

A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

THE INTERVENTION OF THE JUDICIARY IN THE FORMULATION AND IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

¹Glaber da Costa Cypreste Queiroz

RESUMO

O presente estudo visa debater os aspectos da intervenção do Poder Judiciário para a efetivação das políticas públicas, desenvolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, com vistas a efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. O objetivo é descobrir se há legitimidade para a jurisdição controlar as ações dos outros poderes instituídos no intuito de dar máxima efetividade às normas constitucionais, sobremaneira, quando ocorre a violação daquelas determinações que tratem de direitos fundamentais, uma vez que a possibilidade de tal medida é admitida pelo pensamento neoconstitucionalista não violando então os princípios do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Separação dos poderes, Direitos fundamentais, Neoconstitucionalismo

ABSTRACT

The present study aims to discuss the aspects of the intervention of the Judiciary for the enforcement of public policies, developed by Legislative and Executive powers, with aims to accomplish the fundamental rights provided for in the Federal Constitution of 1988. The objective is to find out if there is legitimacy for the jurisdiction to control the actions of the other powers in order to give maximum effectiveness to constitutional requirements, particularly, when there is a violation of those determinations concerned with fundamental rights, since the possibility of such a measure is admitted by thought neoconstitutionalism, not violating the principles of the Democratic State of Law.

Keywords: Democratic state of law, Separation of powers, Fundamental rights, Neoconstitutionalism

¹ Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha - UVV, Vila Velha – ES (Brasil).
E-mail: glalberqueiroz@gmail.com



INTRODUÇÃO

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário visa garantir ao cidadão o atendimento aos direitos fundamentais que lhe são assegurados pelo texto constitucional, nos casos em que os Poderes Legislativo e Executivo, por omissão ou por uma ação equivocada, contrariam a determinação de dar a máxima efetividade às normas constitucionais que tratam de tais direitos.

Dada à notória ineficiência estatal em proteger e prover os direitos fundamentais da população, verifica-se ao longo das últimas décadas um vertiginoso aumento de demandas que chegam diariamente ao Poder Judiciário. Ao ser invocado para agir no lugar daqueles órgãos que detêm a competência originária para tal, recebe a incumbência de dirimir questões que envolvem a criação e execução de políticas públicas voltadas ao atendimento de determinações constitucionais, sobretudo aqueles de caráter social, dentre os quais destacamos os relacionados à saúde, educação, moradia e segurança pública. Isto se deve, ao papel ativo e interventor do Estado na vida da população, a partir do papel de garantidor dos direitos fundamentais assumido com advento da Constituição Federal de 1988.

Desta feita, o presente estudo se mostra de relevante importância, pois visa analisar a legitimidade de o Poder Judiciário intervir em temas que originariamente deveriam ser de competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Neste sentido, buscaremos desvelar o tema proposto por meio de uma exposição doutrinária e da análise sistemática da Constituição Brasileira de 1988, em especial, sobrepesando a separação dos poderes e a necessidade de efetivação dos direitos e garantias fundamentais no atual Estado Democrático de Direito brasileiro. Ao final, traremos à baila um caso concreto que expõe o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal acerca do tema em epígrafe.

1 A EMERGÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO

Para proporcionar o desenvolvimento satisfatório do debate que se propõe sobre o tema em epígrafe, torna-se oportuno pontuar determinados fatos acerca dos momentos históricos que antecederam a emergência do Estado Democrático de Direito tal como é concebido hoje, abordando necessariamente as concepções constitucionais relacionadas a cada um, compreendendo as formas de limitação do poder do Estado perante o indivíduo.



Será possível vislumbrar o itinerário assumido pelo vetor que descreve a evolução da relação de poder e controle entre o Estado e seu Cidadão, inclusive, os valores incorporados, em corolário ao seu aperfeiçoamento e quais foram definitivamente abandonados.

Conforme ensinamentos de John Locke (2001), no estado de natureza os homens gozavam de plena liberdade, não sendo submetidos a quaisquer regras, exceto às próprias leis da natureza. No entanto, com o advento da vida em sociedade, surge a necessidade de uma série de medidas no sentido de proporcionar a paz social ameaçada pelos conflitos dos mais diversos interesses individuais. Assim sendo, determinadas regras foram impostas aos integrantes daquela coletividade, bem como, houve a instituição de um governo que obrigasse a todos a sua observação.

Com o decorrer da história, a experiência revela a necessidade do controle da ação deste governo aplicador das normas de convívio, e já em 1215 na Inglaterra, foi criado, através da Magna Carta, o Parlamento, restringindo o poder monárquico¹.

