

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE ROLE OF THE JUDICIARY IN THE PROCESS OF FORMATION OF PUBLIC POLICIES

Wesley Roberto Mariano da Silva

Goiânia - Goiás – Brasil.

Graduado em DIREITO pela Faculdade de Educação e Ciências Humanas de Anicuns (2007); em TEOLOGIA (bacharelado) pela Faculdade Kurios (2016); e em LETRAS - Português (em curso) pela Faculdade Unica. Especializações em Direito Processual pela Universidade de Rio Verde (2011); em Direito Público Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (2020); em Direito Ambiental com habilitação em docência no ensino pela Faculdade Educamais 2020; em Direito do Consumidor com habilitação em docência no ensino pela Faculdade Educamais (2021); em Políticas Públicas e Dinâmicas Territoriais pela Universidade Estadual de Goiás (2023). Doutorado (em andamento) pela UMSA - Universidad del Museo Social Argentino (2019). Analista Judiciário - Assessor de Desembargador – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

E-mail: wesleyjurista@hotmail.com

ARTIGO CIENTÍFICO
Submetido em: 03/03/2023
Aprovado em: 215/04/2023

RESUMO

A crescente judicialização de temas inerentes às políticas públicas rompe com a visão clássica de que o Judiciário é mero aplicador da letra da lei, pois suas decisões caracterizam sua efetiva participação nesta área. Infere-se que os magistrados brasileiros devem observar os ditames legais, pela própria natureza da revisão judicial. Por tais razões, objetivou-se discutir o papel desse Poder no campo político e a importância de sua atuação. O método de pesquisa utilizado foi o aplicado, qualitativo, descritivo por meio documental e bibliográfico. Ao final, verificou-se que os juízes operam com base em critérios outros que os unicamente legislados, pois também se utilizam da valoração da norma, a considerar os princípios que amparam o ordenamento jurídico, numa visão pós-positivista, decidindo de modo a influenciar ou até criar tais políticas.

Palavras-Chave: Judicialização. Norma jurídica. Separação de poderes.

RESUMEN

La creciente judicialización de cuestiones inherentes a las políticas públicas rompe con la visión clásica de que el Poder Judicial es un mero ejecutor de la letra de la ley, pues sus decisiones caracterizan su participación efectiva en este ámbito. Se infiere que los magistrados brasileños deben observar los dictados legales, por la propia naturaleza de la revisión judicial. Por estas razones, el objetivo fue discutir el papel de este Poder en el campo político y la importancia de su actuación. El método de investigación utilizado fue aplicado, cualitativo, descriptivo a través de medios documentales y bibliográficos. Al final, se encontró que los jueces actúan con base en criterios distintos a los únicamente legislados, pues también utilizan la valoración de la norma, considerando los principios que sustentan el ordenamiento jurídico, en una mirada post-positivista, decidiendo para influir o incluso crear dichas políticas.

Palavras Clave: Judicialización. Norma jurídica. Separación de poderes.

ABSTRACT

The growing judicialization of issues inherent to public policies breaks with the classic view that the Judiciary is a mere enforcer of the letter of the law, as its decisions characterize its effective participation in this area. It is inferred that Brazilian magistrates must observe the legal dictates, due to the very nature of judicial review. For these reasons, the objective was to discuss the role of this Power in the political field and the importance of its performance. The research method used was applied, qualitative, descriptive through documentary and bibliographic. Thus, it was found that judges operate based on criteria other than those solely legal, as they also use the valuation of the norm, considering the principles that support the legal system, in a post-positivist view, deciding in order to influence or even create such policies.

Keywords: Judicialization. Legal standard. Separation of powers.

1 INTRODUÇÃO

A definição e aplicação das políticas públicas competem ao Poder Executivo, o qual possui a discricionariedade na tomada de decisões administrativas, mediante aprovação orçamentária do Poder Legislativo. No entanto, embora respeitada a tripartição de poderes, impende-se observar que há mecanismos para se revisar condutas administrativas, permitindo-se, assim, a atuação do Judiciário nas políticas públicas.

Isso porque, a crescente judicialização de temas inerentes às políticas públicas, como a saúde, gera a mudança no discurso sobre a influência do Judiciário no âmbito político, em que pese a severa crítica ao ativismo judicial, aventada pelos demais Poderes. Imperioso reconhecer, assim, a necessidade atual de se discutir o papel do Poder Judiciário no campo das políticas públicas e a importância de sua atuação, apontando as consequências de sua intervenção.

Inegavelmente, o Judiciário faz política ao se proclamar um “poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas”, realizando, assim, um papel de “poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade”, segundo Canotilho e Leite (2015). Mediante os atos proferidos por seus magistrados, este Poder opera com base em critérios outros que não os unicamente legais, pois não são meramente aplicadores da letra da lei, valendo-se da valoração da norma, a considerar os princípios que amparam o ordenamento jurídico, numa visão pós positivista, conforme Alexy (2017).

