

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

YURI SCHNEIDER

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Julia Maurmann Ximenes, Regina Vera Villas Boas, Yuri Schneider – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-183-8

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Entre os dias 6 e 9 de julho o XXV Encontro Nacional do CONPEDI ocorreu em Brasília, com o tema Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se reuniu em três diferentes salas, e a presente apresentação trata do primeiro grupo.

A histórica desigualdade social brasileira é o contexto da maioria das discussões, conduzidas ainda para o papel dos diferentes atores jurídicos na efetivação dos direitos sociais a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente os trabalhos retomaram questões mais conceituais da relação entre Direito e Políticas Públicas como a judicialização, a dignidade da pessoa humana, o papel do Estado, do Poder Judiciário, o mínimo existencial e a reserva do possível.

Outra grande temática foi a judicialização da saúde: aqui sete trabalhos analisaram os desafios deste fenômeno, inclusive com a análise de casos específicos, da gestão orçamentária e da nova abordagem na problematização sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais – o estado de coisas inconstitucional.

O terceiro direito social debatido em vários trabalhos foi a educação. Aqui as pesquisas contribuíram com importantes reflexões a partir da análise de casos, como Belo Horizonte e Rio de Janeiro, dentre outras perspectivas.

Para finalizar, a discussão envolveu trabalhos relacionados com a corrupção como “mecanismo de esvaziamento das políticas públicas” e pesquisas sobre políticas públicas de alívio a pobreza no Brasil.

O debate continua, mas esperamos que mais uma vez a publicação dos trabalhos discutidos contribua para a pesquisa jurídica brasileira sobre a efetivação dos direitos sociais.

Boa leitura!!!

Julia Maurmann Ximenes – IDP/CONPEDI

Yuri Schneider – UNOESC

Regina Vera Villas Boas – UNISAL

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS, CUSTOS E RISCOS

JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES IN BRAZIL: CAUSES, CONSEQUENCES, COSTS AND RISKS

Gustavo Brasil Romão e Silva ¹

Resumo

O presente artigo realizou uma análise político-social e jurídica das questões que articulam a judicialização de políticas públicas no Brasil, explorando suas causas, consequências, custos e riscos. Este fenômeno ambíguo e sistêmico produz uma série de questionamentos sobre sua juridicidade e legitimidade. O estudo é realizado de forma transdisciplinar. O objetivo é utilizar o ferramental da Ciência Política como forma de nutrir conceitualmente as discussões jurídicas. Para a pesquisa foi usado o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica para responder ao problema que tem seu centro a atuação ativista do Judiciário no que tange à materialização de políticas públicas.

Palavras-chave: Políticas públicas, Judicialização, Legitimidade, Direitos, Custos

Abstract/Resumen/Résumé

This paper conducted a sociopolitical and legal analysis of the issues that articulate the judicialization of public policies in Brazil, exploring the causes, consequences, costs and risks. This ambiguous and systemic phenomenon produces a series of questions about its legality and legitimacy. The study is transdisciplinary. The goal is to use the tools of Political Science as a way of conceptually nourish the legal discussions. For the research was used the deductive method, by means of literature to address the problem that has its center the activist role of the judiciary regarding the materialization of public policies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policy, Judicialization, Legitimacy, Rights, Costs

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Formado em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF.

INTRODUÇÃO

O senhor saiba: eu toda a minha vida pensei por mim, forro, sou nascido diferente. Eu sou é eu mesmo. Divirjo de todo o mundo... Eu quase que nada não sei. Mas desconfio de muita coisa. O senhor concedendo, eu digo: para pensar longe, sou cão mestre – o senhor solte em minha frente uma idéia ligeira, e eu rastreio essa por fundo de todos os matos, amém! (ROSA, 1956).

O trecho acima extraído da obra prima de João Guimarães ROSA (1956) pode até parecer uma provocação. Contudo, na verdade, pode ser encarado apenas como um retrato da realidade vivida no Brasil. O Judiciário, cada vez mais “cão mestre”, mostra que o conceito de inércia é relativo, e que lhe oferecendo uma “brecha”, ele encontra um “mundo”.

