

## **I - Introdução**

Desde o aparecimento dos direitos políticos em prol da pessoa humana, houve exponente evolução na consideração dos chamados direitos fundamentais. Somado a isto, a positivação, a generalização e a internacionalização de novos valores representaram grande progresso para os sujeitos de direito. Porém, à medida que as pretensões de direito aumentam, a correlata efetivação destes direitos se torna cada vez mais difícil. Trata-se, na verdade, do conhecido problema da efetiva concretização dos direitos.

No estado democrático de direito não é suficiente o estabelecimento dos direitos fundamentais, seja por normas constitucionais ou tratados internacionais (artigo 5º, parágrafo 2º, da Cf/88), mas se faz necessária, também, a criação de mecanismos para sua efetivação. Nesse passo, o processo judicial se mostra o grande meio de obtenção desta efetividade, fixando-se como o verdadeiro instrumento de consagração do acesso à tutela jurisdicional adequada.

O regular e adequado acesso à tutela jurisdicional, com o estabelecimento de meios, formas, técnicas processuais e jurisdicionais de tutela compatíveis com os direitos a serem protegidos, acompanhando sempre sua evolução com modelos novos e modernos, leva, ao final, ao acesso à própria Justiça social.

Os anseios e os reais critérios de justiça da sociedade brasileira estão estampados na Carta Constitucional vigente, que prevê a obrigação do Estado de prestar serviços públicos essenciais nas áreas da educação, saúde, assistência e previdência social (as três últimas formando a chamada seguridade social), habitação, saneamento e segurança pública. São eles, pela gênese, direitos coletivos e difusos essenciais para a sobrevivência humana, pois tutelam a dignidade da pessoa humana nas suas relações em comunidade.

Tais direitos, pela extensão e universalização de seus destinatários, devem ser tratados também de forma coletiva, ou seja, através de políticas públicas voltadas a, sequencialmente, cumpri-los. E na fixação e execução destas

políticas públicas, o Estado e toda a sociedade devem verter seus olhos e suas energias de forma a efetivá-las no plano concreto.

Resta, porém, um debate: em sendo o Judiciário um dos três poderes da República, pode ele concorrer para a implementação das políticas públicas? Responder a esta indagação é o que se pretende com este breve estudo.

Este artigo visa debater os pontos indicados de forma mais aprofundada, com ênfase sobre a possibilidade da implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Para tanto, utiliza-se do método hipotético-dedutivo mediante uma abordagem crítica pela revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial sobre a temática.

## **II – Políticas Públicas**

Política Pública, no entendimento corrente, é o conjunto de ações ordenadas pelo Estado para o fim de promover o desenvolvimento da sociedade como um todo ou de algum setor em específico, sempre tendo como ponto de partida a Constituição Federal.

Na definição de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 91), as políticas públicas consistem na "coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados" Para a autora, elas não se revelam apenas como normas, planos de atuação ou programas a serem cumpridos, porque são mais amplas e se revelam instrumentos adotados no "processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados" (2006, p. 259) . Em síntese, as políticas públicas se revelam a soma de todas estes substantivos: norma, programas, planos, atividades, colocando-se como instrumentos à disposição do Estado para cumprir seus deveres constitucionais.

Freitas (2013, pág. 456) concorda com a definição de Bucci, entendendo que as políticas públicas "não são meros programas de governo, mas ações e pautas administrativas que precisam guardar vinculação com as prioridades constitucionais, imprimindo, de modo consistente, eficácia aos direitos fundamentais de todas as dimensões". Acrescenta o autor, ainda, que é essencial

que se faça uma releitura acerca da forma de estabelecimento das políticas públicas, para que ele venha a ser sistemático e efetivo, inclusive sobre a responsabilidade do Estado por “ações e omissões desproporcionais”. E com essa nova forma de controle, será possível exigir que o Estado-administração

[...] aplique a Constituição *de ofício*, cumprindo os deveres indeclináveis de longo prazo, sem prejuízo de atender às demandas urgentes. Cumpra fazê-lo para que se instaure, entre nós, a guarda ampliada da constitucionalidade, a ser produzida *também* pela Administração Pública, no intuito de implementar, em tempo útil, as políticas constitucionalizadas”.

Segundo Áppio,

O traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, motivo pelo qual o Estado-providência representa, no inconsciente coletivo da comunidade jurídica – seu maior símbolo. (2005, p. 135).

As Políticas Públicas abarcam os direitos sociais e políticos, com a atuação do Estado através de prestações positivas, traduzindo estas atividades por metas, objetivos ou fins públicos. Busca-se também a maior eficiência da gestão pública e da própria tutela legal, determinando um prolongamento temporal para estas metas, evitando, assim, que a vontade política vença a necessidade social.

