

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Resumo: Este Artigo tem o escopo de analisar a possibilidade de o Poder Judiciário emitir uma sentença de obrigação de fazer, perante o Executivo, para que sejam efetivadas Políticas Públicas para a efetivação de Direitos Fundamentais, considerando a divisão dos Poderes, o Estado Democrático de Direito, a competência do judiciário para tomar essas decisões e algumas possíveis consequências.

Palavras-chave: Políticas públicas. Direitos fundamentais. Competência do Judiciário.

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 O Estado dirigente, mínimo existencial e reserva do possível; 3 Os argumentos de cautela com a intervenção do judiciário em políticas públicas; 4 Remédios constitucionais e decisões de compromisso; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Considerações iniciais

A constituição Brasileira de 1988 é conhecida como a constituição cidadã, pois alargou de forma inequívoca os direitos e garantias fundamentais, trazendo em seu texto as diversas dimensões de Direitos Fundamentais, preceitos e programas sociais, culturais, ambientais, previdenciários e etc. Afirma-se que a disciplina desses temas “é retrato do grau de desconfiança dos constituintes nas instituições, mostrando uma minúcia poucas vezes vista no texto constitucional” (Bottallo, apud, Araújo , Luiz Alberto David de; Nunes Júnior, Vital Serrano. 2005.p.171).

O próprio constituinte já sabia da falta de efetividade das instituições brasileiras à época da confecção da carta da Republica, algo que continua em vigor após vinte e seis anos de vigência da Constituição. Tal falta de eficácia equivale tanto a prestações sociais insuficientes e muitas vezes de baixa qualidade, quanto à total abstenção do Estado, por meio do Poder Executivo, em executar políticas públicas que concretizem Direitos Fundamentais.

Na história recente temos algumas atividades governamentais (chamadas de políticas públicas) que conseguiram efetivar Direitos Fundamentais a um grande número de pessoas, então, quando falamos em Direitos Fundamentais, falamos em diretrizes políticas (ações governamentais), pois para a sua efetividade é necessário um aparato Estatal fornecendo os recursos, organizando e fiscalizando, ou seja,

equilibrando os recursos do Estado com as demandas sociais. Desta forma, as Políticas públicas tornaram-se essenciais na sociedade moderna, pois representam o meio mais imediato para garantir Direitos Fundamentais ao maior número de pessoas.

Essa perspectiva deve ser levada em conta quando pensamos na inércia dos nossos representantes políticos frente à necessidade de fornecer uma vida digna à população, o que fez surgir a possibilidade (ou a necessidade) do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que promova políticas públicas nos casos de omissão. Essa ideia será neste artigo encampada considerando uma análise sistemática da Constituição e algumas de suas nuances, já que o objetivo de tal intervenção, que aparentemente seria ofensiva ao princípio da separação dos Poderes, e ocorre geralmente por emio das chamadas sentenças aditivas, é mecanismo real de a efetivação de Direitos Fundamentais.

Entretanto, há ainda na doutrina, na jurisprudência, e mesmo na opinião pública, divergências sobre se o Judiciário deve ter um papel relevante na efetivação de políticas públicas e qual poderia ser esse papel. Em meio aos argumentos a favor e contra a atuação do Judiciário – que traremos a seguir, após o nivelamento dos conceitos básicos –, surge uma quase unanimidade sobre a premente necessidade de serem implantadas formas inovadoras de tratamento judicial de conflitos de Direitos Fundamentais que levem a sério tanto os limites institucionais do Judiciário em matéria de políticas públicas, quanto a exigência constitucional de proteção desses mesmos direitos. Ainda mais consenso se forma em torno da ideia de que é inadmissível que só a menção ao tema das políticas públicas no âmbito de competência do Executivo como responsável por leva-las a cabo já resulte na impossibilidade absoluta do Judiciário no tema.