Com efeito, a definição e aplicação das políticas públicas compete ao Poder Executivo, o qual possui a discricionariedade na tomada de decisões administrativas, mediante aprovação orçamentária do Poder Legislativo. Entretanto, ao analisar a Teoria da Separação dos Poderes (estrutura), considerada em conjunto com o Sistema de Freios e Contrapesos (mecanismo de bom funcionamento da estrutura), verifica-se que a tripartição dos Poderes delimita as competências para evitar a concentração indevida de poder, mas é dito sistema que apresenta os mecanismos para se evitar o abuso, o que permite considerar a relevância da participação do Judiciário nas políticas públicas (SANTOS, 2021).

Nesse cenário, questione-se a visão clássica de que os tribunais são apenas instâncias legais, em razão das evidências de seu papel político e das consequências de sua atuação nas políticas públicas, exurgindo o problema que se pretende investigar, a saber: qual o papel do Judiciário no campo das políticas públicas?

Certamente, ainda que os magistrados e tribunais brasileiros tenham que observar os ditames legais, pela própria natureza da revisão judicial, ao exercerem seu papel, decidem de modo a influenciar ou até mesmo criar políticas públicas.

Por tais razões, o objetivo deste estudo é discutir o papel do Judiciário no campo das políticas públicas e a importância de sua atuação, por meio de pesquisa qualitativa, ao descrever o fenômeno da participação deste Poder, sendo descritiva quanto aos fins, cujo método exige do investigador informações acerca do tema pesquisado e a descrição dos fatos e fenômenos da realidade investigada.

Impende ainda esclarecer que, acerca dos meios, a pesquisa é documental, com base nos arquivos públicos do Judiciário, especificamente suas decisões (monocráticas e acórdãos) e bibliográfica, pois visa analisar a literatura existente sobre a matéria, como livros, dissertações, teses e artigos científicos.

Pertinente observar, por fim, que a investigação não pretende esgotar o tema, mas discutir a atuação do Judiciário e a maneira como este colabora para a criação e melhoramento das políticas públicas. Para tanto, este estudo científico divide-se em quatro tópicos, iniciando pela definição das políticas públicas, sendo, na sequência, apontados os fatores que contribuem para a efetividade, eficácia e eficiência na execução destas políticas. A consequente utilização dos seus resultados foi tratada no terceiro ponto e, finalmente, o fenômeno da Judicialização da matéria em comento.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são a materialização do Estado por meio de diretrizes, programas, projetos e atividades que tenham, por fim, atender às demandas da sociedade. São chamadas públicas para distinguir do privado, do particular, do individual, considerando-se a ótica de que o termo público tem uma dimensão mais ampla e abrange o estatal e o não-estatal. De acordo com Bucci (2001), as políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses e funcionam como um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular.

Por inteira pertinência, invoco a disposição do artigo 1º, inciso V da Lei Federal 12.288 de 20 de julho de 2010, que define as políticas públicas como “as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais”.

No que concerne à classificação das políticas públicas, dá-se destaque à de Schmidt (2008, p. 2313-2314), segundo o qual tem por base as linhas gerais da tipologia proposta por Theodor Lowi, na década de 1960, em função dessa classificação sinteticamente traçar as linhas de funcionamento do Estado, estando dividida em quatro tipos, detalhadas a seguir:

- a) políticas distributivas: consistem na distribuição de recursos da sociedade a regiões ou determinados segmentos sociais e, em geral, requerem o controle social por meio de conselhos ou outro tipo de participação popular. Ex.: política de desenvolvimento regional;
- b) políticas redistributivas: consistem na redistribuição de renda mediante o deslocamento de recursos das camadas mais abastadas da sociedade para as camadas mais pobres, incluindo-se aqui a política da seguridade social. Em regra, as camadas mais abastadas tendem a oferecer resistência, mas há outras formas, mais suaves, de realizá-las que evitam essa resistência que é quando feito por meio de realocação do próprio orçamento público. Ex.: Bolsa-família;
- c) políticas regulatórias: criam normas para o funcionamento de serviços e instalação de equipamentos públicos por meio de ordens, proibições, decretos, portarias, etc. Pode ocorrer por meio da distribuição de custos e benefícios entre grupos e setores sociais, de forma equilibrada ou, por meio do atendimento de interesses particulares. Ex.: plano diretor urbano, políticas de circulação, política de uso do solo, etc.
- d) políticas constitutivas ou estruturadoras: definem procedimentos gerais da política; determinam as estruturas e os processos da política, por isso tem a característica de afetar as condições como são negociadas as demais políticas; em regra, não propiciam um envolvimento da população. Ex.: reforma política, definição do sistema de governo, etc.

Independentemente dessa classificação, todas as políticas públicas têm em comum o fato de ter como principal destinatário a sociedade, devendo, por isso mesmo, seus anseios e necessidades serem considerados desde a etapa da percepção e definição dos problemas que precedem à formulação de uma política pública até a etapa em que é procedida a avaliação.

