

AS LIMITAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Silvia Campos Paulino¹

RESUMO

O presente artigo discorre acerca das diversas definições de políticas públicas, fazendo um apanhado sobre o ciclo das políticas públicas, enfatizando a teoria da repartição dos poderes como patamar inicial para a reflexão da intervenção estatal em políticas públicas no Brasil, definindo o protagonismo judicial com ênfase no período pós-redemocratização do país, com o advento da Constituição cidadã de 1988. Será analisado, através de levantamento bibliográfico, neste cenário, como o judiciário pode agir de maneira atípica através do ativismo judicial interferindo na esfera de poder concernente ao legislativo e quais as motivações e as limitações que devem ser observadas no ativismo judicial em políticas públicas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: políticas públicas; repartição de poderes; intervenção judicial.

ABSTRACT

This article discusses the different definitions of public policies, looking at the public policy cycle, emphasizing the theory of the distribution of powers as the starting point for the reflection of the state intervention in public policies in Brazil, defining the judicial protagonist with emphasis in the post-re-

¹ Advogada inscrita na OAB/RJ (2009) e OAB/SP (2017). Possui graduação em Direito pela Universidade do Grande Rio - RJ (2009), especialização em Direito Público e Tributário com docência no ensino superior pela Universidade Cândido Mendes - RJ (2011), especialista em Ciência Política pela Universidade Estácio de Sá - RJ (2018), mestranda em humanidades, culturas e artes pela Universidade do Grande Rio - RJ com pesquisa voltada a análise de ações afirmativas, em especial cotas raciais.

democratization period of the country, with the advent of the 1988 Constitution. It will be analyzed in this scenario, how the judiciary can act atypically through judicial activism interfering in the sphere of power concerning the legislature and what motivations and limitations should be observed in judicial activism in public policies in Brazil.

KEY WORDS: public policy; allocation of powers; intervention

INTRODUÇÃO

As políticas públicas são precipuamente vinculadas a alçada do Poder legislativo e principalmente às funções do Poder executivo. Partindo desta premissa, através do prisma da divisão dos poderes consagrada por Montesquieu, seria um contrassenso vislumbrar o controle judicial de políticas públicas.

Por outro lado, sendo as políticas públicas meio de efetivação de direitos fundamentais sociais, como poderá ser afastada a apreciação judicial diante de omissões dos demais Poderes na implementação de políticas públicas sociais? E diante deste quadro, a intervenção judicial estaria limitada?

Diante destas indagações, muitos estudiosos, cientistas políticos e juristas, vêm buscando um ponto de equilíbrio do ativismo judicial em políticas públicas.

Como observa o Ministro Luís Roberto Barroso (2009) após a segunda guerra mundial os países ocidentais vivenciaram um avanço da justiça constitucional sobre os espaços de política majoritária efetuada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Como bem leciona a professora Maria Tereza Aina Sadek (2018) sobre o protagonismo do Judiciário diz que este “substantiva-se em um poder até então desfrutado apenas por representantes eleitos pelo povo, seja no Legislativo, seja no executivo.” (SADEK, 2018, p.496)

Com a crescente postulação de demandas perante o Poder Judiciário a fim de efetivar Políticas Públicas, os estudos e pesquisas sobre o tema se tornam mais essenciais.

No presente artigo, não iremos nos restringir apenas a debater o ativismo judicial, mas a própria política pública como ciência autônoma, a fim de compreender as limitações do Poder Judiciário nesta área.

POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas nasceram como ramo autônomo de estudos nos Estados Unidos, superando as etapas desse ramo na Europa, onde inicialmente as políticas públicas surgiram como sub-ramo da ciência política.

Segundo a definição de Peters (apud SOUZA, 2006, p.24) as políticas públicas são “as somas das atividades de forma direta ou delegada dos governos que influenciam as vidas dos cidadãos.”

Já Laswell (apud SOUZA, 2006, p.24) resume políticas públicas aos questionamentos de “quem ganha o que” e “que diferença isso faz”.

Para a definição estadista a política pública se restringe as ações exaradas por atores estatais. De outro lado a visão multicêntrica amplia a categoria dos *policy makers* (decisores e/ou criadores de políticas públicas), incorporando tanto atores formais (poder público), quanto atores informais (sociedade, grupos organizados e etc). O que é relevante nesta concepção é se o problema enfrentado pela política elaborada é público. Nesta linha, as políticas públicas transcendem as políticas governamentais.