2 O Estado dirigente, mínimo existencial e reserva do possível.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 marca uma enorme progressão democrática em nosso país, saindo de longos vinte e um anos de ditadura e entrando em uma fase onde o Estado ganha grande atenção por ser o grande provedor de Direitos para a sociedade. Por isso a temática das políticas públicas

ganha presença no universo do Direito do Brasil como um dos meios para concretização dos Direitos Fundamentais com prestações positivas do Estado, que corresponde ao paradigma do Estado dirigente.

A nossa Magna Carta traz diversas normas instituindo programas de ação que têm como objeto principal a disciplina das relações sociais e, mais em geral, da ordenação da sociedade estatal; essas leis são definidas como normas programáticas por José Afonso da Silva, que assim as define:

São aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas unidade.¹

Entendem-se, portanto, como normas programáticas como sendo aquelas de eficácia limitada, isto é, carentes de normatividade ulterior integrativa de sua eficácia plena. José Afonso ainda deixa claro que “o fato de dependerem de providências institucionais não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos”²

Um dos efeitos da aplicabilidade das normas programáticas é a proibição de omissão dos poderes públicos na realização dos Direitos Sociais. Há, entretanto, inúmeras dificuldades de precisar o exato ponto do binômio: omissão legislativa versus falta de recursos dos Poderes públicos.

Diante disso, percebe-se que o Direito tem um papel na conformação das instituições que impulsionam, desenham e realizam as Políticas Públicas. As expressões da atuação governamental correspondem, em regra, a formas definidas e disciplinadas pelo Direito”³.

Na discussão de efetivação de Direitos Fundamentais por meio de políticas públicas, que explicitemos o conceito de política pública com o rigor necessário, se

¹ José Afonso Da Silva. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ed.São Paulo: Revista dos tribunais,1998,pag 37-138.

² José Afonso Da Silva, op .cit, p. 155.

³ Maria Paula Dallari Bucci. O Conceito De Política Pública Em Direito

não para exaurir o tema, ao menos para diferenciá-la do conceito de serviços públicos ou de prestação assistencial.

Políticas Públicas são, nas palavras da ilustre jurista Maria Paula de Dallari Bucci:

(...) Programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.⁴

Para Comparato, Política Pública aparece antes de tudo como atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.⁵

Trata-se, então, de instituto com enorme importância porque implica na efetivação dos Direitos Fundamentais e também em respeito às dignidades humanas. Considerando essa importância prolatada das atividades governamentais, podemos agora ver a inoperabilidade da omissão dos Poderes em relação a sua efetivação, e passamos a ponderar sobre outra questão: Reserva do Possível versus Mínimo existencial.

Reserva do Possível pode ser definido como um argumento; nesse sentido, é a resposta do Estado ao fato que a concretização de Direitos Fundamentais representa custos e que pode haver concorrência por esses Direitos. Sob a ótica de argumento, a Reserva do Possível tem a implicação de fazer o Judiciário escolher quem irá ter os recursos disponíveis, pois que o Estado não consegue oferecer as mesmas condições nem para todos os jurisdicionados pelo Judiciário e muito menos para todos os administrados pelo Executivo.

Já o Mínimo Existencial, como citado pelo Jurista Kazuo Watanabe:

4 Maria Paula Dallari Bucci in Bucci. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo pag.39.

⁵ Fabio Konder Comparato. Ensaio Sobre O Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas .Brasília. Revista de informação legislativa a. 35 n 138. 1998. Pag 45

é um conceito feito para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de Política Pública específica, e sem a possibilidade de questionamento em juízo das condições práticas para a sua efetivação e sem sujeição à cláusula da reserva do possível.⁶

Portanto, o mínimo existencial é um conceito que olha pelo conteúdo básico da dignidade da pessoa Humana, garantindo que este conteúdo não pode ser rejeitado com a explicação de falta de recursos do Estado.

