenômeno da judicialização. Em seguida, são apresentados os conceitos e as críticas à judicialização de políticas públicas. Por fim, demonstra-se a importância do judiciário na análise técnica do Direito e o custo político de julgamentos com vieses diversos daquele. O artigo foi desenvolvido a partir de uma análise bibliográfica e exploratória.

Palavras-chave: Judicialização, Políticas públicas, Custo político, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

In this article, the objective is to investigate the judicialization of public policies and its political cost to the justice system, which, in line with judicial activism, inserts competences in the legal sphere, which, in principle, would fall to other powers. Therefore, an approach to the historical context is made in order to understand the phenomenon of judicialization. Then, the concepts and criticisms of the judicialization of public policies are presented. Finally, it demonstrates the importance of the judiciary in the technical analysis of law and the political cost of judgments with biases other than that.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Public policy, Political cost, Judicial activism

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, hodiernamente, tem posição central nas relações políticas de poder. A entrada de novos atores políticos demandam do Judiciário respostas e soluções para os problemas que os Poderes Legislativo e Executivo não conseguem ou não possuem o interesse em sanar, em grande parte pelo custo político de tais decisões.

Surgem, portanto, indagações sobre o custo político dessa atuação para o Poder Judiciário. Primeiramente, a falta de legitimidade dos juízes para decidir em matérias de políticas públicas, visto que, não são escolhidos pelo povo, não representando seus interesses. Em segundo lugar, uma possível violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. Por fim, é preciso verificar a judicialização da política e seus efeitos sobre os atos judiciais, distinguindo o ativismo judicial da judicialização.

Para Barroso (2007 apud Carvalho Filho 2017, p. 3), cabe aos juízes e tribunais o papel da construção de sentido das normas jurídicas, aqui, o Direito entendido como fenômeno político-social, visto que o Direito e a Administração Pública não possuem todas as respostas requeridas pela sociedade, notadamente, quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos e princípios indeterminados. Na questão das políticas públicas que tratam de conceitos e direitos indeterminados e em muitos casos conflitantes, Barroso (2007 apud Carvalho Filho 2017, p. 3) afirma que é necessário fazer a ponderação entre direitos e princípios, por vezes contraditórios, hipóteses em que o Poder Judiciário deve escolher entre normas ou escolhas fundamentadas.

Observa-se, desse contexto, a importância de analisar o custo político de tais decisões. Entretanto, para isso, é preciso distinguir o ativismo judicial e a judicialização. Segundo Streck (2018, p. 26), o ativismo judicial é sempre prejudicial à democracia e a judicialização é contingencial, pois decorre da incompetência dos demais poderes. O custo político, dessa forma, ocorre nessa tênue linha entre ativismo e judicialização. Pois, o Poder Judiciário não é o dono da Constituição, devendo decidir sempre com a menor inovação – sem ativismo - nos possíveis sentidos constitucionais (Streck, 2018, p. 26).

O arranjo institucional brasileiro e a abrangência da Constituição Federal brasileira de 1988, segundo Barroso (2015), é causa sine qua non para a judicialização de políticas públicas. Esses dois fatores, conforme Barroso (2015), retiram a matéria da política e trazem-na

para o Direito, judicializando-se, assim, as questões que tratam de políticas públicas. Infere-se, portanto, que o Sistema de Justiça passa a decidir em assuntos, a priori, de competência dos Poderes Legislativos e Executivos. Embora, como bem explicado, por Campos (2015), o judiciário passa a adotar medidas heterodoxas, remédios estruturais, redimensionando o ciclo de políticas públicas, visando superar bloqueios políticos e robustecer a garantia dos Direitos protegidos pela CRFB/88. Mas, isso acarreta um custo político, um embate entre os Três Poderes e a percepção do Sistema de Justiça perante a sociedade e o aumento da descrença. Portanto, é construção desse atual cenário que pretende-se a averiguação primordial deste artigo.