Tal perspectiva ganha especial relevância quando se trata dos direitos fundamentais, mais especificamente do direito fundamental à inclusão social. O Estado Social, responsável pela obrigação de prover o desenvolvimento igualitário de toda a sociedade e especificamente de propiciar a inclusão social dos segmentos minoritários e desprotegidos da população, cumpre seu objetivo através da prestação de serviços públicos essenciais.

Moreira de Paula (2002, p. 44/45) sustenta que a jurisdição é elemento central para concretizar a inclusão social no Brasil, afirmando que

(...) não se pode, simplesmente, transpor a estrutura civilista da relação jurídica obrigacional de fazer e não fazer à esfera pública, a despeito de os verbos *fazer e não*

*fazer* apresentarem a mesma atividade comissiva – agir - ou comissiva por omissão –não fazer – e tais condutas são exigíveis do Estado. No entanto, alguns conceitos elaborados dentro da teoria geral do direito podem ser estendidos face ao seu emprego universal. (...) A leitura do artigo 3º da CF não deixa dúvidas: é dever do Estado, inclusive da Jurisdição, realizar a justiça social.

A repartição do exercício do Poder Público em ramos autônomos do Estado atende a critérios orgânicos (a enfatizar quem exercita o poder, o que foi primeiramente vislumbrado por Aristóteles) e funcionais (em que se destaca o conteúdo da decisão, como percebido por Montesquieu) e se torna uma necessidade para o controle dos mecanismos do poder, tanto entre os próprios órgãos estatais, como da própria sociedade e de cada indivíduo ou grupo social. Enquanto a função legislativa fica restrita à elaboração de normas genéricas e abstratas e a função executiva faz atuar, no caso concreto, o interesse público, a atividade da jurisdição tem por escopo não só o atendimento do interesse público, mas do interesse social, de cada indivíduo, de coletividades (família, entidades da sociedade civil etc) ou mesmo os interesses difusos na sociedade (como os interesses do consumidor, do meio ambiente etc).

A criação e o controle imediato das Políticas Públicas são exercidos pelo Poder Executivo. No entanto, a elaboração de programas e planos que estabeleçam a correlação entre os instrumentos jurídicos de controle e as finalidades a serem atingidas incumbe ao Poder Legislativo, uma vez que a este cabe a elaboração das leis em sentido formal. Fechando o círculo de controle, figura o Poder Judiciário, como instância última encarregada de assegurar a legalidade do exercício do controle no âmbito dos demais Poderes. Ao Poder Judiciário cabe o controle externo desses atos, sob o plano legal e constitucional.

De qualquer forma, a atuação administrativa, ainda que separada em três frentes autônomas de competências e atribuições (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), deve sempre perseguir o cumprimento do primado do direito fundamental à boa administração pública.

Freitas (2013, p. 26), baseando-se no artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice e à luz da Constituição Federal de 1988, define Direito Fundamental à boa administração pública como

Direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Em uma visão moderna do interesse público, agora sob dois enfoques - jurídico e humanista - sustenta Haeberlin (2017, P. 303) que “o interesse público é o interesse de todos nós em ver realizado o maior empreendimento de cada um de nós”, definindo, então, que

Interesse público é o elemento nuclear do Estado que obriga sua ação seja nexa, preferencialmente direto e imediato, do maior empreendimento possível de cada um de nós, sendo a sustentabilidade pressuposta a esse interesse e o fomento de uma cultura fundada na obrigação moral de que o empreendimento do outro seja a cada um de nós maximamente relevante uma medida de sua eficácia.

Com esta nova visão de interesse público, teremos um Estado Meritocrático de Direito, isto é, um “Estado Democrático cuja pretensão é a criação do maior empreendimento de cada um, uma vez que mérito é *uma medida de realização*”, pois passa a ter o Estado um tratamento diferenciado para o alcance de seu objetivo maior (desenvolvimento igualitário de toda a sociedade), podendo estabelecer políticas públicas meritórias para alcançá-lo.

Assim, como se vê, o direito administrativo moderno está em transição para relações administrativas sustentáveis, sempre com olhos no cumprimento dos objetivos fundamentais do Estado Constitucional, centrado na eficiência e eficácia buscando o bem-estar multidimensional. Em resumo, para cumprimento do direito fundamental à boa administração pública deve o Estado implementar, pelos seus três poderes, a efetiva constitucionalização das relações administrativas como forma de vencer o vácuo entre os princípios e regras constitucionais e o mundo concreto.