Ora, se o Estado tem reconhecidamente limites para efetivar todos os Direitos Fundamentais, se o Mínimo Existencial deve ser garantido, dentre outros agentes, por esse mesmo Estado; se o fato de em si mesmo, o Mínimo Existencial garantido representar um grave ônus ao Estado que alega a Reserva do Possível; se o Judiciário é responsável por salvaguardar os Direitos Fundamentais, não é aceitável que o Judiciário não tenha (alguma) voz na efetivação desses Direitos.

Determinar, entretanto, como o Judiciário deve atuar nesse tema está fora de nosso escopo. Nosso objetivo, focando-se em determinar se há a possibilidade de admissão de um papel mais ativo do Judiciário na efetivação de Direitos Fundamentais por meio de controle de políticas públicas, resume-se a levantar argumentos contra (argumentos de cautela) e contra-argumentos no intuito de demonstrar que o Judiciário pode ter um papel relevante no tema.

3 Os argumentos de cautela com a intervenção do judiciário em políticas públicas

Tomemos como verdadeira a hipótese de que, no Estado Constitucional, a função do Judiciário seja a de garantir direitos, ainda que esta hipótese seja simplificadora. Então, a estrutura institucional do governo teria no Judiciário um aliado eficiente e eficaz que funciona como mecanismo para fiscalizar quando uma prática administrativa (ou a omissão administrativa) está resultando em negação de

⁶ Kazuo Watanabe. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. Revista do processo. Vol 193. Mar/2011. São Paulo. Pag 4

Direitos Fundamentais. Por serem esses direitos controvertidos, ambíguos, ou de difícil materialização, não é simples perceber quando uma política pública, sua inexistência, ou, ainda, sua insuficiência, estão protegendo ou atacando Direitos Fundamentais. A dificuldade, então, recomenda cautela ao se definir o papel do Judiciário no campo das políticas públicas, pois ao mesmo tempo em que se percebe a necessidade o Judiciário atuar nesse âmbito, considerando sua função política e também sua capacidade de julgamento de direitos, também é razoável levar em conta a sua limitação organizacional e funcional para resolver todos os aspectos de situações complexas, especialmente nos aspectos que tangenciam as atribuições dos Poderes.

Sem o devido cuidado, pode-se ter uma situação em que, ao mesmo tempo as demandas sociais não são atendidas, por consequência os direitos fundamentais são desrespeitados, e estabelece-se um conflito entre os três Poderes em função de uma situação não resolvida de invasão de competências.

Assim, discutem-se a seguir alguns dos mais relevantes argumentos levados em consideração quando se pensa na intervenção do judiciário na elaboração, implantação e controle de políticas públicas.

3.1 Os impactos nos orçamentos públicos

Segundo esse argumento, o Judiciário não está em condições legais, factuais e de competência para substituir o Executivo, órgão administrador, na determinação de prioridades de disponibilização de recursos frente às demandas sociais. A base desse argumento é a noção de que a Administração Pública está mais adequadamente equipada para decidir em quais setores serão feitos os dispêndios e investimentos usando recursos orçamentários finitos. Ainda, estaria a Administração Pública melhor equipada para determinar a maneira mais eficiente de implantar as decisões tomadas. A priorização das demandas, sua adequação aos legítimos objetivos políticos da Administração Pública ante a escassa disponibilidade orçamentária substancia a chamada Reserva do Possível, ou seja, onde direitos são realizados na medida da disponibilidade e possibilidade de alocar recursos, de

acordo com o que elegem os entes representativos como prioridades na sua comunidade política e que devem ser protegidos.

Se levada a cabo essa lógica, um problema grave seria reconhecer um direito concretamente a alguém, especialmente concedendo-se benefícios, negando o mesmo direito (ou até mesmo outros de igual importância) a outras pessoas que sequer seriam identificadas em dado processo.⁷

Entretanto, refutando tal argumento, tem-se que a intervenção judicial na elaboração e controle de políticas públicas não retira da instância administrativa o poder de determinação e de gestão do conflito inerente a essas políticas públicas. Muito pelo contrário, tem o papel de aprofundar a questão, forçando o Poder Executivo (e o Legislativo, algumas vezes) a encará-lo com toda a seriedade e celeridade necessárias a destinar recursos na busca da solução do conflito ou provimento do direito. Assim, com celeridade, e eficiência, ficam majoradas as chances de que o Executivo consiga prover e concretizar Direitos a uma gama maior de pessoas, pois que suas atividades terão mais recursos disponíveis.