O tema da judicialização de políticas públicas vem já há algum tempo gerando intensos debates no meio jurídico sobre suas premissas, necessidades e riscos. É um assunto revestido de grande importância, pois diz respeito ao mesmo tempo a direitos e garantias constitucionais e também ao orçamento público, dois elementos interdependentes. Isto porque não existem direitos nem sociais, nem individuais, como será mostrado, se não houver uma fonte orçamentária para proporcioná-los; e também, pois não há razão de se ter um orçamento público, sustentado majoritariamente pelo contribuinte através de impostos (*lato sensu*) se não for para ter algum benefício em troca.

O primeiro capítulo buscará introduzir a temática das políticas públicas no debate. A partir de definições extraídas da Ciência Política, que visam enriquecer a análise com elementos exteriores ao campo do Direito, se desenharem conceitos que buscarão ser enquadrados na realidade fática. Assim, se avaliará o que é uma política pública, a cargo de quem está sua formulação e execução e com base no que. Nesse momento será introduzida a questão da legitimidade, em duas vertentes que serão apresentadas e buscarão responder se existe um papel para o Judiciário, em especial a corte constitucional, no denominado ciclo das políticas públicas (*policy cycle*).

O capítulo seguinte amadurecerá a questão buscando expandir seu objeto de análise. A análise da legitimidade será colocada de forma igual para todo o Judiciário, trazendo, agora,

fundamentos jurídicos para corroborar com esse pensamento. Além disso, outros paralelos com a Ciência Política serão traçados, até se chegar à questão chave do ativismo do Judiciário.

E, finalmente, o capítulo derradeiro buscará, diante de todo arcabouço teórico levantado nos capítulos anteriores, apontar as funções do Judiciário, e se em alguma delas está a de provocar alguma mudança real e positiva no quadro fático nacional, ou seja, de atuar na ausência ou ineficiência do poder público. Nesse sentido, serão apontadas importantes considerações doutrinárias que analisam tal questão por diferentes perspectivas, culminando no exame do custo dessa empreitada, quer dizer, no custo dos direitos que a judicialização visa tutelar levantando-se a questão de se tais custos seriam compensados pelos benefícios dela decorrentes.

1. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E AS *PUBLIC POLICIES*

Antes de discutir quem possui a legitimidade democrática para efetivar, ou até mesmo criar políticas públicas, é importante analisar teoricamente o que significa uma política pública. Na ótica de Theodore LOWI (1994) esta seria um termo criativo, o qual demonstra uma certa relação de proximidade entre a sociedade e o governo (liberal), apontando para a existência flexibilidade e reciprocidade entre ambos. Seria um termo que ultrapassa noções unilaterais, como o que se extrai de termos como lei e estatuto.

Thomas DYE (1972), por sua vez, definiu política pública como sendo “o que os governantes escolhem fazer ou não fazer”. É possível observar claramente que o autor possui uma visão estatista em relação a quem pode formular uma política pública. Isso porque é o Estado, através dos governantes, que regula os conflitos da sociedade, organiza a sociedade no caso de conflito com outras sociedades, distribui uma grande variedade de recompensas simbólicas e serviços materiais para os membros daquela sociedade, além de extrair o dinheiro da sociedade.

Assim, as políticas públicas seriam os instrumentos do Estado para manejar todas essas tarefas, regulando comportamentos, organizando burocracias, distribuindo benefícios ou extraindo impostos. O autor parte da mesma premissa que SOUZA (2006), para quem “o processo de formulação de política pública é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações”.

No entanto, é preciso destacar que essa visão não é uníssona na doutrina, e encontra-se posição divergente. É o caso de SECCHI (2013) que defende o papel dos órgãos privados na discussão das políticas públicas, juntamente dos órgãos públicos (governo), das ONGs, e redes de políticas públicas, por exemplo. O autor defende essa visão multicêntrica alegando que a política deve ser considerada como “pública” quando o problema a ser por ela enfrentado é público. SECCHI (2013) também vai discordar da visão de que a inação do Estado constitui política pública. Para o autor essa inação revelaria apenas a “falta da inserção do problema na agenda formal”.