### **III - O controle judicial das políticas públicas no Brasil**

O art. 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Torna-se fácil concluir que, embora harmônicos, cada poder tem seu âmbito de atuação, não podendo ou não devendo ocorrer invasão de competências.

Em se tratando de políticas públicas, estas são prioritariamente tarefas do poder Executivo e Legislativo nos três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Entretanto, a interferência do Judiciário está cada dia mais presente em assuntos de competência do Executivo e Legislativo, sobretudo quando se trata de políticas públicas sociais. O grande problema que se coloca está exatamente na prestação jurisdicional exigida quando se trata de demandas sociais, que implica na intervenção direta do Judiciário no espaço de atuação dos dois outros poderes da República<sup>1</sup>, posto que a partir daí a atuação judicial deixa o campo meramente jurídico e entra no campo político. Neste segundo campo de atuação, a atividade do Judiciário

(...) assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo, seja no âmbito administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos. Neste caso, estará definindo limites à atuação dos demais Poderes, os quais não poderão atuar com discricionariedade plena, porque vinculados a deveres e objetivos impostos pela Constituição. (grifei) (APPIO, 2005, p. 65/66)

Em um primeiro momento, poder-se-ia entender que pelo princípio da separação dos poderes, o Judiciário não teria competência para realizar tal controle. Entretanto, o Judiciário não extrapola sua competência, pois não visa a revisão da conveniência e oportunidade do ato, mas sim sua legalidade quando aplicado, não se tratando, portanto, de uma atuação política do Poder Judiciário, visto que a discricionariedade do Administrador não pode ser substituída pela do juiz. Aliás, nenhuma das duas vontades deverá prevalecer, devendo, sim,

---

<sup>1</sup> “A atividade do Poder Judiciário no Estado brasileiro contemporâneo pode ser dividida em dois segmentos básicos. Na primeira atividade, o Poder Judiciário atua como um representante estatal, dotado de prerrogativas funcionais e limitações estatutárias ...incumbindo-lhe resolver conflitos individuais que não afetam as políticas governamentais. Já a Segunda atividade – a qual interessa ao presente estudo – consiste na atribuição aos juízes de um controle político da atividade dos demais poderes, a partir dos valores constantes na Constituição Federal.” (APPIO, 2005, p.64)

prevalecer a vontade da Constituição Federal e, se de acordo com ela, a vontade da Administração Pública como um todo.

Segundo Appio (2005, p. 66) o controle judicial das políticas públicas se dá, (1) em caráter preventivo, (2) concomitante e (3) sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos. O controle judicial das políticas públicas pode-se, portanto, dar em três momentos distintos, ou seja, na sua formulação, execução ou avaliação.

O judiciário ao exercer o controle das políticas públicas, irá julgar se tal política está de acordo com as normas constitucionais e legais vigentes, pois a este poder não é permitido legislar ou executar leis. Este controle só incide sobre condutas da administração Pública, anulando-as quando forem ilegais, mas não atua sobre o Estabelecimento das políticas, devendo estas decorrer da vontade popular através da participação do povo nas elaborações destas políticas. Não é demais observar que a omissão é uma conduta da Administração Pública e deve ser combativa, também.

Com isso, concluímos, desde já, que o Judiciário não julga as metas e finalidades das políticas públicas, mas sim as normas ou atos que decorrem da aplicação desta política pública, entrando atualmente em uma análise mais delicada: o mérito da escolha política e seus objetivos.

Caso o Judiciário, além de anular o ato, decida sobre a política pública em si, alterando seu conteúdo, realizando uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição, este poder estaria assumindo uma função substitutiva. Neste caso, estar-se-ia ferindo o princípio da separação dos poderes.

Não obstante críticas à atuação judicial que leva ao controle de políticas públicas, elas não procedem, pois o Judiciário é a última instância de que se socorrem aqueles que não encontram, nos outros dois poderes do Estado – Executivo e Legislativo – e nem na sociedade (primeiro, segundo ou terceiro setor), apoio às suas angústias.

Nas palavras de Nicolau Júnior (2005, p. 13),

Por força da indigitada limitação de recursos, parcela substancial da doutrina vem defendendo que apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, isto é, apenas esse conjunto – formado pela seleção dos direitos sociais,

econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa ou por decorrerem do direito básico da liberdade – teria validade erga omnes e seria diretamente sindicável. (...)