De certo, uma interferência judicial com essa mentalidade pode tanto promover a real transparência sobre o orçamento por meio de escrutínio público - ao exigir destinação e previsão detalhada de recursos para a implantação de políticas adequadas - quanto reduzir o impacto na organização financeira da Administração Pública, pois assim se exigirá uma programação mais perene e sistemática de orçamentos públicos.

3.2 A incapacidade técnica do judiciário na efetivação das políticas públicas

O principal limite técnico apontado pelos opositores do controle judicial de políticas públicas tem sido a dificuldade de o Judiciário prever todas as consequências de uma intervenção sua. De fato, há motivos para o ceticismo com relação à capacidade do Judiciário de antecipar todas as consequências de uma

⁷ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

intervenção em larga escala. Sunstein⁸ afirma que raramente há tribunais especializados nas áreas de conhecimento sob disputa e, portanto, deturpa-se a compreensão dos efeitos complexos e imprevisíveis da intervenção judicial; o conhecimento profundo dessas áreas é, muitas vezes, crucial mas também inacessível aos juízes, ao menos no tempo necessário para a solução do conflito. O risco que existe é de uma intervenção judicial resultar em efeitos prejudiciais não intencionais.

Entretanto, a omissão seria igualmente perversa nesse sentido; efeitos negativos e imprevisíveis podem, com igual probabilidade, ocorrer como consequências de omissões que se revelam catastróficas. O risco de danos indesejados, então, é equivalente em qualquer um dos caminhos a seguir.

Não se descartam as dificuldades de o Judiciário ter domínio completo dos fatos e dados de um problema a ele levado. Entretanto, já instalado o litígio acerca de uma política pública ou falta dela, os danos e ofensas a direitos têm um caráter real, histórico, pois já estão instalados, e esses fatos deveriam afastar a oposição à intervenção do Judiciário sob o argumento da possibilidade de um cenário diferente indesejado. Ora, com o receio de um novo problema não se pode aceitar passivamente um problema já instalado.

Nos casos de alta complexidade não pode também o Judiciário ir além de suas capacidades técnicas, nem pretender ter sempre todas as respostas, e o melhor caminho é o Judiciário, mais do que ouvir, intervir com a real utilização da experiência das partes. Pode-se, para isso, utilizar uma técnica processual que permita o diálogo participativo e a avaliação objetiva das situações problemáticas em análise, ou seja, a auto-composição das demandas em sede de política pública, e em que as partes possam “por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar

⁸ SUNSTEIN, Cass R. A constituição parcial. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 190. O autor sustenta que as definições técnicas e as decisões sobre políticas públicas devem ser embasadas com definições técnicas que sistemicamente determinam cenários de potenciais resultados para a comunidade.

estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca” (AZEVEDO, 2003).

Uma auto composição que fosse estimulada e mediada pelo Judiciário poderia abrir mão da resolução total e abrangente da questão, e possibilitar soluções intermediárias, escalonadas, faseadas, que fossem capazes de conter grandes desvios observados em seus efeitos assim que observados. A mediação e a conciliação poderiam facilitar o impulso judicial em etapas e sempre que fosse necessário.

3.3 A divisão dos poderes e a legitimidade do judiciário na efetivação das políticas públicas

Mesmo que admitido que a governança do orçamento público não possa constituir um impedimento absoluto e definitivo para a interferência judicial, e mesmo que se admita que o Judiciário tenha meios de superar as barreiras da especialização, há ainda de se considerar o argumento de que a gestão desse orçamento deva ser feita em nome do público, e por quem é seu representante eleito e, portanto, Politicamente legitimados; ainda esse argumento defende que os juízes não possuem legitimidade por terem participado do processo eleitoral e não serem diretamente responsabilizáveis, como são os agentes políticos dos demais Poderes.