Conforme a visão de Lidblon (apud., SECCHI, 2013) as políticas públicas sofrem influências de decisões marginais, incrementais dos governos passados. Do incrementalismo surge a máxima de que “decisões do passado constroem as decisões futuras”. (SECCHI, 2013, p. 42)

Neste diapasão, há de se contrapor a visão de Lidblon a estudos anteriores como o da racionalidade limitada dos decisores de Simon (SECCHI, 2013, p. 41) que assevera que os governantes são limitados em suas decisões por diversos fatores como falta de informações adequadas, informações incompletas, vontades e anseios pessoais dentre outros.

Ao nos filiar a visão multicêntrica e ao incrementalismo, em síntese podemos visualizar políticas públicas como a ingerência das ações dos *policy makers* (criadores/emissores/decisores de políticas públicas), na forma de

atores formais e informais sob os *policy takers* (receptores de políticas públicas), sendo tais ações influências de políticas anteriormente aplicadas.

Secchi (2013) em definição mais suscita diz que “uma política é uma diretriz para enfrentar um problema público” (SECCHI,2013, p. 2). De fato, não há consenso quanto a definição do que são políticas públicas, contudo, conjugando as definições fornecidas, podemos deduzir que as políticas públicas são determinadas ações dos policy makers (decisores e/ou criadores de políticas públicas) que buscam a resolução de problemas atinentes a coletividade, de forma geral ou individual.

Os professores Geraldo Di Giovanni e Marco Aurélio Nogueira (2018) destacam que atualmente as políticas públicas não podem ser entendidas em um caráter tecnicista e restritivo da mera atuação governamental em setores problemáticos, mas sim, de maneira mais abrangente e adequada ao mundo globalizado, como uma forma de exercício de poder existente em sociedades democráticas e advinda da complexa interação entre Estado e sociedade, é sobretudo um tipo específico de ação política.

No Brasil as políticas públicas ganharam maior visibilidade com a Constituição da República de 1988. A celebrada Constituição cidadã, surgida após um longo período de um regime ditatorial, trouxe em seu escopo normas programáticas de cunho social. Nas palavras de Marco Antônio Villa (2011) “É difícil encontrar algo da vida social que a Constituição não tenha tentado normatizar. Acabou se transformando em um programa econômico-político-social para o país.” (VILLA, 2011, p.116). Corroborando com tal entendimento Diogo R. Coutinho (2013), define a Constituição de 1988 como cidadã e afirma que essa é considerada progressista, generosa e transformativa.

As normas programáticas inseridas na Constituição brasileira de 1988 configuram-se como verdadeiros núcleos de irradiação, tais dispositivos sociais dialogam fortemente com normas sobre direitos humanos firmados em Tratados internacionais, principalmente caracterizadas por normas programáticas.

Diogo R. Coutinho (2013) resume as características da Constituição de 1988:

“A Constituição Federal de 1988 é progressista, generosa e transformativa. Apelada de “constituição cidadã” por ter sido

promulgada após um período no qual o Estado democrático de direito foi suprimido no país e por conter um respeitável rol de direitos e garantias contra o arbítrio, ela anuncia ainda um longo e detalhado capítulo de direitos econômicos sociais. Além disso, ela contém normas ditas "programáticas" - isto é, normas que preveem objetivos a serem alcançados por meio de políticas públicas (como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais, constantes do art. 3º.) - e comandos que explicitam valores a serem perseguidos pelo legislador infraconstitucional, juízes e administradores públicos." grifo nosso (COUTINHO, 2013, p. 189-190)

A efetividade dos direitos sociais através de políticas públicas sociais é portando dever do Estado de garantia da dignidade humana consagrado pela Constituição da República, visto que como bem expressa Del Rio (2017) é condição intrínseca aos direitos sociais estarem intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Classificação das políticas públicas

A fim de conferir caráter metodológico às políticas públicas, Lowi (apud SECCHI, 2013, p.17) classificou as políticas públicas em espécies, baseando-se no critério de "impacto esperado na sociedade" (apud SECCHI, 2013, p.17), conferindo as seguintes terminologias:

- 1) **Políticas públicas distributivas:** Políticas públicas no qual determinado grupo social é beneficiado através de recursos de toda coletividade;
- 2) **Políticas públicas redistributivas:** Políticas públicas no qual determinado grupo social arca com benefícios destinados a outro determinado grupo social.
- 3) **Políticas públicas regulatórias:** Políticas públicas destinadas a prever regras e diretrizes das ações governamentais;
- 4) **Políticas públicas constitutivas:** Políticas públicas caracterizada por ser regras sobre as regras, são estas políticas públicas que determinam as "regras do jogo".