Conclui esse autor afirmando que a inexistência de receitas públicas suficientes para a realização de todas as políticas públicas necessárias à realização do justo social impediria a possibilidade de se exigir esta obrigação de fazer do Estado. Mas se a inexistência de verba impede a realização das políticas públicas, para o autor a inexistência de lei não impede o acesso ao Judiciário para a obtenção de direitos subjetivos a prestações sociais.

(...) Para a definição do patamar mínimo a permitir a superação da limitação imposta pela reserva do possível, ressalvado o limite real de escassez há que se ter como parâmetro demarcatório o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB), que representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo abusos que pudessem levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão e essa tarefa incumbe ao juiz, ainda que dele não seja exclusiva. Alguns argumentam que, em tempos de crise, até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a estabilidade econômica, impondo-se o “embalsamamento” do Poder Judiciário, como o fez o documento 319 do Banco Mundial. No entanto, é importante salientar, com Alexy, que, justamente em tais circunstâncias, uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, revela-se indispensável, mas, para tanto, o Judiciário há que se mostrar independente o suficiente dos demais poderes, de ingerências e influências. (NICOLAU JÚNIOR, 2005, p.16).

Appio (2005) entende que o juiz pode mandar implementar políticas públicas já definidas em lei e em plano de governo, mas não pode determinar, de acordo com sua vontade em substituição à vontade do legislador e do administrador público, quais políticas deverão ser realizadas ou cumpridas. O entendimento esposado pelo autor encontra subsídio em vários julgados dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais de todo o país).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Vários são os exemplos: citamos, entre eles, o que segue: STF, Recurso Especial 322.348 AgR, Relator Ministro Celso de Mello; STF, RMS - 31181, relator Ministro Luiz Fux; STF, RE -



Na verdade, o que tem que ser avaliado é a preconizada independência dos poderes e, em que medida e quando é oportuna e constitucional a revisão das atividades legislativas e administrativas pelo Poder Judiciário. Questiona-se ainda a questão da intervenção de juízes não-eleitos no processo de tomada de decisões governamentais.

A Constituição Federal de 1988 em seu art.1º fala dos princípios e fundamentos que a nortearão, assim como no parágrafo único diz: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Quando afirma que todo poder emana do povo que poderá exercê-lo diretamente ou através de seus representantes eleitos está, ao mesmo tempo, reafirmando o Estado Democrático de Direito.

Nos moldes em que estabelece a Constituição, a democracia no Brasil deve ser mais que representativa: deve ser participativa. Não objetiva com isso diminuir o poder dos representantes eleitos dentro do processo eleitoral democrático, mas democratizar ainda mais todo o processo da administração pública de forma a fazer prevalecer acima de todas as questões o interesse público. Segundo Frischeisen (apud, APPIO, 2005, 165) o modelo de democracia representativa se mostra insuficiente,

Especificamente na produção de políticas públicas locais, os conselhos municipais e a adoção do orçamento participativo concorrem com a Câmara de Vereadores e com os Executivos Municipais na escolha das prioridades; a participação política da população não se esgota nas eleições, subvertendo a lógica tradicional da democracia representativa, que passa a ser substituída pela democracia participativa.

Falta ainda à nossa sociedade, maiores informações técnicas e consciência de como participar efetivamente. No momento atual, os Conselhos Municipais e demais tipos de associações participam mais com sugestões ou indicações, sem caráter deliberativo. As leis municipais que instituem os conselhos deveriam prever o poder de deliberação para esses órgãos da sociedade civil, de modo que o Poder Executivo se tornasse obrigado a inserir na lei orçamentária anual as verbas necessárias para atender àquilo que foi deliberado

---

461366, relator Ministro Eros Grau; STJ, REsp nº 1566221, relator Ministro Nunes Maia Filho; STJ, AgRg no REsp 1436903, relator Ministro Herman Benjamin.

pelos conselhos, enfim pela sociedade. Quando os agentes públicos são comprometidos com a democracia e respeitam as redes sociais, existe o consequente aumento da confiança e da autoestima dos cidadãos. Quando se arquitetam arranjos institucionais que proporcionam meios adequados de participação popular incrementa-se o capital social existente nas comunidades, criando condições apropriadas para a viabilização do desenvolvimento e da democracia.

Não se trata de substituir a democracia representativa pelo modelo participativo, mas de ampliar o espaço democrático, originando um modelo que compreende representatividade e participação popular ao mesmo tempo.