2 OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GERAL

Analisar a judicialização de políticas públicas no Brasil e seu custo político para o Sistema de Justiça brasileiro.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Descrever o processo de judicialização de políticas sob uma perspectiva histórica;
2. Apresentar as críticas à judicialização das políticas públicas;
3. Demonstrar o princípio da separação dos poderes, os direitos e garantias fundamentais, normas constitucionais limitadas, o estado de coisas inconstitucionais, entre outros;
4. Identificar os custos políticos da judicialização de políticas públicas no Sistema de Justiça brasileiro;
5. Diferenciar o ativismo judicial e a judicialização;
6. Compreender o porquê da transferência de parcela do poder político para os Tribunais.

3 METODOLOGIA

Esta pesquisa analisará a judicialização das políticas públicas e seus custos políticos a partir de uma análise bibliográfica e exploratória. Inicialmente serão utilizados como

fonte de pesquisa, livros, artigos científicos, teses, monografias, vídeos de conteúdo científicos, sites confiáveis. Serão confeccionadas fichas de registro bibliográfico, de conteúdo, utilizando a técnica de fichamento e resumo. Em seguida será feita a análise dos dados coletados e a escrita do relatório final. O tema será explorado de uma maneira geral.

4 CONTEXTO HISTÓRICO

No cenário histórico, uma gama de atores, inclusive o cidadão, são partes do processo de formulação de políticas públicas. As audiências públicas, os orçamentos participativos, exemplos de canais de formulação aperfeiçoados, ao longo das últimas décadas, em especial após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentro desse contexto, a accountability vem à tona como um conceito fundamental em políticas públicas, qual seja, a obrigação dos gestores públicos de prestar conta aos órgãos de controle. Eles, os gestores, devem explicar o que fazem, por que fazem, como fazem, quanto gastam e o que ainda farão. Em suma, é a autoavaliação do realizado, cientificando (Princípio da Publicidade e da Efetividade) a sociedade e justificando e corrigindo eventuais falhas.

Desse modo, o judiciário tem papel crucial na accountability. Esse Poder é o responsável último por observar os preceitos constitucionais, ou seja, verificar a efetividade e a legalidade, dos princípios legais, o respeito destes na formulação, aplicação e gestão de políticas públicas. Partindo dessa perspectiva, pode-se dizer que a atuação do Judiciário tem como fim a garantia da democracia constitucional, em face da inércia dos poderes estatais e das organizações sociais e econômicas (Mendes, 2017, p. 314-315). Embora esse Poder deva ser provocado, é por meio, da interação entre o Judiciário e a sociedade, que busca-se atender às demandas da população de forma democrática e efetiva, aumentando a transparência e a publicidade dos atos da administração e a democratização do sistema político.

É assim que Barreiros e Furtado (2015, p. 4) conduzem à luz o art. 5º da CF/88, inciso XXXV: “a lei não pode excluir do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo constitucional supracitado exterioriza, na sua inteligência, a importância do Judiciário na garantia da democracia constitucional. Isso significa, de acordo com Cappelletti e Garth (1988 apud BARREIROS; FURTADO, 2015 p. 4), que: O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o

requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso (2015), são três as causas, consequências da Segunda Guerra Mundial, para a ascensão institucional do judiciário, no mundo e no Brasil, e o grau de judicialização.

Primeiramente, após a Segunda Guerra, os países vencedores, estavam convencidos de que um Poder Judiciário forte e independente era indispensável para a preservação da democracia e dos direitos fundamentais. Segundo HABERMAS apud MENDES (2018, p. 315), “O Estado Democrático de Direito deve ser capaz de lidar com o risco sempre presente de desrespeito à democracia em nome de uma suposta defesa da democracia”, como aconteceu com os regimes fascista. Em segundo lugar, o descontentamento da população, em nível global, com a política majoritária, tem-se como exemplos o fenômeno da descolonização asiática e africana e no Brasil o fim do Estado Novo de Vargas. Por fim, a decisão dos atores políticos (Executivo e Legislativo) de não optarem pelo custo político de certas decisões, sendo estas assumidas pelo judiciário. Ou seja, diante da inércia desses atores, cuja competência na formulação e definição de políticas públicas é a eles inerentes, o Poder Judiciário passa a colmatar as lacunas.