Ao se analisar a regulação das ações do Estado para com o seu cidadão, pode-se verificar, sem muito esforço, as grandes mudanças sofridas ao longo dos tempos, principalmente, posteriormente a queda do modelo absolutista, que possui por característica primordial a total centralização do Poder nas mãos de um soberano que o exerce ilimitadamente de acordo com suas convicções e vontades, não admitindo qualquer forma de controle senão ao de sua própria vontade. Ademais, dota-se de todas as medidas ao seu alcance no sentido de manter sua hegemonia, lançando mão de todos os recursos a seu alcance em prol da satisfação de seus interesses, exigindo para tanto a total submissão do indivíduo ao seu arbítrio.

Com a eventual queda de tal regime, as vozes libertárias clamavam pelo afastamento do soberano da intervenção nas questões particulares dos indivíduos. Assim, elevadas doses de liberdade foram aplicadas às relações particulares, no intuito de curar as feridas causadas pelo intervencionismo exacerbado. A total reverência ao príncipe dá lugar ao seu completo absentismo, pois os ideais de liberdade dão ensejo a um modelo de Estado caracterizado pelo total antagonismo a intromissão na vida privada dos súditos, pois passa a se limitar a uma atuação mínima quanto à regulação social e econômica. Como principal característica deste Estado mínimo que o distingue das demais modalidades de atuação, está o seu demasiado desprendimento dos assuntos entendidos como da esfera privada.

¹ Paulo Fernando Silveira (1999, p. 83) ensina que na Inglaterra em 1215, o judiciário, apesar de ser de fato independente, constituía órgão submetido ao rei (*King Bench*). Por isso, Locke só se referiu aos poderes legislativo e executivo, mesmo nas monarquias moderadas.



Conforme postulado por Canotilho (1993 *apud* MORAES, 2007, p. 02), é a partir do triunfo do movimento constitucional no século XIX que surge o conceito de constituição que considera como ideal. Através do texto constitucional seria limitado o exercício do poder estatal, a fim de promover a garantia das liberdades individuais. Assim, seriam dois os elementos que fundamentalmente caracterizariam o teor de uma legítima carta constitucional, com base nos postulados políticos-liberais. Primeiramente, “a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos atos do poder legislativo através do parlamento)”. Em segundo lugar, deve conter o princípio que partilhe o exercício do poder estatal, “o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais”.

Segundo Gustavo Binbenjy (2004, p. 15-16), é no liberalismo que surge a primeira ideia de Direitos e Garantias Fundamentais, a partir da redução do intervencionismo estatal na seara da vida particular dos indivíduos, constituindo por si só uma grande evolução, que fundamentou e proporcionou as bases para a criação de um instrumento forte o suficiente para o estabelecimento desses direitos, qual seja, a Teoria do Constitucionalismo:

É nesse período, quando as monarquias absolutistas entram em colapso, que toma força a ideia de submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a incolumidade das liberdades individuais frente ao Estado. A Constituição surge, assim, como exigência de limitação e racionalização do poder real, até então absoluto, que passa a curvar-se aos interesses da nova classe dominante. (BINENBOJM, 2004, p. 15-16).

O afastamento demasiado das intervenções estatais, até encarado como antídoto para as moléstias do cidadão, fracassa como modelo de gestão, dentre outros motivos, por não atender as necessidades de toda a população de modo igualitário. O fracasso do ideal liberal serviu para expor que a vida em sociedade necessita de certo grau de regulação, ao contrario dos discursos dos defensores do modo estatal liberal. O Estado é então chamado a tutelar os direitos do cidadão e da conseqüente necessidade de uma ação protetiva para com o cidadão, emerge o Estado Social, que vislumbra acima de tudo, a garantia dos direitos sociais.

Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, tinham-se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade. Consolidasse assim, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, o “Estado Social” [...]. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens, conforme se afirmava no período anterior, quando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmava, logo no art. 1º, que os “homens nascem e são livres e iguais em direitos”, a aplicação dessa norma produzira profundas desigualdades sociais. Atribuiu-se, então, ao Estado, em sua nova concepção, a missão de fomentar essa igualdade [...]. (PALU, 2004, p. 60).



Assim sendo, agora ao Estado caberiam as medidas que visassem a garantir os novos direitos concedidos ao indivíduo, voltados desta vez à promoção da igualdade material entre os homens, uma vez que não podem ser obtidos se não por uma conduta positiva do Estado, ao contrário das liberdades conquistadas com o advento do liberalismo, que se faziam presente tão somente com a omissão do Estado, criou-se uma nova classificação para tais direitos, que passaram a constituir a segunda dimensão/geração dos direitos e garantias fundamentais.