As políticas distributivas e as redistributivas são as que atualmente possuem uma definição mais clara quanto à necessidade de controle social, mas, dentro do contexto de busca de uma democracia mais participativa e mais substantiva, as regulatórias e as estruturadoras devem fazer parte da agenda de ampliação dos processos participativos porque provocam, também, grande impacto na vida cotidiana dos cidadãos, independente do entendimento de que integram assuntos macros do Estado.

3 FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A EFETIVIDADE, EFICÁCIA E EFICIÊNCIA NA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

De modo genérico, pode-se entender a efetividade a partir do sentido da existência de algo que se manifesta com efeito real. Já a eficácia, com o sentido de algo que produz o efeito desejado, o resultado esperado etc. Quanto à eficiência, tem associação direta com fatores econômicos, pois diz respeito à capacidade de realização com observância da relação custo-benefício.

Com relação às políticas públicas, pode-se simplificar o entendimento a partir de algumas perguntas, tais como: efetividade – a política formulada foi de fato implementada? Eficácia – os resultados previstos foram alcançados? Eficiência – quanto de recursos foi dispendido para o alcance dos resultados?

Ao tratar acerca da avaliação das políticas públicas, Arretche (2001) discorre, com bastante propriedade, sobre os pressupostos que envolvem tanto a efetividade, como a eficácia e eficiência. Descreve a efetividade como sendo o exame da relação entre a implementação de um determinado programa e seus impactos e/ou resultados, isto é, seu sucesso ou fracasso em termos de uma efetiva mudança nas condições sociais prévias da vida das populações atingidas pelo programa sob avaliação.

Entende que é na avaliação da efetividade que a distinção entre avaliação e análise torna-se mais clara e necessária, devido à necessidade de demonstrar que os resultados encontrados na realidade social têm como causa aquela política particular. E, adicionalmente, da necessidade de distinguir entre os produtos de uma política e seus resultados – principal dificuldade metodológica.

No que concerne à eficácia, compreende ser a avaliação da relação entre os objetivos e instrumentos explícitos de um dado programa e seus resultados efetivos, podendo ser feita entre, por exemplo, as metas propostas e as metas alcançadas pelo programa ou entre os instrumentos previstos para sua implementação e aqueles efetivamente empregados. Trata-se da avaliação mais aplicada nas correntes de políticas públicas e sua maior dificuldade consiste na obtenção e veracidade das informações acerca do funcionamento concreto do programa em análise.

Quanto à eficiência, a autora entende que se trata da relação entre a consecução dos resultados pretendidos e a utilização de recursos compatíveis, sempre buscando a eliminação de eventuais custos desnecessários e não condizentes com o princípio da equidade.

Identificar que fatores contribuem para uma boa execução das políticas públicas é, ao mesmo tempo, identificar quais contribuem para um Estado efetivo, eficaz e eficiente do ponto de vista de ser capaz de captar os anseios da sociedade e realizá-los sem desrespeitar as conquistas democráticas consignadas no texto constitucional. Para isso, é imprescindível reconhecer que a formulação de uma política pública envolve interesses, valores e preferências os quais não se restringem à orientação técnica ou às reais necessidades da sociedade, mas fica susceptível às mais variadas interferências de ordem políticas e casuísticas, conforme a conjuntura.

Conforme se verifica pelos conceitos de efetividade, eficácia e eficiência apresentados por Arretche trata-se de um conjunto de referências gerenciais bastante abrangente que, quando

cumprido, implica que a política pública teve sua finalidade atingida plenamente. Em razão disso, muitos são os fatores que envolvem o cumprimento desse conjunto, englobando desde recursos humanos, materiais e até a cultura das pessoas que deve ser menos individualista e mais coletiva e de visão menos imediatista e mais de longo prazo, no sentido de compreender que os reflexos futuros do não-cumprimento dessas referências gerenciais têm implicações impossíveis de ser dimensionadas de imediato. Optou-se por detalhar alguns dos fatores, os quais se consideram como principais, com capacidade de contribuir para efetividade, eficácia e eficiência, quais sejam: o crescimento do capital social; a efetividade.

4 A AVALIAÇÃO EFETIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COM CONSEQUENTE UTILIZAÇÃO DOS SEUS RESULTADOS

O processo de definição das políticas públicas para uma sociedade reflete os conflitos de interesses e os arranjos feitos em todas as esferas de poder, os quais envolvem tanto atores das instituições estatais quanto da sociedade como um todo, razão pela qual nem sempre é dada a devida importância à avaliação da execução dessas políticas públicas em determinado período ou segmento em que foi aplicada.

De acordo com Garcia (2001), a avaliação é uma operação na qual se julga o valor de uma iniciativa organizacional, partindo de um quadro referencial ou padrão comparativo previamente definido. Trata-se de uma operação que visa constatar a presença ou a quantidade de um valor desejado nos resultados de uma ação empreendida para obtê-lo, partindo-se de um quadro referencial ou critérios de aceitabilidade pretendidos.

Para o Comitê de Assistência ao Desenvolvimento da Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE), o propósito da avaliação é determinar a pertinência e alcance dos objetivos, a eficiência, efetividade, impacto e sustentabilidade do desenvolvimento, devendo proporcionar informação que seja útil e crível para o processo de tomada de decisões e favoreçam uma melhor prestação de contas sobre as políticas públicas (TREVISAN; BELLEN, 2008).