Vale ressaltar que dentre a literatura dos estudos acerca de políticas públicas surgem outras terminologias e classificações para a designação de políticas públicas, podendo ainda ser inclusas as políticas compensatórias e de fomento como postula Chrispino (2016).

Ciclo das políticas públicas

Outro meio didático de observar as políticas públicas é o que se convencionou em chamar de ciclo de políticas públicas ou *policy cycle*. Neste ciclo as políticas públicas podem ser visualizadas em um ciclo de fases, subsequentes e interdependentes, contudo podem ocorrer de forma não linear ou com supressão de fases, como assevera Enrique Saraiva (2018) “O processo nem sempre observa a sequência sugerida, mas as etapas mencionadas e suas faces constitutivas estão geralmente presentes.” (SARAIVA, 2018, p.135)

Segundo Rafael Meireles Saldanha (2017), o ciclo de políticas pública pode ser definido como a elaboração das políticas públicas, nas palavras do autor:

“A elaboração das políticas públicas é conhecida como “ciclo de políticas públicas”. Neste ciclo é possível visualizar as diferentes etapas do processo, auxiliando a melhor compreensão do objeto de estudo.” (SALDANHA,2017. p. 97)

Conforme observa Álvaro Chrispino (2016) estudar o ciclo de políticas públicas é concernente ao estudo das redes de políticas, ao compor essa análise vislumbramos as hipóteses de modelos de ação das políticas, identificando os conflitos existentes, os consensos e cisões consequentes. O ciclo de políticas públicas trata exatamente de ordenar essas diferenças de forma racional, este processo “é dividido em etapas racionais que permitem uma ordenação ótima de tempo, recursos, pessoas etc.” (CHRISPINO, 2016, p.66)

Para Enrique Saraiva (2018), cada política pública passa por estágios e em cada etapa do processo as ênfases são diferentes, contudo, o autor ressalta que na América Latina a implementação deve ser mais detalhada, sendo necessária a separação da fase de execução da implementação propriamente dita, visto que em cada uma dessas etapas são definidos campos diversos de negociações dentro do cenário latino.

Verifica-se que dentre as doutrinas, não há um consenso quanto ao número de fases abarcadas no ciclo. Segundo SECCHI (2013, p.33) o ciclo se

divide em sete fases, não individualizando a fase executória da de implementação, definidas como:

- a) identificação do problema;
- b) formação da agenda;
- c) formulação de alternativas;
- d) tomada de decisões;
- e) implementação;
- f) avaliação;
- g) extinção.

Reiteramos, conforme já pontuado, que apesar da concepção sequencial, as fases podem ocorrer na prática em momentos distintos ou simultâneos, a exemplo da avaliação, que poderá se dar em momento anterior a implementação, posterior e até mesmo de forma *in itinere*, simultânea a implementação.

Falaremos a seguir de cada uma das fases observadas no ciclo de políticas públicas, conforme a concepção apresentada por Secchi (2013). Porém, para o melhor entendimento sobre a limitação do ativismo judicial em políticas públicas que trataremos adiante, daremos ênfase a determinadas fases, quais sejam: a formação da agenda, formulação das alternativas, a implementação, avaliação e extinção.

a) Identificação do Problema

Primeiramente, ao tratarmos da identificação do problema é pertinente que apresentemos uma definição de problema, portanto, nos reportamos as lições de Secchi (2013) que ensina que um problema público “é a diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública.” (SECCHI, 2013, p. 34), o autor ainda acrescenta que um problema nem sempre é reflexo da deterioração de uma situação, mas a melhora de uma situação em outro contexto.

Segundo Álvaro Chrispino (2016), nesta fase do ciclo de formação da política pública encontra-se a necessidade de criação desta, explicitando a necessidade do convencimento do governo em lançar o olhar sobre a demanda e caracterizá-la de fato como um problema de relevância pública.