Todos esses novos direitos adquiridos pelo cidadão encontraram, tal como as liberdades anteriores a eles, espaço de proteção no texto constitucional. Contudo, uma vez que esses direitos dependiam necessariamente da atitude positiva do Estado para sua efetivação, dentro do Constitucionalismo tipicamente liberal, o papel de estabelecimento concreto dos direitos cabia à lei, sendo que o texto constitucional assumia uma feição instrutora, direcionadora, não ostentando uma força cogente suficiente para embasar uma exigência, tornar-se-ia vazia a garantia de tais direitos. No entanto, o modelo Social não abarcou conceitos de ordem democrática, o que oportunizou o advento de Estados que, não obstante carregarem bandeiras de militância social se mostraram totalmente adversos a democracia.

A Alemanha nazista, a Itália fascista, A Espanha franquista, Portugal Salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França com a Quarta República, especialmente e o Brasil, desde a Revolução de 30 – Bem Observa Paulo Bonavides – foram “Estados sociais”, o que evidencia, conclui que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. (SILVA, 2007, p. 116).

Nesse contexto que surge ainda dentro do modelo de estado social, uma nova leitura da teoria constitucional vigente, o qual veio ser denominado de neoconstitucionalismo², que substitui a ideia imperante até o momento do princípio da legalidade liberal, veiculada e defendida pelo pensamento positivista, na qual a lei, tendo vinculada na constituição apenas seu processo de produção e a legitimidade necessária para tal, poderia assumir qualquer conteúdo, dando vazão, por exemplo, a regimes totalitários como os existentes na Alemanha e na Itália no século XX.

O neoconstitucionalismo dispensa ao texto constitucional um enfoque preponderante dentro do ordenamento jurídico, pois atribui a ela um caráter normativo, uma força vinculante, não devendo ser considerada mera carta de intenções e desejos da sociedade. O

² Para Streck (2013, p. 2) essa teoria do direito desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial, principalmente por autores de países como Espanha e Itália, que utilizaram do termo neoconstitucionalismo para fazer referência ao “modelo direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então”.



teor das constituições é de caráter cogente, impõe o cumprimento compulsório do que preleciona, não havendo margem a dúvidas quanto à necessidade de sua plena observação, principalmente no que tange a proteção e defesa dos interesses da população carente e menos assistida, do ponto de vista social, político e econômico.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. [...] A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem de conformação à realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 14-15).

A constituição, portanto tem uma força normativa e ocupa a cúspide de um determinado ordenamento jurídico. Nesta hermenêutica o texto das cartas constitucionais deixam de lado seu caráter estritamente político, repleto de meras orientações jurídicas e procedimentais, ao tomar seu merecido lugar de destaque dentro do ordenamento jurídico, impondo a materialização uma série de direitos e deveres.

A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. [...] As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. (SARMENTO, 2013, p. 2)

A hermenêutica neoconstitucionalista busca fomentar uma constituição garantidora dos direitos e garantias fundamentais, no sentido de se estabelecer como norma superior a todas as outras no âmbito do Estado. Para esse modelo de exegese, o que define um direito como constitucional depende de sua natureza, de modo que podem ser elencados em dois grandes grupos: o primeiro, sobre a organização, competências, funções e separação dos poderes do Estado e, o segundo, voltado à limitação do poder estatal, direcionado a estabelecer os direitos fundamentais do indivíduo.

Todavia, vale ressaltar os riscos oferecidos pelo neoconstitucionalismo que, dadas as suas características, aliadas as especificidades elementares do direito brasileiro, podem provocar determinadas situações que favoreçam a corrupção do próprio texto constitucional.



Encarado como uma novidade de caráter teórico-interpretativo, o neoconstitucionalismo é limitado “na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores” (Streck, 2013, p. 3 - 4).

Observe-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento com base em jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). (STRECK, 2013, p. 4).

O neoconstitucionalismo cultiva a soberania constitucional dentro de determinado ordenamento jurídico, como um instrumento para a defesa de um direito democraticamente produzido, que se concretiza a partir de uma interpretação que leve em consideração seu caráter normativo e de integridade da jurisdição. No entanto, ao chamar a atenção para seus riscos e a fim de evitar equívocos terminológicos, Streck (2013, p. 5) ressalta que “Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas)”, é o termo mais exato para definir o movimento constitucional surgido no segundo pós-guerra e ainda presente na atualidade.