O princípio da separação de poderes sustentaria a competência do Executivo de decidir sobre a alocação de recursos. Por ser um dos argumentos mais áridos nesse debate, cabe aqui um aprofundamento da questão.

A Teoria da separação dos poderes fundamenta-se nas teorias de Locke e Montesquieu, sendo um dos princípios fundamentais do constitucionalismo moderno, para este último, autor do livro o espírito das leis, a separação dos poderes em executivo, legislativo e judiciário deve ser feita para não permitir a concentração de poderes na mão do soberano como nos Estados absolutistas que precederam as revoluções burguesas e também é necessária: “Para que cada Poder freie o outro; Impeça o abuso do outro” (Mota, apud, Montesquieu,1994,p.24). Após, esse mecanismo foi sendo aperfeiçoado com o sistema dos “checks and balances” ou freios e contrapesos, onde esses Poderes poderiam se controlar mutuamente, sendo

imprescindível para que os poderes sejam autônomos, não existindo supremacia de um sobre o outro. Nas palavras de José Luiz Quadros de Magalhães:

Importante lembrar que os poderes (que reúnem órgãos) são autônomos e não soberanos ou independentes. Outra ideia equivocada a respeito da separação dos poderes é a de que os poderes – reunião de órgãos com funções preponderantes comuns – não podem, jamais, intervir no funcionamento do outro. Ora, essa possibilidade de intervenção, limitada, na forma de controle, é a essência da ideia dos freios e contrapesos⁹

Com a evolução do Estado Moderno e com a dinâmica das relações sociais do nosso século, que são, cada vez mais, complexas e difíceis, a ideia da tripartição dos Poderes ganha extrema importância, pois cabe a eles prover as necessidades da população, sendo assim, o exercício de atividades típicas e atípicas protege a população contra possíveis irregularidades (checks and balances) e aumenta a efetividade das ações governamentais, obviamente, isso se a ideia da tripartição dos Poderes for implementada de maneira correta, equilibrada e adequada (o que não acontece).

As políticas públicas, portanto, devem ser providas pelo Poder Executivo que é o Poder legitimado, quando aprovadas elas materializam-se em leis; Já o Poder legislativo atua legislando sobre os mais variados assuntos, podendo também legislar sobre programas governamentais além de atuar no controle e na fiscalização das políticas públicas; Por sua vez o judiciário compete o controle de constitucionalidade e de legalidade dos componentes das políticas públicas.

Após essas premissas, analisaremos a atual conjuntura política Brasileira, sendo notório que os Poderes - especialmente o Executivo e o Legislativo - passam por uma falta de representatividade perante a população que é resultado de inúmeros casos de corrupção e também são extremamente inertes para a propositura e discussão de leis, dentro desse quadro, temos o Poder Judiciário que

⁹ José Luiz Quadros de Magalhães. **A teoria da separação dos poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo** – O tribunal de contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. *in*: **Revista do Tribunal de contas de Minas Gerais**. Vol 71. Abr e Maio/2009. Pág 94.

ganhando cada vez mais relevância, atua para garantir o Direito de todos, mas até que ponto o Judiciário poderá intervir no Executivo para obriga-los a fazer Políticas Públicas sem prejudicar o Estado Democrático de Direito ? E quando o Poder Judiciário poderá tomar tais medidas?

Obviamente ainda não temos uma resposta consensual para as perguntas sobre quais os limites e as formas que se pode dar, porém a tripartição dos Poderes não pode ser usada como desculpa para a inobservância de Direitos, Portanto, o Judiciário deve intervir na execução das políticas públicas para garantir que a Constituição seja efetivada não interferindo obviamente no Estado Democrático de Direito, pois isso nada mais é que o sistema de freios e contrapesos citado anteriormente; Já em relação à segunda questão, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – n.45, em 29 de abril de 2004, considerou que o Poder Judiciário poderá intervir no mérito das políticas públicas quando configurada “Abusividade Governamental”.