Sjöblom (apud SECCHI) define que a percepção de um problema como público envolve a percepção do problema, ou seja, quando uma situação passa a ser percebida como insatisfatória para muitos atores relevantes; a definição ou delimitação do problema; gerando norteadores para definição e conjunto de causas; e a avaliação da possibilidade de resolução, visto que, para o autor, para definir uma situação como um problema é imprescindível que este comporte uma solução.

Quando um problema é identificado e alçado à lista de prioridades por atores políticos, apresentando interesse na resolução deste, tal problema passa a compor a agenda.

b) Formação da Agenda

A formação da agenda se configura no momento em que, após identificado o problema, este é definido como um problema público, os *policy makers* compõem a agenda correspondente a importância e influência do problema delimitado. Conforme descreve Chrispino (2016) é nesta etapa que é decidido se a proposta política é prioritária.

Visto, a agenda será determinada em correspondência ao problema público. Segundo a perspectiva dos problemas públicos a serem enfrentados e dos atores envolvidos, a agenda poderá ser classificada em três espécies:

b.1) Agenda política: Composta por problemas que afetam a sociedade de forma relevante;

b.2) Agenda formal ou institucional: Composta por problemas selecionados pelos governantes a serem enfrentados em um determinado lapso temporal, como uma legislatura.

b.3) Agenda da mídia: Composta por problemas com grande repercussão midiática, sendo que pela força que tem a mídia, sua agenda acaba vindo a compor a agenda política e formal.

c) Formulação das Alternativas

Dentre as formulações de alternativas podemos pontuar a já citada teoria incrementalista de Lindblom, bem como o racionalismo limitado dos decisores de Simon e acrescentar a lista o modelo “*garbage can*”.

O modelo “*garbage can*” advoga que soluções buscam problemas. Segundo CELIA SOUZA :

“O modelo “*garbage can*” ou “lata de lixo” foi desenvolvido por Cohen, Marcgh e Olsen (1972), argumentando que escolhas de políticas públicas são feitas como se as alternativas estivessem em uma “lata de lixo”. Ou seja, existem vários problemas e poucas soluções. As soluções seriam detidamente analisadas e dependeriam do leque de soluções que os decisores (*policy makers*) têm no momento. Segundo este modelo, as organizações são formas anárquicas que compõem um conjunto de ideias com pouca consistência.(...)” (SOUZA, 2006, p.31)

Souza (2006) sintetiza que o modelo “*garbage can*” descreve que “*soluções muitas vezes nascem antes dos problemas*”. Tal modelo abre espaço aos chamados empreendedores políticos, isto é, *policy makers* que criam soluções e fomentam problemas para a implementação da solução previamente elaborada, ou seja: “as organizações constroem preferências para solução dos problemas – ação – e não, as preferências constroem a ação. ” (SOUZA, 2006, p.31)

d) Tomada de Decisões

Mediante as lições de Chrispino (2016) a fase de tomada de decisões trata-se da qual o *policy maker* se dedica as estratégias de formulação dos melhores caminhos a serem tomados para implementação da política em análise. Nesta fase, segundo Secchi (2013) os interesses dos atores políticos são equacionados e as intenções de enfrentamento de um problema público é explicitado.

Nos reportando novamente à lição de Secchi (2013), as decisões podem ser tomadas de formas tais como se tem um problema e busca-se soluções compatíveis a resolução daquele problema específico; ou, o decisores poderão ajustar os problemas às soluções que têm ao seu alcance; ou os

decisores tem uma solução em mãos e procuram um problema para sua aplicação.

e) Implementação das Políticas Públicas

Quanto a implementação podemos avaliar a partir dos modelos “*up-down*” e “*botton-down*”.

O primeiro modelo, também conhecido como de cima para baixo, observa a implementação como tarefa dos administradores públicos, portanto, eventuais falhas na implementação da política pública não são responsabilidades dos governantes e sim da administração pública. É um modelo caracterizado pela transferência de culpa.

Já o segundo modelo, denominado também de baixo para cima, prevê maior discricionariedade dos administradores no momento da implementação, adequando a política pública aos obstáculos encontrados.