2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Resultado da evolução do pensamento jurídico, o Estado Democrático de Direito incorpora tanto às liberdades conquistadas pelo movimento Liberal, como uma gama de garantias, que por sua vez encontram-se direcionadas a executar uma transformação social norteada pelos ideais de igualdade e justiça. A mera positivação desses direitos não foi suficiente para sua efetivação, exigindo do Estado uma postura ativa perante as demandas da população, de modo que agora sustenta o dever de intervir na sociedade, não para executar um ato de caridade para com os menos favorecidos, mas sim para efetivar um direito constitucionalmente garantido.

A necessidade de se buscar a manutenção das atuais instituições estatais tem por objetivo resguardar os direitos fundamentais, a partir do equilíbrio entre suas diversas modalidades de poder, e destas com as forças sociais, a fim de proporcionar o ambiente



minimamente necessário para a execução de suas finalidades essenciais. Portanto, o equilíbrio entre aqueles órgãos que exercem o poder estatal é de vital importância, pois de fato é nos instantes de instabilidade que surgem à oportunidade para os argumentos ensejadores de uma política eivada pelo arbítrio e a subversão, que por sua vez se direcionam ao Estado de exceção, e por derradeiro a violação dos direitos fundamentais. Nesta esteira, a teoria da separação dos poderes do Estado emerge como uma solução para as arbitrariedades havidas pelo exercício ilimitado do poder.

Sob os ideais do Liberalismo, o controle do poder do Estado pelo Estado, se fez necessário para coibir o despotismo e a tirania³, pois conforme célebre ensinamento de Montesquieu, todo homem que tem poder é tentado a dele abusar. O Estado Democrático de Direito tem por natureza a equalização das diversas forças que nele operam, além de coibir o autoritarismo e ao abuso de poder por aquele que detém o seu exercício. No Brasil, com a Constituição de 1988, a aplicação prática da Separação dos Poderes assume relevante papel, garantindo assim a perenidade das atuais instituições do país.

Portanto, dividir o exercício do Poder do Estado⁴ entre órgãos, independentes e harmônicos, foi um dos meios aplicados pela nossa Carta Política no intuito de se evitar um retrocesso político a um modelo estatal que não respeita os direitos fundamentais, por exemplo, como ocorrera anteriormente nos tempos de ditadura militar que por duas décadas controlou nosso país. Instituiu-se então, o modelo de descentralização do governo como parte do processo de redemocratização, e o sistema de separação dos poderes, com o fim de se evitar definitivamente à volta ao Estado ditatorial, bem como, de se estabelecer no Brasil os ideais de Estado Democrático de Direito como paradigma para as próximas gerações.

³ Alexandre de Moraes (2007, p. 393) ensina que a separação dos poderes visa, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, e para que seja um método eficaz na garantia da estabilidade do Estado, devem ser independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais.

⁴ José Afonso da Silva (2007, p. 109) reconhece a importância de Aristóteles, Locke, Rousseau e Montesquieu, para o desenvolvimento e aprimoramento da separação dos poderes, atribuindo a este último, porém, a exposição mais importante sobre o tema, ao considerar que é a partir de seus apontamentos que se amolda para aquilo que hoje está inserido em nossa Carta Magna e nos textos constitucionais da maioria dos Estados Civilizados: “O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina de separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.09.1787. Tornou-se, com a revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é”.



A divisão segundo o critério funcional é a célebre ‘separação de Poderes’, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra, “Política”, detalhada, posteriormente por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas (...). E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu o espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal. (MORAES, 2007, p. 393).

Nesse diapasão, a imposição feita pelo texto constitucional determina que estes órgãos devam ser independentes e harmônicos entre si⁵, na medida em que devem exercer as funções a que competem sem a interveniência dos demais Poderes, orientando o suas relações pelos preceitos do respeito e da cooperação.

Apesar do termo “separação dos poderes”, Eros Grau (2000, p. 174) expõe que Montesquieu jamais tenha cogitado sobre uma estratificação efetiva, e completa ao dispor que ele “na verdade enuncia a moderação entre eles como a divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras”. Na verdade sua referencia se dirige a uma divisão entre as funções do Estado, no sentido de que cada órgão se especializasse dentro de sua competência, porém, atuando em conjunto de maneira sinérgica no atendimento dos mandamentos constitucionais, ao passo que cada um desses órgãos não dependesse do outro para desenvolver sua atuação.