Ainda segundo Barroso (2015), uma Constituição abrangente ou analítica (Moraes, 2017, p 30) é causa pontencializadora da judicialização de políticas públicas. Destarte, converter uma questão em norma constitucional é arrebatrar a matéria da política e pô-la para o Direito, judicializando-se amplamente as decisões sobre políticas públicas. Barroso (2015) ensina que o arranjo institucional brasileiro é motor primordial para a judicialização das políticas públicas. Para o autor, questões que deveriam ser resolvidas pelos atores políticos culminam, em última instância, sendo decididas pelo Poder Judiciário.

Para Tate e Vallinder (1995 apud Barreiros; Furtado, 2015, p. 3), em virtude dos novos arranjos democráticos, há uma expansão do Poder Judiciário nos sistemas políticos ao redor do mundo. Outrossim, o fenômeno da judicialização não é característica, apenas, do sistema político brasileiro, mas um fenômeno mundial, conforme bem explanou Barroso (2015).

5 O CUSTO POLÍTICO DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

5.1 POLÍTICAS PÚBLICAS – CONCEITO

Schmitter (1984), apud Rua (1998, p. 1) a resolução pacífica de conflitos é o que se denomina políticas públicas. Do conceito de Schmitter (1984), Rua (1998, p. 1), traz à luz a ideia de política “conjunto de procedimentos formais e informais que expressam relações de poder e que se destinam à resolução pacífica dos conflitos quanto a bens públicos”.

Destarte, o resultado (outputs) da atividade política é o que se comumente conhece como políticas públicas. Compreendem, portanto, as decisões e ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas, relativas à alocação imperativa de valores (CARVALHO, 2017, p. 6). Nessa linha de raciocínio, Rua (1998, p.1) ensina que a imperatividade de valores, ou seja, decisões e ações revestidas da autoridade do poder público, exercendo sua soberania, é marca central que traduz a dimensão pública de uma política.

Bucci (2006 apud Viecegli, 2012, p. 5) elucida o conceito de políticas públicas, no seu sentido jurídico, como a predominância do governo por políticas (government by policies) em detrimento do governo da lei (government by law). Infere-se, assim, que política pública é um processo ou conjunto de processos, juridicamente estabelecidos, ou seja, é a formulação, implementação, execução e avaliação de resultados, saídas (outputs) a fim de alcançar objetivos sociais relevantes e politicamente determinados, via organização das capacidades estatais, inclusive atuando por meio de atividades privadas. (BUCCI, 2006 apud VIECELLI, 2012, p. 6).

5.2 POLÍTICAS PÚBLICAS - JUDICIALIZAÇÃO

Políticas públicas são escolhas, atribuições de competência do Executivo que por meio de um juízo de conveniência e oportunidade busca atender as demandas da população. Nessa linha, Moraes (2017, p. 36) leciona que o art 3o da CRFB/88 estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a serem seguidos pelas autoridades constituídas, ou seja, por meio de políticas públicas, as quais têm como objetivo o desenvolvimento e progresso do Brasil.

O ilustre o autor cita como exemplo o fato de o Brasil ser signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, onde, o país, compromete-se a realizar as alterações legislativas e efetivar políticas públicas sobre o tema, assim: Conforme salientou o Supremo Tribunal Federal, ‘inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados’ (STF – Pleno – ADI 2.649 – Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento: 8-5-2008 apud MORAES, 2017, p.36).

Observa-se que os “meios para que eles sejam alcançados” remete aos conceitos de políticas públicas explanado no parágrafo inicial. Entende, então, o Supremo Tribunal, que a interferência do Poder Judiciário não viola a separação dos poderes quando se tratar da implementação de políticas públicas que objetivem efetivar direitos fundamentais.

Isso advém de dois argumentos centrais: primeiro, é atribuição constitucional do Poder Judiciário proteger os direitos fundamentais no aspecto negativo - a não violação - e no positivo – a efetiva prestação. Segundo, em consonância com o princípio da harmonização dos poderes (art. 2o da CRFB/88) e o sistema de freios e contrapesos, cada poder do Estado tem o dever de controlar uns aos outros (CARVALHO, 2017, p.7). Por fim, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45/DF, a Suprema Corte, conheceu da legitimidade do Poder Judiciário para controlar e intervir em políticas públicas, visando a garantia do princípio constitucional do mínimo existencial.