Seria surpreendente se a tentativa de controle e interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas não suscitasse polêmica. Na verdade a apregoada harmonia entre os poderes não é suficiente para atenuar uma disputa que pode ser considerada natural entre os mesmos. Como afirma Appio (2005, p. 68) “(...) a Constituição é, justamente o espaço das diferenças, da tolerância necessária à convivência dos diversos segmentos da população (...)”. Quando se discute a interferência ou controle judicial das políticas públicas, a questão que se impõe é a de até que ponto estará ferindo os princípios democráticos estabelecidos pela nossa Lei Maior. A partir daí, é que se pode avaliar com maior clareza o que significa e que tipo de contribuição pode trazer ao processo de ampliação democrática e ao interesse público.

Para o autor (APPIO, 2005, p. 68), essa matéria foi definida pela Constituição Federal em conformidade com o anseio popular, pois

“(...) muito embora o princípio da separação dos poderes seja um dos pilares do constitucionalismo, o espaço destinado ao Poder Judiciário, no Brasil, foi ampliado, não por obra da doutrina ou teorização da ideologia dos juízes, mas sim, por conta de demandas concretas, de natureza social, que surgem como decorrência da redefinição do papel do Estado”(...).

É justamente esse descaso com as políticas públicas sociais, que criou as condições necessárias para o *decisionismo* e intervenção judicial no país. Appio (2005, p. 71) admite que “(...) os riscos desse comportamento são os mesmos que os derivados de um populismo do Poder Executivo”.

Para parte da teoria nacional, esse *decisionismo* do Poder Judiciário seria uma espécie de populismo dos juízes e existem aqueles que, com pensamentos conservadores, defendem uma maior participação dos juízes na vida política do país, posição essa arcaica e ultrapassada, pois, há muito está superada a concepção de Montesquieu, fundada na soberania da Nação exercida somente através da lei. A frustração com as políticas sociais não podem legitimar uma ação judicial arbitrária. Entretanto, quando o controle judicial das políticas públicas, tanto no âmbito do administrativo como do legislativo surge em decorrência da inserção dos direitos sociais no bojo das Constituições contemporâneas, justifica-se a intervenção direta dos juízes em área de competência exclusiva dos poderes executivo e legislativo. É correto afirmar que, a pretendida legitimidade das decisões judiciais está alicerçada no debate democrático sobre o conteúdo dos princípios e valores constitucionais. Porém, esse entendimento ainda é objeto de diferentes interpretações, por isso, qualquer estudo sobre o assunto tem sempre que ser feito dentro de uma visão crítica.

Exemplo da intervenção judicial, em áreas de competência dos outros poderes, ocorre nas políticas econômicas, sobretudo quando existe a omissão administrativa que resulta em “desserviço” para o cidadão. Neste caso, a decisão judicial visa suprir a omissão administrativa, sobretudo quando se trata da prestação de serviços públicos por empresas particulares. Caso, por exemplo, da malha viária federal ou mesmo dos serviços de transporte coletivo prestado por empresas particulares nos municípios (concessões). Para Appio (2005, p. 80/84) não existem dúvidas acerca do fato de que os governos procuram moldar a Constituição às suas necessidades, ao contrário de serem normatizados por ela.

Confirmando a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na análise, implementação e efetivação de políticas públicas, veio a decisão proferida na ADPFMC nº 45/DF, tendo por relator o Ministro Celso de Mello<sup>3</sup>, cuja ementa segue transcrita:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS

---

<sup>3</sup> STF, , DJ 29.4.2004.

PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUMENTAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Na área das políticas públicas voltadas à educação e à saúde, a atuação judicial é bastante presente. Nas questões envolvendo tratamentos médicos, exames e medicamentos (inclusive de alto custo) o próprio Poder Judiciário vem buscando criar regras a serem seguidas pelos magistrados para imprimir maior racionalidade e consistência a esses processos, que normalmente vêm permeados por fortes dilemas éticos<sup>4</sup>. Alguns julgados são de extrema importância para a matéria, podendo ser indicados: a) o julgamento proferido pelo STF nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/2010<sup>5</sup>; b) dois recursos extraordinários nos quais foi reconhecida a Repercussão Geral da matéria, nos RE - RG 566.471 e 657.718;<sup>6</sup> e c) aquele proferido pelo STJ no Recurso Especial de nº 1657156, sob

---

<sup>4</sup> “o ministro Roberto Barroso, em seu voto-vista, sustentou ser necessária — para a concessão via judiciária do medicamento pleiteado — a observância cumulativa de cinco requisitos: a) a comprovação da incapacidade financeira de o autor da demanda arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a prova da eficácia do medicamento pleiteado com base na assim chamada medicina baseada em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS.” (SARLET, 2018, .

<sup>5</sup> Extrai-se do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, que “Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.”