Diante desse contexto acima colocado, é possível extrair de certo (inquestionável) é que, o que torna uma ação uma política pública é a busca por uma solução a um problema público.

Conforme visto, há discordância na doutrina se o Estado seria ou não o único ator de políticas públicas, ou se outros atores (privados) teriam a possibilidade de participar desse processo.

Porém quem dentro do Estado teria legitimidade para atuar politicamente a fim de produzir resultados criadores ou efetivadores de políticas públicas? Quando se fala em legitimidade podemos pensar em dois caminhos. O primeiro diz respeito a uma atuação legítima, que segundo QUEIROZ (2011) seria aquela ação que não basta ter seguido a lei, mas que deve, além disso, ter atingido algum interesse público, um bem comum.

Por esse entendimento, qualquer ator estatal que atue sob o parâmetro da legalidade, e que busque através de tal atuação atingir um fim, um resultado de interesse público - entendendo-se aqui como interesse público não apenas o interesse do Estado, mas sim o interesse da sociedade como um todo, inclusive o interesse de particulares – estaria praticando um ato com um manto de legitimidade.

Outro caminho do qual se extrai o conceito de legitimidade, é aquele frequentemente associado à incidência de respaldo democrático de uma decisão (SANTOS, 1996). Desse pensamento, se extrai que somente teria legitimidade democrática para atuar formulando e executando políticas públicas aqueles eleitos pelo voto, ou seja, aqueles delegatários da representação política. Dessa forma, somente os Poderes Legislativo e Executivo, únicos que possuem representantes eleitos através de processo político-eleitoral, teriam legitimidade democrática.

Porém o conceito acima colocado não parece ser mais consenso. É possível verificar autores, como POGREBINSCHI (2012) que propõe uma revisão do conceito de representação política. A autora argumenta que a defesa de tal ampliação da noção de representação política dependeria de sua atualização semântica. Sendo revista, ela poderia ser capaz de “lidar de forma eficaz com alguns dos problemas de legitimidade *accountability* que marcam a democracia representativa contemporânea” (POGREBINSCHI, 2012).

POGREBINSCHI (2012) aduz que é cada vez maior o impacto político do papel institucional do Judiciário nas democracias de hoje, mas especificadamente das cortes constitucionais, inclusive no Brasil. Para a autora, o crescimento desse papel não seria uma usurpação de funções das instituições tipicamente representativas, tais como Executivo e

Judiciário, mas como uma ampliação daquilo que se considera como função representativa (POGREBINSCHI, 2012).

Para POGREBINSCHI (2012), o que tornaria uma instituição ou um ator político representativo seria “justamente o caráter representativo das consequências engendradas por determinada atividade política” (POGREBINSCHI, 2012). Dessa forma, “se as consequências da atividade de determinada instituição ou de certo agente logram ser representativas das demandas existentes na sociedade, então tal instituição e agente são representativos”. Nesse sentido, é interessante recortar outra passagem representativa do posicionamento da autora:

É o compartilhamento das consequências políticas de determinada atividade (seja esta a promulgação de uma lei, a execução de uma política pública ou a tomada de uma decisão judicial) e sua correspondência às demandas presentes na sociedade o que a torna representativa.

Os efeitos *erga omnes* das decisões das cortes constitucionais no exercício do controle abstrato de constitucionalidade tornam inevitável o compartilhamento das consequências de tal atividade judicial. Uma vez que as cortes apenas agem quando provocadas e, uma vez que aqueles competentes a fazê-lo no caso do controle abstrato de constitucionalidade são agentes eleitos ou entes representativos da sociedade civil, é razoável supor que a mudança de *status quo* propiciada pela contestação de uma lei corresponde às demandas presentes na sociedade, mesmo que de forma não necessariamente majoritária. (POGREBINSCHI, 2012).

Porém, como se mostrado no capítulo seguinte, existe o entendimento de que a atuação do Judiciário, enquanto ator representativo, não se resume à atuação em sede de controle abstrato de constitucionalidade pela corte constitucional - no Brasil, o Supremo Tribunal Federal -, podendo alcançar qualquer jurisdição, inclusive casos em que o efeito da decisão é apenas *inter partes*.