Esse último modelo dialoga com o conceito do Estado neo gerencial, postulando pela maior eficiência da política pública aplicada, visto a definição dada por Luiz Carlos Bresser-Pereira (2010) acerca da reforma gerencial e a ascensão do neo gerencialismo, verificamos que há correlação ao modelo “*botton-down*” de implementação de políticas pública:

“A Reforma Gerencial foi a resposta a esse desafio ao modificar a forma de administrar a oferta dos serviços. Ela (1) torna os gerentes dos serviços responsáveis por resultados, ao invés de obrigados a seguir regulamentos rígidos; (2) premia os servidores por bons resultados e os pune pelos maus; (3) realiza serviços que envolvem poder de Estado através de agências executivas e reguladoras; e - o que é mais importante - (4) mantém o consumo coletivo e gratuito, mas transfere a oferta dos serviços sociais e científicos para organizações sociais, ou seja, para provedores públicos não estatais que recebem recursos do Estado e são controlados através de contrato de gestão. Através dessas quatro características - principalmente da última - o poder público garante os direitos sociais, mas transfere sua provisão ou oferta para organizações quase estatais que são as organizações sociais.” (BRESSER-PEREIRA,2010, p.2)

Nos reportando a especificidade da América Latina asseverada por Saraiva (2018), pontuaremos a fase, ou subfase, referente a execução da

política pública, a qual podemos definir como o conjunto de ações concretas e propriamente ditas que visam atingir o objetivo da política pública implementada.

f) Avaliação de Políticas Públicas

A avaliação da política pública coloca em pauta a validade e eficácia da política posta em prática, podendo ocorrer tanto de forma *ex ante*, ou seja, antes da implementação; *ex post*, posterior a implementação e *in itinere*, durante a implementação da política pública. Como observa Secchi (2013), a fase de avaliação “é o momento-chave para a produção de *feedback* sobre as fases antecedentes.” (SECCHI, 2013, p.49)

Durante a avaliação os principais critérios avaliados são a economicidade, a eficiência econômica, eficiência administrativa, eficácia e equidade. Desta forma, a avaliação gera referências que permitem um comparativo espacial e temporal do problema e das políticas públicas correlatas. Assim, conforme a lição de Secchi (2013) o processo avaliativo ou de controle da política pública poderá resultar em sua continuação, ou restauração marginal de aspectos práticos da política pública, ou ainda na extinção da política pública.

g) Extinção da Política Pública

A extinção da política pública, como bem observa SECCHI (pag.53) é assim como no ciclo da vida, correspondente a morte de política pública.

Essa fase final, pode se dar principalmente por três fatores:

- g.1) O problema público não gera mais interesse dos governantes e dos cidadãos;
- g.2) A política pública aplicada se mostrou inócua a resolução do problema público;
- g.3) O problema público foi resolvido pela política pública aplicada.

ATIVISMO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E SUAS LIMITAÇÕES

A questão do ativismo judicial em questões de políticas públicas comporta discussão, principalmente no que tange as matérias essencialmente políticas.

O debate acerca da matéria essencialmente política teve destaque inicial na Corte Norte Americana no voto de Marshall em *Marbury vs. Madison* citado por Lopes (2008): “o âmbito do tribunal resume-se a decidir sobre direitos dos indivíduos (...) questões de natureza política ou que sejam pela Constituição e pelas leis submetidas ao Executivo, não podem ser levantadas jamais nesta Corte.”. (LOPES, 2008, p. 174)

Portanto a questão quando de matéria essencialmente política, por subordinação a teoria de repartição dos poderes consagrada por Montesquieu (1689-1755) em sua obra clássica *O espírito das Leis* (1748) prevendo três poderes estatais, quais sejam: o legislativo, o executivo e o judiciário, independentes e harmônicos entre si; por ser inerente ao executivo e legislativo, a princípio não sofreria influência do judiciário.

Tal argumento tem ampla aplicação pelos governos, a fim de escusarem-se de omissões na efetivação de determinadas políticas, contudo, tal justificativa tem caráter *juris tantum*, podendo ter sua aplicabilidade relativizada, como bem observa Canela Junior (2011): “O controle de constitucionalidade altera o papel do Poder Judiciário, inicialmente concebido por Montesquieu, reservando-lhe a palavra final nos atos praticados pelas outras formas de expressão do poder estatal.” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 74)

Políticas públicas sociais têm caráter garantidor de direitos sociais fundamentais, portanto, não podemos encará-las como matéria de cunho essencialmente político, mas também sob o prisma das garantias fundamentais constitucionais, ressaltando sua forte relação com a dignidade da pessoa humana. Neste ponto, é oportuno retomamos as palavras do autor Canela Junior (2011) que diz que: “não é possível a invocação do princípio da separação dos poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social.” e completa ainda dizendo: “(...) o princípio da separação de poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado, aos quais todas as formas de expressão do poder estatal estão vinculadas.” (CANELA JUNIOR, 2011, p.94),

No cenário do ativismo judicial, no qual o Brasil se insere mais efetivamente após a redemocratização, observa-se dois fenômenos, o primeiro o da judicialização e o segundo do ativismo judicial. Cabe-nos, portanto, esclarecermos a diferenciação destes protagonismos judiciais, que embora semelhantes, guardam distinção.