Barreiro e Furtado (2015, p. 3) relacionam a judicialização de políticas públicas ao preceito constitucional da separação de poderes, bem como compreendê-lo como um fenômeno mundial. Os eminentes autores, fundados no sistema de freios e contrapesos, veem os conflitos, salutares, entre o Poder Executivo - responsável primordial pela formação, implantação de políticas públicas e o Poder Judiciário, o qual é responsável pelo controle legal e social, como uma relação indispensável para o desenvolvimento nacional, assim como, para a preservação dos princípios constitucionais. Assim, os autores definem a judicialização como a atuação crescente do Poder Judiciário sobre situações de cunho social, político e jurídico e sobre fatos antes limitados à instância político-partidária ou individual, definindo parâmetros políticos, sociais e jurídicos para o

futuro (CARVALHO, 2017, p. 7).

Viecelli (2012, p. 3) compreende a judicialização da política pública por meio de uma lógica circular onde, em virtude das carências de generalização e efetividade das políticas públicas há uma demanda ao Judiciário gerando um ciclo interdependente que não se fecha. Assim, a judicialização externaliza efeitos que transcendem a coisa julgada gerando impactos sobre o Executivo e o Legislativo (Viecelli, 2012, p. 3). O ciclo explanado pelo autor inicia-se com não cumprimento efetivo da demanda social, à custa de escolha inadequadas ou mesmo da carência orçamentária, material e de pessoal do Estado, levando a questão ao Judiciário que passa a exigir do Estado o cumprimento efetivo das políticas públicas judicializadas, que não ocorre em consequência das carências supramencionadas.

Infere-se, à vista disso, que, nos sistemas democráticos, a judicialização de políticas públicas traz um custo político para o sistema de Justiça. De um lado, a garantia da ordem jurídica, a preservação de direitos e garantias fundamentais são essenciais ao Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o litígio traduz-se no conflito, ou seja, interesses divergentes, com clamores sociais elevados, devendo o Poder Judiciário enfrentar a questão tecnicamente, não influenciado por pressões de grupos econômicos, políticos ou sociais.

5.2.1 - O Sistema de Freios e Contrapesos

O checks and balances (freios e contrapesos, em tradução livre), consolidado primeiramente nos Estados Unidos da América é um sistema característico das federações, calcado na separação de poderes. São controles recíprocos entre os Poderes, os níveis do governo (ABRUCIO, 2005, p.43-44). Segundo o autor, a fiscalização recíproca entre os Poderes a fim de evitar a concentração indevida de poder, minando a autonomia dos demais é o objetivo desse sistema. O controle mútuo, para Abrucio (2005, p. 44), é chave para a interdependência em uma federação democrática.

Alexandrino e Paulo (2015, p. 446) elucidam tratar-se de uma limitação ao Poder do Estado, com sua personificação na separação de poderes. Ou seja, são as interferências legítimas, conforme os autores, entre os diferentes Poderes nos limites estabelecidos na Constituição. Embora, de acordo com os autores, o instituto não consista na subordinação de um poder ao outro, mas, sim,

a busca pelo equilíbrio, com vistas a atingir o bem comum, coibindo excessos e abusos de um dos Poderes, por intermédio de mecanismos constitucionais limitadores.

5.2.2 Ativismo Judicial X Judicialização

A judicialização de políticas públicas é a análise de matérias, em princípio afetas aos Poderes Executivo e Legislativo, na ótica do Direito pelo Poder Judiciário. É um fenômeno institucional que possui duas características (VALINDER, 1995 apud CASTRO, 19997, p. 2): 1. Um ativismo judicial, no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais os juízes, tribunais devem formar juízos jurisprudenciais; e 2. O interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar procedimentos semelhantes ao processo judicial e parâmetros jurisprudências em suas deliberações. Muitas vezes o judiciário é provocado politicamente a fornecer esses parâmetros.