A partir dos anos de 1990, a avaliação das políticas públicas “foi posta a serviço da reforma do setor público”, a qual privilegiou a adoção de uma política de contenção dos gastos públicos como uma busca pela melhoria da eficiência e da produtividade, aliada a uma flexibilidade gerencial e capacidade de respostas dos governos, bem como, na busca por uma maximização da transparência da gestão pública e de responsabilização dos gestores, colocando o “consumidor” de bens e serviços públicos supostamente em primeiro plano. (FARIA, 2012).

Buscava-se, com essa prática, a credibilidade do processo de reforma. Diz-se que a década de 1990 marca a fase de deslocamento teórico-discursivo marcado por questionamentos acerca do papel do Estado que, aliado à influência da nova administração pública, possibilita que a avaliação assuma a função de legitimação, ao tempo em que passam a ser cobrados resultados, tanto da administração, quanto das políticas públicas. (TREVISAN; BELLEN, 2008).

Para Schmidt (2008), a análise das políticas públicas não pode ser feita de forma fragmentada ou isolada de uma análise mais geral acerca dos rumos do Estado e da sociedade, pois as políticas não são uma espécie de setor ou departamento com vida própria. Elas são resultantes da política, compreendidas à luz das instituições e dos processos políticos, os quais envolvem questões mais gerais da sociedade.

A produção e divulgação de avaliações rigorosas, isentas e confiáveis, pode se tornar um instrumento democrático de controle sobre as ações dos governos, mediante a discussão de seus resultados em arena pública, em que os cidadãos possam ter acesso pleno às informações, à metodologia empregada e aos resultados efetivos alcançados, sendo também útil aos governos para controle de suas agências estatais executoras de políticas. (ARRETCHE, 2001). Entretanto, Faria (2011) entende que o Brasil tem negligenciado a avaliação, sendo rara a sua utilização como instrumento de gestão do setor público brasileiro pelas três esferas de governo. Em face disso, na prática, as avaliações de políticas públicas não têm cumprido o seu tão propagado papel de funcionar como ferramenta útil ao aumento de eficiência e eficácia do setor público. Faria (2012, p. 102) destaca como fatores que interferem na utilização dos resultados, dentre outros, os seguintes:

- i) existência de crenças e interesses conflitantes na organização que gerencia o programa;
- ii) ocorrência de conflitos de interesses entre as distintas unidades do programa;
- iii) mudanças no pessoal encarregado, quando, por exemplo, os novatos têm prioridades diferentes daquelas vigentes na época do início da avaliação;
- iv) eventual inflexibilidade das regras e dos padrões operacionais da organização encarregada, que pode impedir a adoção das recomendações feitas quando da avaliação; e
- v) mudanças nas condições externas, tais como cortes orçamentários e alterações no ambiente político, que podem tornar impossível para a organização responder à necessidade de mudança revelada pelos avaliadores.

O ato de proceder a avaliação encontra uma certa resistência que tem predominado até mesmo no próprio governo federal, o que pode se inferir pelo conteúdo do Balanço Geral da União (BGU), principal peça da prestação de contas anual do governo, o qual não contém dados

avaliativos acerca da execução dos programas de governo que permitam servir de suporte para um planejamento futuro no que concerne à efetividade, no sentido de uma efetiva mudança nas condições sociais prévias da vida das populações atingidas pelo programa, e à eficiência, quanto a possibilitar a eliminação de eventuais custos desnecessários e não condizentes com o princípio da equidade, conforme os conceitos desenvolvidos por Arretche, em função dos registros se limitarem aos dados sobre a execução física e financeira dos programas, não se conhecendo outro instrumento com avaliação consolidada nos termos referidos e que seja dado publicidade.

Talvez essa ausência de publicidade de avaliações consolidadas da execução das políticas públicas seja consequência da visão de que “as avaliações podem ser um ‘problema’ para os governantes, executores e gerentes de projetos, porque os resultados podem causar constrangimentos públicos” conforme entendem Trevisan e Bellen (2008, p. 536), ao considerar que as informações e resultados das avaliações podem vir a ser usados pela imprensa e pelo público para criticar os governos. Mas, por outro lado, em caso de situações positivas, os próprios governos poderiam utilizá-las para legitimar as próprias políticas, fazendo disso um ganho político.

Além dos fatores apontados por Faria, quanto a não-utilização de resultados de eventuais avaliações, acrescenta-se a ausência de cobrança por parte da sociedade que, alheia pela falta de informações de qualidade e de organização entre seus membros, não faz pressão efetiva e coordenada no sentido de exigir que haja coerência nas ações implementadas pelo Estado, as quais, muitas vezes, visando, tão somente, atender interesses de determinados grupos, com maior possibilidade de aproximação dos tomadores de decisão, são empreendidas justamente da direção que deveria ser evitada. No Brasil, é muito frequente a ocorrência da política do pork borrel traduzida pela apropriação de recursos federais para aplicação em projetos ineficientes que beneficiam determinadas localidades específicas, sem contribuir com o País, considerado em sua totalidade, visando tão somente possibilitar aos políticos envolvidos a cobrança de maior número de votos nas eleições vindouras.