Como bem leciona Barroso (2009) a judicialização é expressão do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, que é um dos mais abrangentes do mundo, sendo denominado híbrido, pois une tanto o controle norte americano quanto o europeu, ou seja, o controle difuso e concentrado respectivamente. Enquanto o ativismo judicial configura uma postura proativa e expansiva ao interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance das normas, nas palavras do Ministro Barroso: “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO,2009, p.6).

Canela Junior (2011) observa que no ativismo judicial a proporcionalidade é fator crucial a ser obedecido, a medida que a atuação do judiciária em sua função atípica deve se dar em dose concernente a demanda da política pública que lhe fora apresentada a fim de não ultrapassar a limitação que lhe fora esquadrihada, neste contexto Canela Junior (2011) pontua que:

Para o perfeito equilíbrio do princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário, em princípio, não interfere nos núcleos constitucionais de irradiação e tampouco em suas ramificações. Isto porque os núcleos constitucionais de irradiação são comandos dirigidos exclusivamente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, não constituindo competência constitucional do Poder Judiciário, salvo no caso da inobservância das posturas constitucionais – controle de constitucionalidade – por aquelas formas de poder.” (CANELA JUNIOR, 2011,p.92)

Ainda nos reportando as lições de Canela Junior (2011) se faz pertinente destacarmos que a “assunção do controle de constitucionalidade pelo poder judiciário o elevou ao patamar de poder político, representando o início do discurso acerca da “judicialização da política”” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 171)

Devemos destacar que há doutrinadores, como o professor Lênio Streck, que consideram o ativismo judicial como um desvio e se posicionam contra a qualquer espécie de ativismo judicial. Para Streck (2011) “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”, o que enseja uma subjetividade incompatível com o poder jurisdicional.

Em 2004, em julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, esse, em seu voto determinou que ao Supremo Tribunal Brasileiro (STF), como intérprete final da Constituição brasileira e guardião da mesma, competente para apreciar políticas públicas incidentes sob direitos sociais fundamentais, segundo trecho do voto do relator:

“ (...). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.” (STF. ADPF 45. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/2004.)

O ativismo judicial em matéria de políticas públicas sociais poderá se dar em diversas fases do ciclo de políticas públicas, devendo sempre observar a razoabilidade e a proporcionalidade desta atuação. Contudo é importante asseverarmos que o ativismo judicial poderá ser percebido mais claramente e com maior frequência na fase de implementação e execução das políticas públicas, principalmente na omissão dos demais Poderes na efetivação destas, sendo incomum tal protagonismo do judiciário na definição do problema ou formação da agenda por exemplo.

Mais comumente o Judiciário atuará de forma mediadora e complementar na fase de implementação das políticas públicas, visto que tal atuação nas fases de elaboração das políticas ou até mesmo de delimitação do problema, esbarra na repartição dos Poderes, sendo inviável que decisões de juízes não eleitos se sobreponham a vontade de governantes eleitos. Segundo Saldanha (2017) a atuação na criação ou implementação “deve ser cautelosa, pois é precisamente nestes momentos que estas ingerências substituem um ato de vontade de poderes eleitos por atos de vontade de juízes não eleitos.”

Outrossim, é cabal asseverarmos ainda que a atuação judicial posterior a implementação de uma política ocorre de maneira mais contundente, como observa Saldanha (2017) a “atuação do Poder Judiciário na fase de implementação de política pública deverá ser mais intenso que o momento anterior(...)”. Contudo, nos momentos anteriores a implementação das políticas, a intervenção judicial, como assevera Saldanha (2017) “ (...) deve se dar em menor intensidade, pois afasta em muito da característica revisora e de inércia deste poder.” (SALDANHA, 2017, p.97)

O debate sobre ativismo do judiciário em políticas públicas restou mais apaziguado. Contudo, ainda comporta alguns atritos. O primeiro ponto que podemos ressaltar, é a geração do paradoxo de desigualdade que poderá ser gerado por decisões judiciais sob políticas públicas, visto que pessoas em iguais condições acabam por ser favorecidas de maneira diferente, contrariando a isonomia substancial.