Streck (2018, p. 26) entende “o ativismo judicial sempre deletério e prejudicial à democracia, porque behaviorista, e a judicialização sempre contingencial, dependendo de competências e incompetências dos demais poderes”. Por outro lado, Barroso (2015) argumenta que o ativismo judicial é meio expansivo de interpretação da Constituição, a fim de que seus princípios sejam aplicados em situações, demandas e problemas que não foram expressamente previstos, seja pelo constituinte seja pelo legislador. Esta é uma atuação que interfere diretamente na atuação dos dois outros Poderes. O Ministro ainda escuda que a participação do Judiciário, em questões políticas e sociais, é peça chave na resolução desses conflitos, principalmente, após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Poder Judiciário é provocado a manifestar-se sobre a formulação, implantação e execução de políticas públicas em uma disputa que coloca o Estado e suas limitações estruturais de orçamento, de pessoal e de outro a sociedade que exige cada vez mais políticas públicas desse mesmo Estado.

Vê-se que, nesse cenário, é impossível não pensar sobre o custo político dessas decisões sobre o Sistema de Justiça. Moraes (2017, p. 550) explana que o ativismo judicial é uma clara afronta à separação de poderes, usurpando “as funções da legislatura ou da autoridade administrativa”.

Nesse contexto, o ilustre autor questiona: Não há dúvidas de que a eficácia

máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luís Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um superlegislador, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria autocontenção (judicial restraint), ou, devemos restringi-lo, para que não se configure flagrante desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, usurpando, inclusive, função legiferante (Elival da Silva Ramos)?

Nessa linha, Castro (1995, p. 2) pontifica que a judicialização é crucial para a formulação e implementação de políticas públicas, a distribuição de riqueza e a definição de identidades sociais. Esse fenômeno da judicialização é modo de articulação de conflitos perante a incapacidade do Estado de garantir os direitos assegurados pela Constituição. A judicialização funciona como mecanismo de controle, pois os tribunais são acionados, chamados a se manifestar em questões nas quais o Executivo e o Legislativo não foram capazes, ou mostraram-se falhos.

5.2.3 Críticas à Judicialização Das Políticas Públicas

As críticas abordam, de um lado, a falta de legitimidade dos juízes para analisar as políticas públicas, pois não eleitos democraticamente, não representam, então, os interesses da sociedade e, como compreendido neste artigo, uma possível violação à separação de poderes. Contrapondo-se há, sim, a legitimidade, a representação argumentativa. Ou seja, enquanto o Legislativo e o Executivo possuem legitimidade popular, nos seus votos, os magistrados embasam suas decisões na fundamentação, no que diz o direito, conforme o art. 93, IX da Constituição Federal de 1988.

Luís Roberto Barroso (2015) apresenta outras indagações tais como: a indeterminação do Direito, o aumento da subjetividade dos juízes na judicialização de políticas públicas e o populismo judicial. Em um mundo complexo, o Direito, não possui respostas prontas, em consequência tem-se o aumento da quantidade de decisões judiciais calcadas na visão subjetiva de mundo dos juízes.

Castro (1995) entende, nesse sentido, que há uma política de direitos caracterizada pela indeterminação do direito, pela crescente necessidade do judiciário de se posicionar sobre

questões complexas e a tênue e difícil distinção entre o que é direito (garantido pela Constituição) e o que é interesse político.

Assim sendo, para Barroso (2015), a judicialização de políticas públicas precisa efetivamente estar livre do populismo judicial, pois os juízes não podem ser subservientes à opinião pública e nem pautados pela mídia. Tassinari e Lopes (2018) ilustram que a imobilização do Executivo e do Legislativo permitiu ao STF, redesenhando suas competências, um protagonismo nos principais debates políticos do país.

5.3 O CUSTO POLÍTICO DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Krell (1999 apud VIECELLI, 2012, p. 6) aponta que a judicialização de políticas públicas perante a omissão e ao arbítrio estatal não transforma o Poder Judiciário em legislador. Dessa forma, ao suprir a carência estatal, impulsionado pela força da judicialização em razão do modelo de Estado social brasileiro, visa formular uma prestação jurídica efetiva assegurando a entrega do bem jurídico constitucionalmente garantido (RAMOS 2010 apud VIECELLI, 2012, p. 6).