<sup>6</sup> O RE 566.471/RN, tendo por relator o ministro Marco Aurélio, analisará a obrigação estatal de fornecer medicamento de alto custo não inserido na lista da Política Nacional de Medicamentos, aos cidadãos portadores de moléstias grave, carente ou não de condições econômicas, em face da universalização da política pública. O RE 657.718/MG, com relator também o Ministro referido, analisa a possibilidade da Administração Pública fornecer medicamento não registrado pela Anvisa, mediante ordem judicial.

a forma de recurso repetitivo, apontado critérios objetivos que devem pautar a análise dos processos envolvendo políticas públicas de proteção à saúde.<sup>7</sup>

Outra área onde se faz premente a intervenção do judiciário, diz respeito ao cumprimento da lei orçamentária anual, aliás, claramente definido na Constituição Federal, a ponto de sujeitar o Presidente da República ao processo de impeachment (CF/88, art. 85, VI) em caso de sua inobservância. O mesmo acontece com relação às dotações orçamentárias já previstas na lei orçamentária anual destinadas à saúde ou à educação, muito embora a aplicação desses recursos mínimos tenha expressa previsão constitucional, e o controle desse gastos seja feito pelo Poder Executivo. Ocorre que nem sempre esse percentual mínimo é cumprido. Os Tribunais de Contas apontam a irregularidade e a decisão judicial poderá determinar a liberação dos valores já previstos em lei. Trata-se portanto, de mera revisão de um ato administrativo, na medida em que o Poder Executivo não tem o poder discricionário de não cumprir a lei aprovada.

#### **IV – Papel do Judiciário na implementação das Políticas Públicas**

Tratando da legitimidade do Poder Judiciário como poder do Estado apto a proferir decisões voltadas à efetivação do “princípio constitucional de valorização da pessoa humana como centro de irradiação de todo o sistema e destinatária de todas as preocupações e atenções”, aponta Mauro Nicolau Júnior (2005, p.3) que o caminho a ser trilhado é o da atuação dos seus membros

com independência e consciência de sua relevância, de forma a tornar real a norma até então existente apenas no plano da abstração. A força da hermenêutica se faz presente no sentido de buscar a aplicação das normas legais e constitucionais de forma que propiciem o respeito

---

<sup>7</sup> “Em síntese, restou decidido que o Poder Judiciário poderá determinar ao poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: 1 – Seja comprovado pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado (da lavra de médico que assiste o paciente), de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, necessário também demonstrar a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o efeito do tratamento pretendido; 2 – A demonstração da incapacidade financeira do demandante (paciente) de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). De cimeira importância é, além disso, o fato de que além da fixação dos critérios referidos, foi determinado que, depois de transitada em julgado a decisão em cada caso concreto (envolvendo a obrigação de dispensação de fármacos não constantes nas “listas” do SUS), o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologias do SUS fossem comunicados para o efeito de procederem a estudos sobre a viabilidade de serem os medicamentos pleiteados incorporados às prestações a serem disponibilizadas pelo SUS.”. (SARLET, 2018).

aos direitos humanos e fundamentais, até mesmo como caminho de tornar concreto o mandamento de que todo o poder emana do povo. (NICOLAU JÚNIOR, 2005, p.4).

Percebe-se ainda nos dias atuais, que os sistemas normativo e constitucional são insuficientes para diminuir a exclusão social e para garantir o acesso aos direitos fundamentais de garantia da dignidade humana à maioria dos habitantes do Brasil, motivo pelo qual necessário socorrer-se do Judiciário, na maioria das vezes em demandas com o polo passivo ocupado pelo próprio Estado.

Neste passo, cabe um papel fundamental aos operadores do direito e em especial, ao Judiciário, de conduzir tais questões de forma a assegurar à massa desprotegida, o mínimo necessário à sua sobrevivência.

No entanto, é preciso que homens e mulheres investidos no poder da magistratura atentem para que as garantias constitucionais, enlaçadas pelo princípio da dignidade humana estejam acima de qualquer lei ou constituição, já que são inerentes à própria condição humana, e têm que ser respeitadas e colocadas em prática, ainda que não exista uma norma dispositiva sobre sua aplicação. Isto porque os direitos fundamentais inscritos na norma constitucional, têm eficácia imediata.