Costa (2003) aponta, também, a baixa capacidade institucional e gerencial que caracteriza a aparelhagem institucional encarregada das políticas sociais no Brasil, assim como em relação à maioria dos países latino-americanos, o que implica em precariedade de informações importantes sobre a execução dos programas e, por consequência, dificultam o gerenciamento dos programas e políticas, a identificação e a correção de eventuais gargalos em sua execução. Para Moreira (2008), a performance brasileira, em termos de execução de políticas públicas, tem sido sofrível, mas, em termos de avaliação, tem sido decepcionante, não

obstante a avaliação seja fator indispensável para o aproveitamento de acertos e erros na concepção de novos programas e na redireção de políticas já em andamento.

A avaliação das políticas públicas, via de regra, era encarada como instrumento gerencial, ante a crença de que seus resultados seriam encampados pelos tomadores de decisão para a melhoria da política ou do programa em questão. Porém, mais recentemente, segundo abordagem de Faria (2005), as avaliações têm recebido concepção mais abrangente, envolvendo, além do uso instrumental, relativa ao apoio às decisões e à busca de resolução de problemas, o conceitual, que tem função “educativa” e, em geral, é circunscrito aos técnicos locais do programa e o simbólico que diz respeito ao uso “político”. Com relação ao uso conceitual, a descoberta da avaliação pelos técnicos pode propiciar uma alteração da maneira de visualizar a natureza, o modo de operação e o impacto do programa que implementam. No que concerne ao uso político, dá-se quando é utilizada para mobilizar o apoio em direção à posição que os tomadores de decisão já têm sobre as mudanças necessárias na política ou programa, visa legitimar uma posição e ganhar novos adeptos para as mudanças desejadas, podendo funcionar como instrumento de manipulação da opinião pública. Todavia, o uso instrumental para a tomada de decisão depende, além da qualidade da avaliação, de uma adequada divulgação de seus resultados e da inteligibilidade e factibilidade das respectivas recomendações.

No cenário brasileiro, foi apenas na década de 1980 que principiou a preocupação com a relação existente entre o crescimento econômico e a redução das desigualdades. Para os economistas, a conversão do crescimento econômico na redução da pobreza depende de alguns fatores, dentre eles, o “padrão do gasto público”. Por meio dele, o governo funciona como um mecanismo distributivo e redistributivo de renda na sociedade e, em função disso, a qualidade do gasto do governo tem um papel importante no bem-estar dos indivíduos mais pobres. Um baixo nível pró-pobre da focalização do gasto público, com um baixo nível de desenvolvimento institucional, pode afetar seriamente a eficiência das políticas públicas, cuja manifestação se dá por meio de escolas disfuncionais, serviços de saúde inoperantes e inacessíveis aos pobres, etc.

O crescimento em favor dos pobres requer a remoção de instituições e políticas que atuem contra eles. Gastos públicos focalizados e adequados com educação básica, saúde e serviços de planejamento familiar, acesso ao microcrédito, promoção de pequenas e médias empresas, provisão de direitos de propriedade para os pobres, são alguns exemplos. (RIBEIRO et al., 2005).

5 FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Teoria das Fontes esclarece que destas (fontes) emanam todo o direito. Nesse sentido, sob a ótica da implementação de políticas públicas no âmbito judicial, vê-se que há um deslocamento de poder, do Legislativo e Executivo para o Judiciário, que passa a participar de forma mais ativa na criação do Direito.

Logo, ocorre o empoderamento da fonte jurisprudencial e a respectiva expansão da jurisdição constitucional. Desse entendimento decorrem as súmulas vinculantes, decisões com eficácia vinculante, como uma nova Teoria dos Precedentes, oriunda do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse enredo, dentro do constitucionalismo, são afirmados direitos fundamentais, com a primeira geração ou dimensão, e a segunda geração ou dimensão, no século XX. Assim, já havia uma configuração de direitos sociais na Constituição que foi evoluindo.

Então, questiona-se como ter a dignidade da pessoa humana como base se, às vezes, o Legislativo é omissos na complementação normativa da Constituição? Isso, levando em consideração que o Poder Executivo também comete falhas, no que tange à implementação dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas, tais como educação, saúde, saneamento básico, transporte, moradia e alimentação.

Nesse caso, quando há uma clara omissão e negligência por parte do Executivo e do Legislativo, surge a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, para zelar pelos direitos não atendidos em sua totalidade ou atendidos de forma insuficiente.

É claro que há um certo perigo no poder conferido ao Judiciário, uma vez que ele pode cometer eventuais excessos, gerando o denominado “ativismo judicial”. Até porque seus integrantes não são representantes do povo, pois não foram eleitos pelo mesmo.