O significado desta expressão é incerto, porém, analisando a jurisprudência¹⁰ da Corte conclui-se que em casos de omissão desarrazoada do poder público, pode o juiz impor uma obrigação de fazer ao Estado a fim de efetivar Direito fundamental previsto na Constituição.

Essa constatação que o Judiciário pode intervir no Executivo, superado as questões quanto à intervenção dos poderes e o Estado Democrático de Direito, nos traz outra questão: Será o juiz competente para determinar uma obrigação de fazer ao Estado? E quanto às consequências? Tem o Judiciário informações suficientes (orçamentárias, ambientais, estatísticas, etc)?

4 Remédios Constitucionais e Decisões de Compromisso

Essas determinações por parte do Judiciário, exigindo que o Executivo atue, cresceram recentemente em razão das ações coletivas propostas pelo Ministério Público, sendo esta uma forma propícia de solicitar ao Poder Judiciário uma

¹⁰ (RE-768825 AGR/Ba-Bahia-Ricardo Lewandovski- 12/08/2014), (ARE-761127 AGR/AP-Amapá-Luís Roberto Barroso-24/06/2014).

prestação social. Portanto, analisando a nossa constituição, pensamos que essa atuação do Poder Judiciário poderia ocorrer provocada por: Ação civil pública, Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que serão analisadas a seguir.

A ação civil pública, prevista na lei 7347/85 :

Rege a possibilidade de o ministério público e os demais legitimados disjuntivos e concorrentes proporem uma ação de natureza civil face àqueles que causarem danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico, patrimônio público e qualquer outro interesse difuso ou coletivo; e ainda por infração da ordem econômica e da economia popular¹¹

Portanto, como a Política pública é um conjunto de normas e atos administrativos, é possível o controle jurisdicional via ação civil pública, numa forma de efetivação de Direitos Fundamentais, destarte a opinião de João Batista de Almeida:

Não vê ele razões para não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento¹²

Outro instrumento cabível é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que tem como objeto a inconstitucionalidade do poder público pela sua inércia podendo ser objeto desse controle às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, ou seja, normas que impõem diretrizes políticas, a legitimação para a sua propositura está no artigo cento e três da Constituição Brasileira que são : o Presidente da república, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, as mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara legislativa, os governadores do Estado, e do distrito federal, o procurador geral da república, partidos políticos com representação no congresso

¹¹ Fábio Luís Franco e Antonio Darienso Martins. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *In: Revista do processo*. Vol.135. Mai/2006.p.02.

¹² Id. *ibid*.p.08.

nacional, conselho federal da ordem dos advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional .

Outra possibilidade é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que está fundamentada no artigo cento e dois da constituição Brasileira parágrafo primeiro, sendo regida pela lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999; os legitimados para a sua propositura são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade citados acima, e a lei cita as hipóteses de cabimento: Para evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição; Importante salientar o caráter subsidiário da ADPF, pois a lei expressamente veda a possibilidade da ação quando houver qualquer outro meio disponível para sanar a lesão.

Portanto, analisando as possibilidades de provocação do judiciário para determinar a execução de políticas públicas, temos os referidos instrumentos, que poderiam de alguma maneira resolver inúmeros problemas que a inercia pública acarreta à população Brasileira.

Existe, entretanto, uma potencial forma de resolução de conflitos dessa natureza, ainda quase não utilizada, em que o Judiciário essencialmente não diz o que deve ser feito, mas sim como deve ser feito. Possivelmente por ainda não ter sido sistematicamente provocado nesse sentido, o Judiciário não tem assim decidido.

Essa forma de resolução de conflito, com o objetivo de materializar a efetivação de Direitos Fundamentais, funda-se em decisões que estabeleçam não exatamente a matéria real como mérito do processo, mas sim a intenção subjacente ao conflito como mérito da questão, forçando as partes a resolver o conflito de uma maneira otimizada, entre elas, por meio de uma solução de compromisso relevante para todos, de forma negociada.