Urge um confronto corajoso com a realidade, com as verdades da crise do descumprimento dos direitos fundamentais, para que a ordem existencial se reencontre com a ordem constitucional. Para que, enfim, proclamemos nem tanto “a democracia que queremos, mas a democracia que somos” pois

‘en la realidad, no siempre se cumple el fin de afianzar la justicia del Estado de derecho democrático y humanista. A veces, se procura sólo una justicia meramente formal, sumisa a la letra de la ley, que margina el sustratum ideológico o el contenido político de la norma. Al marginarse la consideración sobre la orientación filosófico-política de la ley, el juez deja de cumplir su misión, esencial de confrontar la compatibilidad de la norma con la ideología constitucional’ (DROMI, 1996, p. 234).

Soares (2000, p. 22) afirma que a legitimidade de determinada lei ou ato administrativo da Administração está condicionada ao reconhecimento da validade das instituições básicas do Estado. Segundo a autora, no caso específico do Judiciário, sua legitimidade depende da certeza de toda a sociedade de que suas

sentenças serão publicadas, da disposição das partes de acatá-las e da confiança generalizada de todos os setores e segmentos sociais na firmeza da instituição como fator impeditivo da multiplicação dos conflitos. Segundo ela, o judiciário

(...) tende a perder o reconhecimento da sociedade; a confiança dos atores sociais em sua atuação tende a se exaurir; e as partes, no âmbito de um processo judicial, tendem a acatar seletivamente as sentenças, cumprindo-as quando lhes são favoráveis ou negociando sua execução, quando desfavoráveis. O que temos aí, portanto, é um caso exemplar de tensão entre mudança sócio-econômica e mudança jurídica, entre a concepção estática e uma concepção dinâmica de justiça, entre a aplicação de leis tradicionais a situações novas e a necessidade de leis novas para conflitos tradicionais, entre conflitos envolvendo demandas por novos direitos (moradia e reforma agrária, por exemplo) e conflitos envolvendo demandas pela aplicação mais efetiva de antigos direitos em novos contextos (v.g., a luta contra as discriminações sociais, raciais, sexuais etc.).

A separação funcional dos poderes não é mero acessório do regime presidencialista pois também nos países que adotam o regime parlamentarista garantem-se as decisões dos tribunais e asseguram-se as prerrogativas dos juízes: a separação das funções é meio de garantir a limitação no exercício do poder. E tal princípio não retira, do Judiciário, a possibilidade de analisar os atos de governo ou atos políticos praticados pelos outros dois poderes.

Não retira a legitimidade do judiciário como poder o fato de seus membros não terem acesso aos seus cargos mediante a representatividade popular (eleição), já que esta não foi a única forma eleita pelo legislador constituinte como expressão da democracia.

De outra feita, o fato do Judiciário poder rever os atos de governo ou atos políticos não gera aquilo que ficou notoriamente conhecido, em meados do século XX, como a ditadura do Judiciário, posto que o sistema constitucional vigente coloca várias esferas de atuação judicial, com inúmeros recursos, ações rescisórias, ações anulatórias e outros instrumentos para que a vontade de um único juiz não se imponha. Ademais, o próprio Poder Judiciário, como visto anteriormente, sofre controle dos dois outros poderes e mais ainda, tem, também, o chamado controle externo pelo Conselho Nacional de Justiça.

A legitimação do Judiciário brasileiro, centrada na Constituição Federal, especialmente no seu artigo 3º, não encontra nenhum entrave para ser reconhecida, a não ser nas suas próprias vicissitudes, posto que, apesar da melhoria em termos de ampliação do acesso à justiça da parcela carente de atendimento, há a necessidade de democratização da participação processual de todos os interessados. Deve o processo democrático ser entendido não no sentido estritamente liberal de escolha de representantes, mas no seu verdadeiro sentido de democracia direta, da faculdade de participação no poder como direito da cidadania (arts. 1º, parágrafo único, e 14, da Constituição).

## **V - Considerações Finais**

A criação da verdadeira democracia, com a formação de cidadãos livres e dignos, leva tempo e também lento processo de formação de direitos. Mesmo a Constituição Federal de 1988 pretendendo ser a Constituição Cidadã, como apelidada, não conseguiu, sozinha, mudar a realidade do Brasil, menos ainda efetivar direitos sociais e políticos.

Na construção de uma sociedade igual, justa e solidária, concretizada através da erradicação da pobreza e da efetivação da dignidade da pessoa humana, os três poderes da República deverão agir em parceria e harmonia, identificando quais as políticas públicas que devem ser cumpridas para que ocorra o desenvolvimento de toda a sociedade brasileira.

Na concretização dos direitos fundamentais à inclusão social e à boa administração pública, as políticas públicas a serem implantadas pelos poderes da república não podem e não devem ser insuficientes, ineficientes ou de cunho assistencialistas, sob pena de não cumprirem o comando constitucional e não promoverem a efetivação da necessária inclusão social. Todas as ações do Poder Público deverão ser vertidas para concretizar a Justiça social.