Assim, pode-se dizer que, com o Neoconstitucionalismo, há o deslocamento de poder do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, que assume um protagonismo que até então não era a ele atribuído. Diante disso, o Poder Judiciário passa a atuar, inclusive, no âmbito das políticas públicas, afastando a discricionariedade da administração pública, bem como a reserva do possível e as limitações orçamentárias.

Esses eventos aconteceram no mundo inteiro, e não apenas no Brasil. No Canadá, por exemplo, a possibilidade de realização de testes nucleares foi decidida pelo Poder Judiciário, matéria que, antes disso, era da competência de atuação do Legislativo. Já nos Estados Unidos, a eleição do ano 2000 foi decidida pela Suprema Corte e não pelo povo americano, de modo

que, por 5 votos a 4, foi comunicada a vitória de George W. Bush, proibindo a continuação da recontagem de votos na Flórida, fatos que são notórios.

Já em âmbito nacional, o STF proferiu uma série de decisões nesse sentido, declarando a possibilidade da união estável homoafetiva, em 2011 (ADI 4277); a permissão para a realização de pesquisas com células-tronco, ao declarar a constitucionalidade da lei que versava sobre o tema (ADI 3510), bem como a análise da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa (ADI 4578). Outros temas que chegaram ao Poder Judiciário estavam relacionados à possibilidade de interrupção terapêutica de feto anencefálico (ADPF 54), criminalização da homofobia e da transfobia (ADO 26), Marcha da Maconha (ADPF 187), entre outros (Julgados em Anexo).

Assim, o Judiciário sempre é chamado para decidir acerca de legislações já existentes ou para implementar políticas públicas não efetivadas pelo Executivo. Isso mostra, claramente, que há o deslocamento de poder do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, ocorrendo o evidente fortalecimento da tutela constitucional.

No entanto, a judicialização da política pode chegar a limites excessivos. Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que o colarinho do chopp seria parte integrante do produto para fins da legislação consumerista (AC 2003.72.05.000103-2/TRF). Em decisão diversa, o STF deliberou quem seria o campeão brasileiro de 1987, se o time do Flamengo ou do Sport Clube do Recife (RE 950717 / PE - PERNAMBUCO).

O Poder Judiciário notoriamente faz política ao se proclamar um “poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas”, realizando, assim, um papel de “poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade”, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2008).

Com efeito, a definição e aplicação das políticas públicas competem ao Poder Executivo, o qual possui a discricionariedade na tomada de decisões administrativas, mediante aprovação orçamentária do Poder Legislativo. Entretanto, ao analisar a Teoria da Separação dos Poderes (estrutura), considerada em conjunto com o Sistema de Freios e Contrapesos (mecanismo de bom funcionamento da estrutura), verifica-se que a tripartição dos Poderes delimita as competências para evitar a concentração indevida de poder, mas é dito sistema que apresenta os mecanismos para se evitar o abuso, o que permite considerar a relevância da participação do Judiciário nas políticas públicas (SANTOS, 2021).

A partir desenvolvimento do Estado Social houve inegável aproximação da atuação jurisdicional com as demandas sociais, modificando, assim, a função do Poder Judiciário perante os direitos sociais ou sua violação e trazendo novo significado a atuação do magistrado,

que passou a analisar se a norma elaborada pelo Poder Legislativo, efetivamente, concretiza os resultados sociais e políticos almejados.

Desse modo se pode afirmar que o juiz possui uma responsabilidade finalística, pois realizando o controle de legalidade, manifesta politização em seus comandos.

Certamente, a judicialização da política tende a trazer a politização da Justiça, segundo Ferreira Filho (2011), o que significa que as decisões administrativas e as questões políticas submetem-se à análise do magistrado, que é considerada política quando se aceita a existência de uma margem de liberdade na interpretação da norma, sobretudo quando se observa pelo ângulo da jurisdição constitucional e seus preceitos garantistas. Contudo, não se pode olvidar que sua atuação não é dotada de poder puramente político, nem se equipara à função do legislador, sob pena de se inferir um ativismo judicial, indesejado.

Com efeito, o Judiciário não tem atuado com ingerência nas políticas públicas, mas suprindo lacunas deixadas pela inércia dos demais poderes, sobretudo diante da ausência de critérios objetivos nas normas, o que impõe sua imediata interpretação e aplicação por esse poder jurisdicional.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) elucida:

O Judiciário vem interferindo nas políticas públicas, na tentativa de suprir as lacunas deixadas pela inércia dos demais poderes. [...] É difícil dizer se é a doutrina que vem inspirando decisões judiciais ou se estas é que vêm inspirando a doutrina. O fenômeno tem sido chamado de judicialização das políticas públicas ou de politização do Judiciário, provocando o chamado ativismo judicial [...] O Judiciário não se limita a decretar a invalidade de um ato da Administração Pública ou a inconstitucionalidade de uma lei, mas a impor prestações positivas, diante da omissão do Legislativo ou do Executivo. [...] Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios objetivos. [...].