Em síntese, a solução de compromisso é uma forma sim de intervenção judicial em políticas públicas destinadas à satisfação de direitos fundamentais, mas segundo o qual as partes são levadas a um procedimento negocial e deliberativo

que explora e esgota previamente todas as possibilidades de equacionar as suas divergências e controvérsias, sempre norteados pela Constituição e legislação infraconstitucional.

A prestação judicial consiste na indicação do objetivo subjacente e dos temas mínimos da deliberação (por exemplo, o objetivo do litígio não pode ser desocupar um prédio ou de se construir um determinado número de casas, mas sim oferecer uma alternativa adequada de moradia); na sugestão prévia e preliminar dos princípios jurídicos e balizas legais para a realização do acordo; no controle do calendário das discussões entre as partes e datas certas para determinado atos; na avaliação dos resultados atingidos pela negociação; e na cobrança de acompanhamentos posteriores, assegurando que o processo que o processo funcione e; por fim, na prévia determinação e posterior imposição de sanções aos que não cumprirem com o compromisso.

A intenção é que o Estado se comprometa significativamente com a situação em que há violação de direitos, seja por ação seja por omissão, por meio de iniciativas e políticas próprias, dentro de seus próprios limites, sem interferência material, que também atenda aos anseios sociais e seja, ao mesmo tempo sustentável e tempestiva.

Caso não haja acordo, com conseqüente demonstração do compromisso (de ambas as partes), aí sim a sentença substantiva, mesmo com caráter aditivo, poderia ser judicialmente imposta, especialmente nos casos em que o Estado se furtar à negociação aberta e sincera.

Ainda que as partes tenham de esperar mais tempo para a solução final, pois não veriam o Judiciário decidir acerca dos direitos fundamentais reclamados, essa alternativa representaria uma verdadeira solução sustentável no longo prazo, pois o compromisso significativo tem a vantagem de, ainda que seja uma revisão judicial, ser absolutamente compatível com a a livre deliberação e a segurança jurídica exigidas em um Estado Democrático de Direito.

Sob o ponto de vista da cautela, o compromisso faria justiça ao reconhecer que, nas sentenças aditivas de adjudicação de direitos fundamentais, os desafios de ordem técnica, cultural, econômica podem levar os juízes, muito bem-intencionados, a tomarem decisões prejudiciais para a coletividade; e então isenta-os desse fardo e

dessa responsabilidade desnecessária, preservando, entretanto, seu papel premente de assegurar a efetivação desses direitos.

Quanto às consequências imprevistas das decisões aditivas, essa solução devolve às partes o privilégio, dessa vez sob supervisão e direcionamento judiciais, de determinar detalhes da política pública a ser implementada, pois ninguém melhor que as próprias partes para saberem onde podem ceder e onde devem manter suas posições, sempre sendo guiadas para uma solução constitucional para o problema. Permite, assim, considerar os direitos fundamentais otimizados dentro de um rol muito extenso de alternativas para uma política pública.

Pode também, dependendo dos entendimentos entre as partes, levar à implementação gradual dos direitos, balizada pelos recursos disponíveis e dentro da legalidade da formulação de orçamentos públicos, sempre com fiscalização judicial e devolvendo à Administração Pública o controle sobre a alocação dos recursos, ainda que sob o compromisso de manter continuada a implantação das políticas públicas requeridas para acordadas.

5 Considerações finais

Como visto, as políticas públicas são programas governamentais com alto poder de realização de Direitos Fundamentais, nas áreas sociais, políticas, econômicas, ambientais, etc; devem ser paradigmas para as administrações públicas, porém, essas atividades não são ilimitadas. O binômio (recursos disponíveis x demandas sociais) deve sempre estar na mente dos Políticos para um melhor planejamento, mas este argumento não pode ser usado como justificativa para a abstenção do Poder Público de perseguir uma sociedade mais justa, fraterna e igual.