A lógica individual das demandas judiciais no Brasil gera desigualdade sob os iguais, visto que sendo o conteúdo das políticas públicas sociais essencialmente difuso a postulação perante o judiciário deveria ser de caráter coletivo, o que de fato não ocorre, desta forma, nas palavras de Del Río (2017) “ as facilidades para a individualização da reivindicação em sede judicial, afoga a potência da fortaleza de reivindicações coletivas”.

Ademais, muitos governantes sobrepõem questões financeiras caracterizando-as como limitações baseadas na reserva do possível. Contudo, devemos asseverar que por vezes os recursos financeiros são mais de caráter de limitação técnica, do que propriamente reserva do possível. Como bem observa Canela Junior (2011):

(...) constata-se que o fenômeno econômico tem sido invocado para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. (...) Tal fundamento, contudo, traz em si a desconsideração de que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não óbice.”

(CANELA JÚNIOR, 2011 p. 102)

A reserva do possível teve seu estudo originado na Alemanha na década de 70 e pode ser definido segundo Del Ríó (2017) como um limite fático e jurídico. Desta feita se deduz que a efetivação de direitos sociais está limitada a reserva do possível.

Porém, a reserva do possível deverá ser ponderada com o mínimo existencial, e neste ponto reside um acalorado debate acadêmico, sobre tal ponderação, Del Ríó (2017) assevera que:

“Levando em consideração as ideias de Reserva do possível e Mínimo existencial, é imprescindível a necessidade que o Poder Público demonstre e prove que negativa do oferecimento ao direito do indivíduo é para que este não prejudique a efetivação dos demais direitos da população.”.

(DEL RIO, 2017,p.100)

O mínimo existencial é a própria garantia da dignidade humana tanto no que diz respeito a subsistência, como também e principalmente no que tange ao exercício dos direitos sociais. Como bem defende Sarlet (2012) *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana são praticamente indissociáveis, sendo o segundo norte a todos os direitos fundamentais. De acordo com o autor:

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada. (SARLET, 2004, p.62)

Portanto, a mera alegação de inviabilidade financeira não poderá ser alegada como limitação da reserva do possível total e suficiente por si só de superar direitos sociais intimamente relacionados ao mínimo existencial, a serem concretizados pelas políticas públicas.

É fato que a atuação do Poder Judiciário para a concretização de políticas públicas sociais é necessária frente as omissões dos governantes. Contudo, tal intervenção judicial deverá observar as fases do ciclo de políticas públicas, bem como o problema público tratado e a razoabilidade e limitações de sua atuação. Como brilhantemente leciona Barroso (2009) o ativismo judicial em si não é um problema, contudo “Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura” (BARROSO, 2009,p.19).

Canela Junior (2011) traz importante contribuição na delimitação do judiciário no ativismo, dizendo que “o princípio da proporcionalidade jurisdicional é critério limitador da intervenção judicial em políticas públicas e instrumento ético para a efetivação dos direitos fundamentais.” (CANELA JUNIOR, 2011, p.173).

Portanto, o ativismo judicial em políticas públicas não se deve entender ilimitado, tendo seus limites pautados, não só na atipicidade desta função pelo judiciário, mas em conceitos mais fundamentais, tais como a reserva do possível. Outrossim, percebe-se que na sociedade brasileira contemporânea o ativismo judicial se faz premente, visto que apenas a exigibilidade de um direito fundamental pode não ser o suficiente para efetivá-lo, sendo assim o protagonismo judicial imprescindível de modo pró-ativo para executar políticas que resguardem direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Políticas públicas podem ser definidas como a ingerência das ações dos *policy makers* (criadores/emissores/decisores de políticas públicas), na forma de atores formais e informais sob os *policy takers* (receptores de políticas públicas), sendo tais ações influências de políticas anteriormente aplicadas. Em síntese, Políticas Públicas são a atuação dos *policy makers* sob os *policy takers*, sendo as decisões tomadas sob a influência de ações dos governos passados.

Em uma definição alargada, podemos ainda reconhecer que as políticas públicas não se restringem a resolver problemas públicos inseridos na agenda, mas também como meio garantidor da efetivação de direitos fundamentais.