Em que pese as severas críticas ao ativismo judicial, vê-se que o Poder Judiciário, ao realizar o controle (judicial) das políticas públicas atua em razão de um Estado Social intervencionista, fruto de uma Constituição Republicana extensa e garantista, característica do neoconstitucionalismo, mormente em razão das crises político-institucionais dos demais poderes.

Isso ocorre porque, ao se combinar a fraqueza do Legislativo perante questões de grande repercussão nacional, bem como a dificuldade de os nacionais cobrar a devida atuação de seus

representantes, o que deveria decorrer naturalmente de um acertado sistema eleitoral, impõe-se uma atuação do judiciário, a fim de garantir os direitos e liberdade individuais e coletivas.

A atuação do Poder Judiciário tem relevante impacto na realização de políticas públicas, ampliando aqueles que podem ser beneficiados por elas (atores), ou seja, permitindo que as minorias sejam alcançadas, ainda que do modo marginal (não principal), mesmo quando foram aprovadas por maiorias legislativas.

Assim, indene de dúvida que um Judiciário que atua garantindo a correta aplicação da norma jurídica (regras e princípios) serve de contrapeso aos demais Poderes governamentais, sustentando a separação entre estes e o amparo às minorias (MONTESQUIEU, 2000).

No entanto, sabe-se que o Judiciário é passivo, ou seja, atua mediante provocação, o que implica afirmar que o grau com que é invocado para funcionar como árbitro nos litígios entre as instituições políticas depende não somente da força dos tribunais, mas dos anseios sociais não atendidos pelos demais poderes.

Na última década, vê-se que esse Poder mostrou-se um importante ator político, interrompendo diversos leilões de privatização, interpretando à luz da constituição, a legislação referente à reforma agrária e tributária, determinando que os entes federados disponibilizem fármacos e internações hospitalares, a quem deles necessitam (judicialização da saúde), bem como implementando outras políticas públicas ao realizar controle de constitucionalidade, nos julgados anteriormente mencionados.

Diante de tais fatos, inarredável a necessidade de o Judiciário ser incorporado às discussões inerentes às políticas públicas, abandonando-se a ideia de que sua atuação pressupõe a prévia aprovação de tais políticas pelo Legislativo, haja vista que os magistrados têm autoridade para influenciar em discussões desta natureza (políticas), antes de serem aprovadas, apontando as consequências que elas podem atingir (como as medidas contra o apagão, que foram discutidas previamente pelo Executivo, por seu representante Pedro Parente, e integrantes do STF. (DINIZ et. al, 2019).

Obviamente, o Judiciário também poderá atuar, em momento posterior, modulando os efeitos de suas decisões, em controle concentrado de constitucionalidade. Essa possibilidade de atuação para a alteração das regras ou consequências das políticas públicas é mais reconhecida, pois diversos fatores são considerados quanto à interferência das decisões dos juízes na implementação das políticas públicas, notadamente pela possibilidade de opositores à política recorrer à revisão constitucional (controle), bem como pela independência do magistrado em relação aos demais Poderes e a seus próprios pares.

Isso demonstra que o momento de sua atuação pode ser anterior ou posterior a criação da política pública, ou seja, criando-as ou influenciando em seu melhoramento.

Outrossim, observa-se que o Judiciário não é o único ator de relevo na formação das políticas públicas, pois quando estas já foram criadas, podem ser questionadas judicialmente, pela sociedade civil (ator), bem como pelos agentes públicos (demais poderes/também atores).

Nesse desiderato, sendo a jurisdição inafastável, nos termos do artigo 5º XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário deve enfrentar todas as questões que lhe são apresentadas, bem como a ouvir e tratar das opiniões de minorais, inclusive aquelas contrárias aos demais Poderes que implementaram a política pública atacada. Os instrumentos a serem utilizados pelos referidos atores são as ações coletivas (de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos); as ações de controle de constitucionalidade (ADI; ADC; ADO e ADPF), dentre outros.

Nessa discussão é imperioso trazer à baila as consequências do crescente papel do judiciário nas políticas públicas, pois embora tal Poder ainda se mostre conservador sobre o tema, e muitas vezes atue somente após devida provocação (raramente antes da implementação da política pública), ainda assim, decide quais as regras são legítimas e estão de acordo com o ordenamento jurídico (normas constitucionais e infraconstitucionais), bem como as condutas omissivas e comissivas que infringem tais regramentos.

Observa-se, por fim que, embora os atores que possuem essa função jurisdicional (magistrados) se mantenham tímidos em razão dos limites legais das revisões que operam, ao agirem, efetivamente influenciam ou criam políticas públicas, suprimindo a omissão dos demais poderes (FLACH; SIMIONATO; MIRANDA, 2017).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a atuação do Judiciário na última década, infere-se seu importante papel no campo das políticas públicas ao interromper vultuosos leilões de privatização; realizar o controle da reforma no sistema de previdência social; anular e mudar a legislação referente à reforma agrária, às reformas tributárias; e determinar que os entes federados disponibilizem fármacos e internações hospitalares, a quem deles necessitam (judicialização da saúde).