É possível observar, então, de acordo com Santos (2007, apud SILVA; FLORÊNCIO, 2011, p. 123), o papel estratégico do Judiciário mantenedor da cidadania, entendida aqui como o exercício dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Nessa mesma linha, Garapon (2001 apud SILVA; FLORÊNCIO, 2011, p. 120) postula que, com a decadência do Estado do Bem-Estar Social, “o Judiciário passou a ser percebido como última salvaguarda confiável das expectativas de realização dos ideais de justiça e igualdade”.

Outrossim, Grinover (2008 apud VIECELLI, 2012, p. 6) educa que cabe ao Judiciário a função de controle sobre o comprometimento da integridade e da efetividade dos fins estatais. Isto posto, é a atuação judicial que assegura uma maior gama de atores participando e influenciando o processo de políticas públicas, pois incrementa o *venue seeking* : a procura das vias, instâncias (administrativas, legislativas e judiciais) que mais convêm aos atores das políticas públicas (TAYLOR, 2007 apud VIECELLI, 2012, p. 10).

Ademais, pode-se salientar o Relatório BID/Harvard (2007 apud VIECELLI,

2012, p. 8) sobre os quatro papéis do Poder Judiciário como ator crucial no ciclo de políticas públicas: (a) ator com poder de veto (controle de constitucionalidade e processo coletivo), (b) ator com poder decisão (interpretação legislativa), (c) árbitro imparcial (fiscalização de conflitos e facilitação de acordos políticos) e (d) representante da sociedade (concessão de voz aos marginalizados).

É nesse cenário, que surge, de acordo com Tassinari e Lopes (2018), uma “vanguarda iluminista” barrosista, com uma nova visão de mundo, nuclearmente aristocrática, com discurso afinado ao gosto popular, ou seja, com uma melhor comunicação com o público leigo. Esses discursos, na perspectiva das autoras, potencializados pela mídia e por políticos populistas, acarreta uma subversão da hierarquia jurídica. Aqui, o Supremo passou a decidir politicamente, escamoteando a análise técnico-jurídica, confirmando, em alguns casos, ações completamente ilegais para apaziguar o clamor popular.

Vê-se, portanto, uma desmoralização do STF, amplificada pelo próprio Supremo, e por consequência do Sistema de Justiça como um todo (TASSINARI E LOPES, 2018). Seguindo a linha de raciocínio das autoras, o STF teve suas decisões “peitadas” por um Senador e ao fim de 2018 era enquadrado, na expressão das autoras, por um “tenentismo togado da turma da lava jato e, nos momentos de maior tensão, com o anúncio de decisões impopulares da Suprema Corte, coibida por setores da Forças Armadas, os quais contavam com forte apoio social.

Nessa conjuntura, tem-se uma crise do “Court-Packing” no Brasil (TASSINARI E LOPES, 2018). Consoante as autoras, há em um primeiro momento uma inflação do ativismo judicial, entendido, aqui, na concepção de Streck (2018), o qual acarreta uma resposta dos demais Poderes, por exemplo uma mudança na composição do Supremo, gerando uma crise institucional que, por fim leva uma mudança de de posicionamento, este deferente aos humores políticos do Executivo e do Legislativo.

Esta mudança é vista claramente quando o Presidente do Supremo, publicamente, propõe um “grande pacto federativo” entre os Três Poderes. Tassinari e Lopes (2018) observam, no Brasil, a ocorrência do fenômeno com o Supremo enquadrado politicamente e ameaçado de todos os lados: 1) O novo presidente da República ameaçou mudar o número de ministros da corte (nomeando dez membros adicionais) logo na campanha eleitoral. Pelos critérios atuais, vai nomear

ao menos dois.

Agora, tem-se falado bastante na proposição de uma Emenda Constitucional revogando a “PEC da bengala”, para forçar a abertura de mais duas vagas na corte; 2) Teremos um STF enquadrado pelas Forças Armadas, como vimos nos episódios envolvendo o General Villas-Bôas e o deputado Eduardo Bolsonaro, além das nomeações de assessor militar pelo próprio presidente da corte; 3) a linha de frente da "lava jato" acumula agora poder político no Executivo, passando a ocupar um superministério da Justiça; e 4) a nova cultura política que vem se formando aposta em bancadas temáticas e interesses corporativos, tendendo a um funcionamento bem mais radical e conflituoso do que a velha mediação partidária — e nada garante que seja menos voraz do que ela.