2. A PERSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E O JUIZ

Se analisarmos a questão da legitimidade democrática das decisões não só da Suprema Corte, o STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, mas do Judiciário como um todo, algumas considerações iniciais devem ser feitas.

O art. 93, IX e X da Constituição da República de 1988 traz como regra constitucional a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário, bem como a necessidade de fundamentação para todas as suas decisões, sejam elas judiciais ou administrativas:

Art. 93. IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Art. 93. X - As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

Conforme salienta QUEIROZ (2011), a motivação das decisões judiciais é um pilar do Estado Democrático de Direito, isto porque traz a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, portanto, possibilitando o controle dos atos do Poder Judiciário. Para a autora, “a justificação das decisões judiciais é condição *sine qua non* para o controle social das decisões” (QUEIROZ, 2011).

De acordo com AARNIO (1990 *apud* QUEIROZ, 2011), os tribunais também devem estar submetidos ao controle social exercido pela população, e a única condição possibilitadora desse é a exigência de fundamentação das decisões judiciais. HABERMAS (1990 *apud* QUEIROZ, 2011) acredita que a exposição da motivação que levou à tomada das decisões traz às decisões um caráter de legitimação, isto porque, segundo o autor “as decisões deverão ser fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública possui um potencial racionalizador e legitimador” (HABERMAS, 1990 *apud* QUEIROZ, 2011).

Dessa forma, é possível vislumbrar a possibilidade de as decisões emanadas pelo Judiciário possuírem legitimidade democrática. Porém, não se trata de uma legitimidade *ex ante*, ou seja, uma legitimidade que existe antes mesmo de sua ação (nesse caso, decisão) ser tomada

(aqui, pronunciada), apenas pelo fato de quem a tomar ter, em tese, uma legitimação democrática advinda das urnas eleitorais, que lhe concederam o status de mandatário de uma representação política. Aqui, a legitimidade democrática seria, portanto, *ex post*, ou seja, a legitimidade só tem lugar após a exposição de seus motivos, e após um eventual exame (filtro) de parametricidade com a lei e com a Constituição.

A perspectiva acima apresentada tratou da segunda forma de legitimidade apresentada nesse artigo. Porém, em relação à primeira forma, aquela relacionada ao interesse público por trás da decisão, também merece uma análise detida.

Imagine-se a hipótese de o Legislativo formular uma política pública, e o Executivo executá-la. Como averiguar a legitimidade (interesse público) dessas ações? Conforme, expõe BEHN (1981) o político (*policy politician*), é o jogador que se preocupa com as negociações e com os compromissos assumidos na arena política, buscando a resolução de conflitos com seus rivais e tratando da distribuição de recursos limitados (BEHN, 1981). Ora, os compromissos assumidos por qualquer político, na maioria das vezes, não são os objetivos perseguidos pela sociedade como um inteiro. Podem ser interesses até mesmo de pequenos setores da sociedade, como latifundiários pecuaristas, ou banqueiros.

Nesse sentido, repete-se a questão: como é possível averiguar o interesse público das decisões tomadas por grupos de políticos? O interesse de suas ações é público, pois eles foram sufragados pela população? Ora, sob esse prisma de análise, não há o que se diferenciar, no que tange à legitimidade (no sentido de interesse público) as decisões do Judiciário das ações e medidas levadas a efeito por outros poderes.

A partir desse entendimento, até mesmo a decisão que cumpra os interesses particulares de um cidadão é uma decisão legítima ao interesse público. Isso porque seguir e aplicar o conteúdo das leis e efetivar os dizeres constitucionais constitui interesse público. Assim, independentemente do conteúdo prolatado na decisão, ela é legítima, pois fez valer a lei e as garantias constitucionais, como o devido processo legal, por exemplo. É do interesse público que o Judiciário siga a lei e a Constituição, garantindo o contraditório e ampla defesa, por exemplo.