Com a promulgação da Constituição de 1988, denominada “constituição cidadã”, o legislador originário previu uma série de normas programáticas a fim de concretizar direitos sociais.

Em geral, tais direitos sociais fundamentais consagrados em nossa Constituição são concretizados através de Políticas Públicas sociais. Portanto, é correto afirmarmos que políticas públicas são meio para a concretização e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mais amplamente, é concernente a própria cidadania.

A política pública para fins metodológicos segue um ciclo, geralmente dividido por alguns autores e estudiosos da área em sete fases, que vai desde a identificação do problema até a sua extinção.

Tipicamente a função de criação e implementação de políticas públicas está inserido à competência do Poder executivo e por vezes do Poder Legislativo, nos reportando a repartição dos poderes postulada por Montesquieu, visto a concepção de elaboração de políticas públicas como de ato essencialmente político.

Apesar das políticas públicas serem tipicamente relacionadas as funções do legislativo e do executivo, a atuação judicial não poderá ser afastada quando tais políticas forem de caráter de efetivação de direitos sociais, visto que a invocação da questão meramente política fica mitigada diante a predominância de um direito fundamental constitucionalmente disposto.

Contudo, ao observarmos o ciclo de políticas públicas, teremos que avaliar a atuação judicial fase a fase, visto que seria, na maior parte dos casos, uma interferência indevida dos poderes a intervenção do judiciário na fase de elaboração de uma política pública, atuando como verdadeiro *policy maker*. Portanto, há que se avaliar a proporcionalidade deste ativismo.

As políticas públicas por configurarem meio de concretização dos direitos fundamentais sociais podem ser pleiteados perante o judiciário, observada a proporcionalidade de atuação deste Poder, servido em geral como mediador ou de forma suplementar aos demais Poderes, e de forma atípica o judiciário se reveste de poderes para a implementação de políticas públicas.

A limitação do ativismo judicial reside justamente na tênue proporcionalidade do avanço deste Poder sobre as competências do executivo e por vezes do legislativo. Contudo, muito embora as tensões causadas entre

os poderes, o ativismo judicial mostra-se uma vertente própria do controle de constitucionalidade brasileiro e medida eficaz na implementação de políticas que foram ignoradas pelos demais poderes, garantindo, assim o judiciário, como Poder guardião dos direitos fundamentais, a efetivação destes.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: RDE – Revista de Direito do Estado. V. 13, p. 71-91, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 /DF**. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 04-05-2004 p. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>.

Acessado em 12-10-2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Democracia, estado social e reforma gerencial**. In: *Revista da Administração de Empresas*, vol. 50, n. 01. São Paulo, jan/mar 2010.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEL RÍO, Andrés et alii. **Direitos sociais, políticas públicas e poder judiciário: desafios e obstáculos**. In: MARTON, Silmara Lúcia (Org.). *Os Desafios das Políticas Públicas no Brasil: um olhar interdisciplinar*. Curitiba: CRV, 2017. p. 99-114

GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Introdução**. In: Dicionário de Políticas Públicas. Geraldo Di Giovanni; Marco Aurélio Nogueira (Org.). 3ª. Edição, São Paulo, Editora UNESP, 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da "reserva do possível"**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 173-193.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Judicialização da Política**. In: Dicionário de Políticas Públicas. Geraldo Di Giovanni; Marco Aurélio Nogueira (Org.). 3ª. Edição, São Paulo, Editora UNESP, 2018.

SALDANHA, Rafael Meireles. **Os Limites da Intervenção Judicial nas Políticas Públicas: o debate entre procedimentalistas e substancialistas sobre o modelo contemporâneo de interpretação constitucional.** In: DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes (Org.). *Direito e Políticas Públicas: estudos e pesquisas.* Rio de Janeiro: Autografia, 2017, p. 95-118.

SARAIVA, Enrique. **Ciclo de vida da política pública.** In: Dicionário de Políticas Públicas. Geraldo Di Giovanni; Marco Aurélio Nogueira (Org.). 3ª. Edição, São Paulo, Editora UNESP, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional,** Porto Alegre: 11a. Edição, Livraria Do Advogado, 2012.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquema de análise, casos práticos.** São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura,** Sociologias, ano 8, n.16, jul/dez, Porto Alegre: UFRGS, 2006, p. 20-45.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado De Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Volume III – Os Direitos Humanos E A Tributação : Imunidades e Isonomia,** 3a. Edição , Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2009.