Streck (2018, p. 237) leciona que a dogmática jurídica “é um queijo suíço que insiste em construir concepções ad hoc, a partir de um senso comum teórico que repete e reforça lendas urbanas como ‘livre convencimento’, ‘livre apreciação’, etc”. Infere-se, destarte, que o custo político decorre de uma postura não técnica-jurídica, relativizando o Direito conforme os humores políticos, sociais e econômicos. “No fundo, a dogmática (em geral) é refém do normativismo kelseniano, ou seja, grosso modo, juiz produz norma jurídica; juiz faz política jurídica. A interpretação do juiz é um ato de vontade. Em Kelsen está o ovo da serpente do decisionismo” (STRECK, 2018, p.237).

Na linha da Crítica Hermenêutica do Direito, ou seja, o intérprete parte da sua pré-compreensão, povoada de seus pré-conceitos, legítimos ou não, aqueles devem ser considerados, para chegar à compreensão (STRECK, 2018, p.304), as cortes precisam demonstrar que suas decisões correspondem a interpretações condignas à Constituição e a todo o Estado Democrático de Direito (TASSINARI E LOPES, 2018). O custo político é, então embasado nos ensinamento dos autores, a percepção da sociedade e dos demais Poderes da prática jurídica brasileira como uma questão de vontade e não uma interpretação rigorosa das leis.

Destarte, para Tassinari e Lopes (2018), o ativismo judicial seja o progressivo ou o conservador é insustentável no longo prazo e culminando em crises graves, com deterioração do quadro institucional, o qual pode ser observada atualmente.

6 CONCLUSÃO

Neste artigo, procurou-se apresentar uma discussão hodierna, não esgotável, pois é preciso compreender o custo político da inércia estatal para o Sistema de Justiça Brasileiro. A intenção é conscientizar, em especial, os operadores do Direito sobre a importância de decisões jurídicas, não eivadas de interpretações subjetivas, conforme ensina a Crítica Hermenêutica do Direito. Ou seja, as decisões jurídicas devem ser adequadas e congruentes com a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Assim, a pesquisa objetiva demonstrar a importância e relevância do tema abordado, pois os impactos da judicialização, quando travestida em ativismo judicial, podem gerar crises institucionais que ameaçam a própria Democracia. Nesse âmbito, não se esconde o desejo de aprofundar, de forma mais estruturada, a pesquisa, aqui iniciada, trabalhando os conceitos e consequências da judicialização/ativismo judicial depreendidos neste trabalho.

Diante do exposto, compreende-se que a atuação do Poder Judiciário é basilar para o efetivo ciclo de políticas públicas. Sob uma perspectiva, o arranjo institucional brasileiro favorece esse tipo de controle e as relações de poder existentes na sociedade possibilitam aos atores políticos evitarem o custo “político” de certas decisões transpondo-o ao judiciário.

Dessa forma, a importância da judicialização das políticas públicas dá-se na sua utilização como uma possível ferramenta para a resolução de conflitos frente às omissões estatais, buscando atender as demandas sociais e a imobilização dos Poderes Executivo e Legislativo. Neste sentido, o Poder Judiciário arca, em última instância, com o custo político de tais decisões. Contudo, a judicialização das políticas públicas visa fortalecer o Estado Democrático de Direito e possibilita à sociedade confrontar os atores políticos nos jogos de poder.

Por efeito, a judicialização de políticas públicas traduz-se no conjunto de ações por parte do Poder Judiciário para responder questões, demandas, necessidades, problemas sociais não previstos pelo legislador e diante da inércia do Estado. Destarte, a judicialização das políticas públicas é meio de promover o Estado Democrático de Direito, uma vez que garante o exercício da cidadania, respeitando a separação constitucional dos Poderes e, simultaneamente, por meio do Sistema de Freios e Contrapesos a adequação das ações estatais conforme os preceitos

constitucionais.