Porém o interesse público fica ainda mais evidente quando partimos à análise do conteúdo material das normas constitucionais. Assim, os direitos constitucionais sociais prestacionais, tais como, saúde, educação e previdência social, são prestações positivas do Estado

que, se deixa de prestá-las, ou o faz ineficientemente, deixa de alcançar o interesse público. Nesse caso, a efetivação desses direitos pelo Judiciário é uma atuação cumpridora do interesse público, e portanto também possuindo legitimidade nesse sentido da palavra.

E isso ocorre mesmo que esteja atendendo ao interesse de um particular, isso porque, conforme apontado anteriormente, o interesse público difere do interesse estatal, o interesse público, sob o entendimento da doutrina contemporânea (QUEIROZ, 2012) deve ser entendido como o alcançar dos objetivos previstos na Constituição, e se o legislador constituinte originário previu, por exemplo, um direito universal e gratuito à prestação do direito à saúde; sua efetivação é de interesse público. É o que, se apropriando da obra de GARCIA (2009, p. 190), se pode chamar de princípio da prossecução do interesse público em respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Pode se dizer ainda que esta atuação do Judiciário, buscando efetivar os dizeres constitucionais, levando ao que se convencionou chamar de “judicialização de políticas públicas”, possui um fundamento de validade previsto em uma das normas infraconstitucionais mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou Decreto-Lei nº 4.657/1942, como se pode observar:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos **fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum**. (Grifou-se).

Ora, o conteúdo do supracitado artigo é claro: é papel do Judiciário, ao aplicar a lei, é de atender às suas finalidades sociais assim como às exigências do bem comum. Portanto, o Judiciário, muito mais que um simples repetidor da lei, possui um papel de atingir o interesse público, o interesse social, não podendo se imiscuir dessa tarefa.

Dessa forma é possível traçar um paralelo entre o Juiz e o avaliador de políticas públicas (*policy evaluator*). Não que seja função do Poder Judiciário avaliar as políticas públicas e verificar o que é preciso fazer para melhorá-la, ou se é o caso de expandir a política ou programa, ou restringi-la, conceder uma maior orçamento a ela, ou reduzi-la, ou até mesmo encerra-la (WEISS, 1997). O ponto de semelhança que aqui se observa é que da mesma forma com que muito se fala na necessidade do ativismo do Judiciário (GARAPON, 1996), WEISS (1997) aponta, no caso do avaliador de políticas públicas, a necessidade de um certo ativismo é possível.

Segundo a autora, é importante que o avaliador considere em seu relatório final quem “está ouvindo” – se ele acha que a avaliação tem a oportunidade de influenciar decisões (seja de quem financia a política, de quem a gerencia, ou de quem a executa) ele deve dar atenção especial às questões que tem o potencial de serem ouvidas e gerarem decisões que levem a melhoria do programa ou política (WEISS, 1997). Assim, deve o avaliador agir não somente na seara teórica, mas engajar-se no jogo político com vistas a provocar alguma mudança real e positiva (WEISS, 1997).

A missão de provocar alguma mudança real e positiva, conforme consignado no texto legal supracitado, também acaba se incluindo dentre as funções do Poder Judiciário. O próximo capítulo buscará, com o objetivo esclarecer as premissas e consequências, analisar mais detidamente essa dita “missão do Judiciário de provocar alguma mudança real e positiva” no quadro fático nacional.

3. O GUARDIÃO E O CUSTO DAS PROMESSAS

De acordo com SANTOS (1996), os tribunais possuem três grupos de funções principais, quais sejam, as funções instrumentais, as políticas e as simbólicas.

De acordo com o referido autor, dentre as funções instrumentais dos tribunais é possível citar a resolução de litígios, a administração, a criação de direito e o controle social (SANTOS, 1996). Essa última função, em especial, estaria relacionada ao “conjunto de medidas [...] adotadas numa dada sociedade para que as ações individuais não se desviem significativamente do padrão dominante de sociabilidade” (SANTOS, 1996).

O controle social, portanto, pode se dizer que é a atuação dos tribunais para resolver um problema comum – o da existência de padrões de ações e comportamentos contrários à paz social – logo, podendo-se caracterizar desde já como sendo a efetivação de uma política pública, ainda que programática, levada a efeito pelo Judiciário. Política pública essa definida pelo legislador constituinte originário ao definir como um dos objetivos da Republica Federativa do Brasil a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF/1988) além da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, CF/1988).