A toda evidência, o Judiciário atua efetivamente nas políticas públicas, o que exige melhor análise de sua participação no sistema político. Do contrário, o processo da decisão política será incorretamente compreendido e a importância de atores relevantes para o debate

das políticas públicas não será compreendida de modo correto ou pode ser até ignorada. Isso porque, os vencidos na negociação entre Executivo e Legislativo, notoriamente os grupos mais propensos a utilizar o Judiciário serão negligenciados ou ignorados ao reclamarem mudanças nas políticas públicas.

Esse papel político desenvolvido pelo Judiciário é reconhecido pela ciência política, já que é o responsável para a tomada das decisões de temas controvertidos da política nacional. Por certo, o requerente busca o Judiciário como mais uma oportunidade ou instância política e não somente como fonte de verdades constitucionais e legais.

Nesse sentido, verifica-se que os juízes, frequentemente, operam com base em critérios outros que os unicamente legais, pois não são meros aplicadores da letra da lei, valendo-se da valoração da norma. Assim, ainda que os magistrados brasileiros tenham que observar os ditames legais, pela própria natureza da revisão judicial, ao exercerem seu papel, decidem de modo a influenciar ou até criar políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. Tendências no estudo sobre avaliação. In: RICO, Elizabeth Melo (Org.). **Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 29-39.

BRASIL. STF. **Pesquisa de jurisprudência. ADPF 187**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 02 de dezembro de 2022

_____. STF. **Pesquisa de jurisprudência. ADPF 54**. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 02 de janeiro de 2023.

_____. STF. **Pesquisa de jurisprudência. ADI 3.510**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 14 de janeiro de 2023.

_____. STF. **Pesquisa de jurisprudência. ADO 26**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 02 de janeiro de 2023.

_____. STF. **Pesquisa de jurisprudência. ADI 4277**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

_____. STF. **Pesquisa de jurisprudência. ADI 4578**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085841/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4578-ac>. Acesso em: 03 de janeiro de 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo: Polis, 2001. (Cadernos Polis 2). Disponível em: <www.polis.org.br>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Alysson et al. (Org.). **Políticas públicas.** Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 27-57.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos.** Consultor Jurídico (CONJUR). 28 mai. 2015. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz. **As mudanças nas agendas das políticas sociais no Brasil e os desafios da inovação.** O caso das políticas de assistência social à infância e adolescência. In: DINIZ, Eduardo Henrique; BARBOSA, Alexandre Fernandes; ÁLVARO, Ribeiro Botelho Junqueira; PRADO, Otávio. **O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise.** ISSN 0034-7612 Revista de Administração Pública (RAP). Rio de Janeiro 43(1):23-48, Jan./Fev. 2019.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A política de avaliação de políticas públicas.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 20, n. 59, p-97-109, out. 2011.

_____. **Ideias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v.18, n. 51, p.21-29, fev. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 231-232.

FLACH, Amanda Cristhina; SIMIONATO, Rodrigo; MIRANDA, João Irineu de Resende. **O poder judiciário e a discussão sobre políticas públicas.** Ius Gentium. Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 246-274, jul./dez. 2017.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito.** Sd. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Ronaldo Coutinho. **Subsídios para organizar avaliações da ação governamental. Planejamento e Políticas Públicas,** Brasília, n. 23, p. 7-70, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://2009.campinas.sp.gov.br>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Boran de. **O espírito das leis.** Apresentação Janine Ribeiro. Tradução Cristina Maruchco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

MOREIRA, Marcílio Marques. **Um fio condutor para as boas políticas públicas.** Propriedade & Ética, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 28-30, jul./ago. 2008.

RIBEIRO, Eduardo Pontual et al. Crescimento pró-pobre no Brasil – análise exploratória. In: CARVALHO, José Raimundo; HERMANN, Klaus (Org.). **Políticas públicas e desenvolvimento regional no Brasil.** Fortaleza: Konrad Adenauer, 2005. p. 45-74.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2 ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2017.

SANTOS, Adriano Cecilio Marco dos. **O funcionamento do sistema de freios e contrapesos no âmbito do poder judiciário.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2021. fl. 164.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas - Desafios contemporâneos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. t.8. p. 2307-2333.

TREVISAN, Andrei Pittol; BELLEN, Hans Michael Van. **Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção.** Revista de Administração Pública (RAP), São Paulo, v. 42, n. 3, p. 529-550, maio/jun. 2008.

TUZZO, Simone Antoniaci; BRAGA, Claudomilson Fernandes. **O processo de triangulação da pesquisa qualitativa: o metafenômeno como gênese.** Revista Pesquisa Qualitativa, São Paulo, SP, v.4, n.5, p. 140-158, ago., 2016

Este artigo:

SILVA, Wesley Roberto Mariano da. O papel do judiciário no processo de formação de políticas públicas. **Revista Científica do UBM**, Barra Mansa, v.00, n.00, p. 000-000, mês/2020. ISSN 1516-4071.

RIAEE – Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação v.11, n.esp.2, 2016, p. 000-000
E-ISSN: 1982-5587

DOI: <https://dx.doi.org/10.21723/riaee.v11.esp2.dossie.p856>