Na hipótese do Poder Público brasileiro, mais precisamente os poderes Executivo e Legislativo, não conseguirem exercer, de modo minimamente eficiente e congruente, seu papel de provedor de políticas públicas necessárias e aptas à inserção dos cidadãos excluídos do meio social, diante das mazelas próprias das conquistas políticas disputadas no seio dos núcleos de poder,



partilhados até as migalhas pelos detentores do poder social, econômico, político, cultural, tecnológico, será o Poder Judiciário chamado a prestar a tutela jurisdicional adequada à efetividade de mais este direito fundamental. .

O Poder Judiciário tem legitimidade para controlar políticas públicas dos outros dois poderes quando o fizer no exercício da sua tarefa constitucional de guardião da supremacia da Constituição através de uma efetiva jurisdição constitucional, concentrada ou difusa, na exata medida do poder conferido pela Constituição Federal de 1988, sem qualquer limitação, devendo a jurisdição atuar sempre como poder, porque como tal tem a seu cargo a soberania do povo, a custódia da supremacia constitucional, a tutela dos poderes constituídos e a proteção dos direitos reconhecidos -- é que estará cumprindo a contento o seu papel na democracia.

Do Judiciário depende a vigência de todo um sistema institucional, de toda uma comunidade formada por inúmeros grupos sociais carentes, de todas as coisas públicas, não bastando, para isso, uma análise centrada apenas na legalidade formal ou na igualdade perante a lei. A Justiça a ser garantida é aquela justiça humanista que visa a pacificação social, centrada na dignidade da pessoa humana, pressuposto do nosso Estado Democrático de Direito. Para este fim, para alcançar a efetividade do objetivo constitucional, o Poder Judiciário deve funcionar como poder de controle de toda atuação do Estado, com o efeito de reprimir os abusos das instituições, inclusive do próprio judiciário, e retificar, se for necessário, o rumo da comunidade.

A justiça para todos, assim, pressupõe, evidentemente, que todos estejam integrados na sociedade, que todos formem uma massa uniforme, que todos estejam incluídos. Sem inclusão social, não há igualdade, não há justiça, não há segurança, não há dignidade.

O processo, em sua visão social, se transforma em instrumento político de efetivação do próprio direito, hábil a auxiliar na construção de uma nova justiça no Brasil. Por isso, o processo não é apenas um instrumento técnico, pois tem conteúdo ético, arsenal que permite à jurisdição a realização de seus escopos sociais e políticos. Estes, para que sejam legítimos, necessitam representar as verdadeiras aspirações da sociedade e exprimir os seus reais critérios de justiça, de forma a alcançar a justiça da vida concreta digna.

Por tudo isso, a resposta ao problema proposto inicialmente é positiva: o Judiciário pode e deve enfrentar e julgar as questões jurisdicionais envolvendo as políticas públicas, analisando os atos de governo ou atos políticos praticados pelos outros dois poderes, quando estes se colocarem em desencontro com a Constituição Federal.

Só assim a tutela jurisdicional se colocará em prol da sociedade, participando, assim, da prestação de uma efetiva justiça social, cumprindo os objetivos da nação brasileira estampados no preâmbulo da Constituição, de forma de erradicar a pobreza, efetivar a dignidade da pessoa humana e criar uma sociedade igual, justa e solidária.

## **Referências Bibliográficas**

- APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas. Curitiba: Juruá, 2005
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CHALITA, Gabriel. O poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juizes, São Paulo: Saraiva, 1996.
- DROMI, Roberto. *El Poder Judicial*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo, Malheiros, 2013.
- HAEBERLIN, Martin. Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado meritocrático de direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2017.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba, Juruá, 2003
- MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Editora Manole, 2002
- NALINI, José Renato. O futuro das Profissões Jurídicas. São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998,
- NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A decisão judicial e os direitos fundamentais constitucionais da democracia. Artigo publicado em 28/8/2005. Mnicolau@tj.rj.gov.br. Acesso em 23/06/2018
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais 2004
- SARLET, Ingo W. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos. Acesso em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>. 2018, acesso em 21/08/2018.
- SOARES, INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES, “Direito ao Meio Ambiente sob a ótica dos Direitos Humanos e sua Efetividade Ante a Omissão do Poder Público”, Boletim dos Procuradores da República, ano III, nº 31, novembro – 2000.
- STJ, Notícia: acesso: 10/09/2018. REsp 1657156: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_R/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_R/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias), 2018