Outros grupos de funções dos tribunais, mencionados por SANTOS (1996), são as funções políticas e as simbólicas. As primeiras decorreriam do fato de os tribunais “serem órgãos de soberania, que não apenas interagem com o sistema político, mas fazem parte dele” (SANTOS, 1996). O próprio controle social, referido acima como sendo uma função instrumental, também seria, segundo o autor, “uma função eminentemente política, quer pela repressão que exerce, quer pelo modo seletivo como o faz” (SANTOS, 1996). O que reforça a ideia no Judiciário participando do denominado ciclo de políticas públicas (*policy cycle*), seja na aplicação das mesmas, como dito no parágrafo anterior, ou até mesmo, formulando políticas, a partir do modo seletivo como exerce seu poder repressivo, ou seja, elegendo prioridades diante de suas possibilidades, assim como qualquer *policy maker*.

E em relação às funções simbólicas, SANTOS (1996) as considera mais amplas e englobadoras das duas funções anteriormente mencionadas, as instrumentais e políticas. No entanto, para SANTOS (1996) a maior eficácia simbólica dos tribunais deriva do próprio garantismo processual, da igualdade formal, da imparcialidade, da possibilidade de recurso, etc.

Daí, a credibilidade simbólica do Poder Judiciário capaz de elegê-lo pelo particular, pelo Ministério Público, e até pela Defensoria Pública, como o *guardião das promessas*, ou seja, aquele capaz de efetivar de forma máxima o texto constitucional e todos os seus direitos e garantias nele previstos.

Nesse sentido, GARAPON (1996) observa uma insuficiência nas instâncias políticas (esfera pública) para resolver problemas da sociedade e estabelecer acordos sociais, o que propiciou um aumento da litigiosidade, ou seja, da busca pelo Judiciário para a resolução de tais questões. Segundo o autor, o Judiciário acabou se tornando um estuário para as mais diversas questões, muitas, que antes eram resolvidas no seio familiar, passaram a trazer uma pressão administrativa aos tribunais (GARAPON, 1996). O incremento das demandas também seria decorrente do aumento dos mecanismos garantidores da cidadania e de direitos sociais (GARAPON, 1996), como por exemplo, a proteção ao consumidor.

GARAPON (1996) também relata a ocorrência de uma “internalização normativa” relativa ao crescimento do uso de cláusulas gerais no Direito (normas decorrentes de princípios, ou seja, que possuem baixa densidade normativa) que demandam decisões dos tribunais para se tornarem efetivas, como por exemplo, é o caso da “dignidade da pessoa humana”, do “mínimo existencial”, ou ainda, do “melhor interesse da criança”.

Isso tudo, segundo o autor, ao mesmo tempo que confere maior autonomia ao juiz para determinar tantos conceitos jurídicos indeterminados, aumenta a importância das consequências das decisões por ele tomadas (GARAPON, 1996). Isso constitui mais uma evidência da inclusão do juiz no jogo político. Segundo GARAPON (1996) a função contemporânea do juiz passou a ser a concretização da cidadania das parcelas marginalizadas da população através de suas decisões judiciais.

De acordo com o autor, tal situação produz o efeito de deixar o poder público em uma zona de conforto – deixando de levar a efeito o debate político, e mesmo de cumprir direitos sociais, aguardando a judicialização e os mandados judiciais (GARAPON, 1996). GARAPON (1996) mesmo considerando que o papel do Judiciário atende de forma diretamente proporcional às demandas da sociedade e busca concertar a precariedade do diálogo entre a classe política e a população, ressalta que os mecanismos representativos da democracia clássica, as deliberações públicas, não podem ser suplantadas de forma integral pelo Judiciário.

Observa-se, portanto, que o equilíbrio é necessário. Um poder não pode deixar de exercer seu *mínus constitucional*, só pelo fato de existir outro que “cubra seus buracos”. Porém há quem afirme que a atuação do Judiciário, ao buscar a máxima efetivação dos direitos e garantias constitucionais prestacionais, não possui a dimensão do custo desses direitos.