O Poder Judiciário, nesse contexto, está habilitado a controlar as Políticas Públicas e os argumentos que envolvem o princípio da separação de Poderes, como citado, não pode ser usado para eximir a Responsabilidade Governamental, pois isso, nada mais é, que o sistema dos (Checks and Balances), ou seja, freios e contrapesos. As dificuldades aumentam em função da posição institucional do Judiciário no Estado constitucional democrático, pois seus representantes não são

eleitoralmente responsáveis e decidem muitas vezes com informações e participação limitadas.

Os juízes não têm as melhores condições, por exemplo, de antecipar as consequências de suas decisões na intervenção em políticas públicas de amplo impacto, nem de priorizar demandas sociais custosas contra o orçamento público limitado. Não se trata, então, de transferir essa prerrogativa para o Judiciário.

O impedimento da intervenção judicial em políticas públicas em favor dos Direitos Fundamentais, então, mostra-se ideológico, equivocando ou precipitado. Sendo uma das funções do Judiciário proteger os direitos, o governo democrático perde muito ao desperdiçar as vantagens de mantê-lo junto ao Executivo na administração de políticas públicas.

A provável solução para lidar com essa tensão criada entre a necessidade e a tênue legitimidade de o Judiciário participar no processo seria abraçar a separação de poderes como algo de duas mãos, facilitando acordos entre as partes e instituições, estabelecendo interações, contribuições e evoluções que ajudam a criar, por meio de resolução iterativa e sistemática de problemas, melhores respostas às demandas coletivas por políticas públicas.

Desta forma, no caso de omissão desarrazoada dos Poderes Legislativo e Executivo, que tipicamente seriam os encarregados de decidir sobre as prioridades sociais, o Poder Judiciário atua para que os direitos da Constituição Brasileira sejam respeitados.

Por certo, o problema se espelha nos nossos Poderes Executivo e Legislativo, que devem também ser alvo de estudos simultâneos para caminharem nesse sentido, dado que a solução só é possível se colaborativa. Nesse sentido, demanda-se uma participação mais intensa da população no meio Político para conseguirmos alcançar um País menos desigual.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, A. G. d., 2003. *Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados*. In: ***Estudos em arbitragem, Mediação e negociação***. s.l.:s.n.

BARCELLOS, A. P. d., s.d. **Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais**: O Controle Político- Social e o controle jurídico no espaço democrático.

BOTTALLO, E. D. **Lições de Direito Público**. 3 ed. São paulo: Dialética, 2009

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In.: **Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas. In: **Núcleo de estudos e pesquisas do Senado**. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-122-limites-da-iniciativa-parlamentar-sobre-politicas-publicas-uma-proposta-de-releitura-do-art.-61-ss-1o-ii-e-da-constituicao-federal>. Acesso em 23/10/2014.

COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de Políticas públicas. In: **Revista de informação legislativa**, abril/junho, 1998.

CORRÊA, S. **Ambito jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8629. Acesso em 23/10/2014.

FRANCO, F. I.; MARTINS, A. D. A Ação civil pública como instrumento de controle das Políticas públicas. In: **Revista do processo**, v. 135, 2006

GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAGALHÃES, J. L. Q. A teoria da separação dos poderes e a divisão das funções autônomas no Estado Contemporâneo - O tribunal de contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. In: **Revista do tribunal de contas de Minas Gerais**, 2009

MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, A. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

NOBRE JÚNIOR, E. P.. Advocacia pública e Políticas públicas. *In: Revista dos tribunais do nordeste*, jan., V.3, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, Direitos sociais e reserva do possível. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.*

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São paulo: Malheiros., 1998.

SUSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Timm, L. B. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia ?. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, L. B., editores. Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2008*

Watanabe, K. Controle jurisdicional das políticas públicas mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In: Revista do processo*, v. 193, mar. 2011