Infere-se, portanto, que o custo político decorre de decisões jurídicas subjetivas e não por intermédio de uma interpretação rigorosa das leis, em especial dos paradigmas Constitucionais. Nesse quadro, o Poder Judiciário deve abster-se de realizar uma política jurídica, revestida no ativismo judicial, quase uma função legiferante, insustentável no longo prazo e, possivelmente, causadora de crises institucionais.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, F. L. A Coordenação Federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula . *Revista de Sociologia Política*, p.41-67, junho de 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a05n24.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2019.
- ALEXANDRINO, M; PAULO, V. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14. ed. São Paulo: Método, 2015.
- BARREIRO, G. S. de S.; FURTADO, R. P. M. Inserindo a Judicialização no Ciclo de Políticas Públicas. *Rev. Adm. Pública*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a05n24.pdf>>. Acesso em: 23 de out 2019.
- BARROSO, L. R. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a05n24.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. 50. ed. Centro de Documentação e Informação. Ed. Edições Câmara. Brasília, 2016.
- . Supremo Tribunal Federal. “É Possível a Judicialização de Políticas Públicas”. *Notícias STF* [Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, IN]. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/153577/e-possivel-a-judicializacao-de-politicas-publicas-veja-o-ente-ndimento-do-stf>>. Acesso em: 22 out. 2019.
- CARVALHO, JOAQUIM FILHO. *A Judicialização das Políticas Públicas como Instrumento para o Controle Social*. Artigo Científico, MBA em Gestão de Políticas Públicas. Universidade Anhanguera - Uniderp. Brasília, 2017.
- CASTRO, M. F. DE. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: < <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file>>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- I ENCONTRO NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA DO CAMPO DE PÚBLICAS. Disponível em <<https://encontros.ufca.edu.br/index.php/enepcp/ENEPCP2015/paper/view/3586>>. Acesso em: 28 out. 2019.
- JJG CANOTILHO, GF MENDES, IW SARLET, LL STRECK. *Comentários à Constituição do Brasil* . 2º Ed. Saraiva Jur, 2018.
- MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises . *Lua Nova* no 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 13 nov 2019.
- MORAES, ALEXANDRE DE. *Direito constitucional* . 33. ed. rev. e atual. até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MOURA, E. A. DA C. *Seguridade Social, Mínimo Existencial e Ativismo Judicial*. Revista de Políticas Públicas. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/6354/3983>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

PORTAL das Ciências Sociais Brasileiras. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 09 nov. 2019.

RUA, M. DAS G. *Análise de Políticas Públicas: conceitos básicos* Disponível em: <<http://franciscoqueiroz.com.br/portal/phocadownload/gestao/rua%20maria%20%20analisedepoliticaspUBLICAS.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019.

SILVA, J. A. da; ABREU E LIMA, F. de. *Políticas Judiciárias no Brasil: o judiciário como autor de políticas públicas*. Revista do Serviço Público, p. 119-136 abril/junho de 2011. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/65/61>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

STRECK, LENIO LUIZ. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TASSINARI, CLARISSA e LOPES FERREIRA ZIEL. *A Nova Era do STF e os Custos Políticos do Ativismo Judicial*. Revista Consultor Jurídico. 8 de dezembro de 2018, 08h00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-08/diario-classe-stf-custos-politicos-ativismo-judicial>>. Acesso em: 17 de nov. 2019.

YOUTUBE. (2015, setembro 2). *Constituição, direito e política: o STF e os Poderes da República* – Luís Roberto Barroso, [Arquivo de vídeo]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=eCj6Ko_wm2Q&index=27&list=WL>. Acesso em: 11 out. 2019.

VIECELLI, R. DEL C. *O Ciclo da Judicialização das Políticas Públicas: A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 e os Efeitos Indiretos Externos das Decisões do STJ e STF*. Revista de Direito Internacional, ano 3, vol. 6, jul-dez 2012, p. 261-283. Disponível em: <http://nupps.usp.br/downloads/artigos/o_ciclo_de_judicializacao_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblcas.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.