HOLMES e SUSTEIN (1999) sustentam que a simples existência de uma ordem institucional (um Estado organizado institucionalmente) pressupõe um fluxo de despesas e de cobranças. Os autores buscam desmistificar a ideia de que é possível existir direito sem custo para toda a sociedade, apontam que tanto os direitos sociais, quanto os individuais têm custos (HOLMES e SUSTEIN, 1999).

Dessa forma, o fato de o direito ser do particular (seu interesse), por exemplo, de buscar o Judiciário e demandar medicamentos (com vistas a reparar lesão ou ameaça de lesão ao direito do indivíduo à saúde), que a situação vai deixar de gerar custos públicos, ou seja, custos para toda a sociedade (HOLMES e SUSTEIN, 1999).

Pela moderna doutrina (ÁVILA, 2003), um direito só pode ser limitado (relativizado) por outro direito (através de métodos de ponderação), mas em princípio ele é pleno. Entretanto, para os autores, o que vai limitar os direitos é a limitação da capacidade financeira do Estado (limite objetivo), pois impede o exercício máximo de todos os direitos ao mesmo tempo com a mesma magnitude (HOLMES e SUSTEIN, 1999)– é o que se passou a denominar síndrome da escassez ou reserva do possível.

Portanto, o que se tem, segundo essa lógica, é que a ênfase na concretização de certos direitos levaria à mitigação de outros, por motivos financeiros. Essa situação, segundo essa linha de pensamento, se agravaria ainda mais com o cenário anteriormente apresentado, da existência de normas jurídicas de baixa densidade normativa, as quais demandam do Judiciário um juízo subjetivo, ou seja, direitos que não possuem extensão, mensuração objetivamente definida no texto legal ou constitucional. Assim, por exemplo, não há limites para o Estado tutelar o direito universal e gratuito à saúde, não importando, em tese, o custo de qualquer tratamento que venha a tutelar tal direito.

Nesse sentido, a crítica que essa linha de pensamento faz é que a essência da função judicial seria negativa (voltada a proibir ilegalidades), mas teria passado a ser positiva (diretiva das ações públicas), porém sem qualquer preocupação com gestão e planejamento financeiro.

Assim, políticas públicas seriam criadas sem previsão de custos, que chegam de “surpresa”, impactando os orçamentos dos entes públicos.

Esse debate foge até mesmo ao questionamento anteriormente mencionado sobre a legitimidade democrática da atuação do Judiciário no ciclo de políticas públicas (*policy cycle*), mas gira em torno, sim, da questão da economicidade. Como se trata de um conceito abstrato, cumpre destacar definição traçada por Ricardo Lobo TORRES (1993):

Controle da economicidade significa controle da **eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação**. [...] O controle da economicidade, relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, **inspira-se no princípio do custo/benefício, subordinado à ideia de justiça, que deve prevalecer no fornecimento de bens e serviços públicos**. (TORRES, 1993). (Grifou-se.)

A partir do raciocínio exposto acima, e do entendimento de HOLMES e SUSTEIN (1999), o que se pode verificar é a crítica a um comportamento tido como inconsequente do Judiciário que, ao tutelar direitos subjetivos, especialmente os que demandam prestações positivas do Estado, não teria preocupação com a relação custo/benefício do gasto empregado para a efetivação de tais direitos. Essa imprevisibilidade de gastos orçamentários, em larga escala, acabaria por comprometer despesas direcionadas a outros direitos, ou até mesmo aos próprios direitos tutelados pelo Judiciário, mas em outro nível de aplicação – no caso do direito à saúde, por exemplo, poderia estar deixando de empregar o orçamento em gastos de saúde preventiva, para empregá-lo em gastos determinados pela tutela judicial em pacientes com doenças raras e tratamentos dispendiosos.

Concluindo o raciocínio ora apresentado, cumpre destacar trecho no qual HOLMES e SUSTEIN (1999) expressam essa preocupação bem claramente, e questionam quais princípios guiariam essa atuação do Judiciário na sua determinação de que direitos tutelar com os recursos públicos, e se tais princípios poderiam ser defendidos:

[...] not just about how much various rights actually cost, but also about who decides how to allocate our scarce public resources, for the protection of which rights, and for whom. What principles are commonly invoked to guide these allocations? And can those principles be defended? (HOLMES e SUSTEIN, 1999).

CONCLUSÃO

Diante da análise desenvolvida nos capítulos que constroem holisticamente esse artigo, foi possível verificar que a questão do posicionamento do Judiciário no ciclo de políticas públicas, seja como formulador, ou como executor, é demasiado abstrata. Não há argumentos legais, nem, pelo que foi exposto, da Ciência Política, que impeçam sua atuação ou que a considerem ilegítima.

Porém, esse debate foge aos arquétipos os quais os doutrinadores buscam etiquetar os fenômenos que analisam. As consequências da atuação do Judiciário na efetivação de direitos e garantias são mais importantes do que compreender as bases teóricas dessa atuação. No entanto, analisar as premissas fáticas é fundamental para entender em que contexto axiológico ganhou corpo e importância tal atuação.

Como falado, pode-se dizer que a postura ativista do Judiciário veio em consequência a ações dos outros dois Poderes. A ampliação dos direitos e garantias e da capacidade do exercício da cidadania, levado a efeito pelo Legislativo combinado com a ineficiência e muitas vezes inércia completa do Executivo também deram causa a esse fenômeno irremediável.

A questão do custo dessa empreitada, quer dizer, no custo dos direitos que a judicialização visa tutelar - se tais custos seriam compensados pelos benefícios dela decorrentes é uma questão que não tem uma resposta simples. Isto porque a solução não pode vir somente por parte do Judiciário, que como foi dito acima, responde às ações ou inações dos outros Poderes.

Em relação ao planejamento e gestão financeira fica claro que não são especialidades do Judiciário e nem devem ser. Por outro lado, as consequências ao orçamento público de despesas determinadas por mandados judiciais podem ser muito gravosas. No entanto, enquanto o Judiciário e a população de forma geral, continuarem rotineiramente acostumados a assistir casos de malversação do gerenciamento e aplicação dos recursos públicos no Executivo e casos de corrupção e peculato no Legislativo, a descrença nesses Poderes reafirma a necessidade de um Judiciário atuante e legitimado pelo clamor popular por justiça e direitos mínimos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis (1990). *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa 8, 1990, p. 26/27, *apud* QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de (2012). *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011;

ÁVILA, Humberto (2003). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2012;

BEHN, Robert D. (1981). *Policy Analysis and Policy Politics*. Policy Analysis 7 (2), 199-226;

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 10 mar. 2016;

_____ (1942). *Decreto-Lei N° 4.657, de 4 De Setembro De 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso: 10 mar. 2016;

DYE, Thomas (1995). *Understanding Public Policy*. NJ: Prentice Hall, pp. 2-16;

GARAPON, Antoine (1996). *O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 272p;

GARCIA, Maria da Glória F. P. D (2009). *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009;

HABERMAS, Jürgen (1990). *Soberania popular como procedimento*. Trad. Márcio Suzuki. Novos estudos CEBRAP: São Paulo, n° 26, março, 1990. p. 111, *apud* QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de (2012). *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011;

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999;

LOWI, Theodore (1994), *O Estado e a ciência política ou como nos convertemos naquilo que estudamos*. IN: Boletim Informativo Bibliográfico. São Paulo: Anpocs, n. 38, 1994, p. 3-14;

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de (2012). *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011;

ROSA, João Guimarães (1956). *Grande Sertão: Veredas*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. 624p;

SANTOS, Boaventura de Sousa (1996). *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais - ANPOCS, n.30 (fev.96). Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=65&Itemid=203>. Acesso: 10 mar. 2016;

SECCHI, Leonardo (2013). *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2013;

SOUZA, Celina (2006). *Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas*. In: ROCHMA, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007;

TORRES, Ricardo Lobo (1994). *O tribunal de contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade*. Rev. Inf. Legisl., Brasília, a.31, n.121, p.265-271, jan./mar. 1994;

WEISS, Carol H. (1998). *Evaluation: Methods for Studying Programs & Policies*. Prentice-Hall.