A hermenêutica atual sobre a questão da independência e harmonia entre os Poderes já não aceita mais esta separação rígida e absoluta, pois muitos já consideram tal termo anacrônico, sendo mais apropriado o uso do termo “colaboração de poderes” em substituição ao termo “separação de poderes”.

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes. (SILVA, 2007, p. 109).

⁵ A fim de ilustrar o significado da independência entre os Poderes, José Afonso da Silva (2007, p. 110) nos elenca vários exemplos sobre a atuação e a forma em que se apresenta, dentre as quais se destaca que os Poderes Estatais “no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros”, por este critério pode então agir dentro de um planejamento próprio para a execução dos objetivos a que se destina, e ainda que, “na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições legais e constitucionais”. Por seu turno, “a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”.



A doutrina recente, também reconhece a necessidade da relação de cooperação entre os poderes, na medida em que um seria responsável pela fiscalização dos atos do outro, portanto, os Poderes poderiam intervir⁶ uns nos outros, a fim de que estabeleçam limites a suas atuações às balizas constitucionais, buscando a efetivação dos anseios coletivos e individuais

Cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2007, p. 110).

Há a afirmação de que apesar da expressão “separação dos poderes”, o Poder o do Estado é *uno* e, portanto, insuscetível à fragmentação. Logo, o que em verdade ocorre é uma divisão das suas funções que devem ser exercidas por órgãos “independentes e harmônicos entre si”, conforme leciona Américo Bedê Freire Junior (2005, p. 3), ao dispor que “o poder estatal é um só, materializado na Constituição, da qual se extrai que a separação das funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais”.

O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais está expressamente disposto na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, § 1º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Resta então evidenciado que a interpretação das normas constitucionais deve sempre buscar a produzir efeitos concretos, de maneira a utilizar todas as suas potencialidades ao seu alcance.

Pode-se vislumbrar preliminarmente, que há forte indício acerca da possibilidade da intervenção jurisdicional, nas questões que envolvem o não atendimento ao texto constitucional em caso de violação em matéria de políticas públicas, tanto pelo seu não cumprimento, quanto pelo atendimento insatisfatório aos direitos fundamentais do cidadão.

O controle do exercício do poder do Estado se mostra necessário no sentido de evitar os prováveis desvios nas ações destinadas à garantia dos direitos fundamentais, coibindo aquelas que sugerem impedir a máxima efetividade das normas constitucionais. Ademais, tal controle é apontado por alguns como paradigma dos modernos modelos estatais ocidentais, pois sua aplicação se torna plenamente cabível à luz do pensamento neoconstitucionalista, devido a sua compatibilidade aos ideais do Estado Democrático de Direito garantidores dos Direitos Fundamentais.

⁶ Portanto, não só há a possibilidade de interveniência entre os poderes, como também se revela de vital importância, no que tange ao equilíbrio entre os órgãos que exercem o poder soberano do Estado, na medida em que todos devem posicionar-se hierarquicamente em posições equivalentes, porém, tal ação interventiva tem sua legitimidade estritamente vinculada aos casos em que não há o atendimento das normas constitucionais, seja de forma comissiva ou por uma omissão.



3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentre as inovações trazidas pela instituição de um Estado Democrático de Direito a partir da Carta Política de 1988, inicia-se no Brasil uma nova era no tocante a participação política da sociedade no acompanhamento, fiscalização e controle das políticas públicas desenvolvidas pelos Poderes legislativo e Executivo, antagonicamente as disposições do ordenamento jurídico vigente durante a ditadura militar, época em que se considerava absurda qualquer ponderação das ordens emanadas pela autoridade detentora do Poder político.

Outra característica da Constituição Federal de 1988 é a série de dispositivos que visam promover o respeito à dignidade da pessoa humana entre seus cidadãos, além de proporcionar uma vasta e permanente transformação social do Estado brasileiro, as conceder vários direitos aos seus cidadãos que dependem necessariamente de uma ação positiva para sua efetivação, herança evidente do Estado Social, podendo ser exemplificados no art. 6º de nossa constituição. Também estão inclusos em seu teor diversos direitos de matriz liberal que exigem prestações negativas por parte do Estado, como por exemplo, os ditames previstos no artigo 5º.

As políticas públicas seriam então o instrumento pelo qual o Estado busca promover a concretização dos ditames constitucionais. Antes de adentrar definitivamente ao conceito de políticas públicas, torna-se oportuno expor o aspecto da política dentro do Estado segundo Dworkin (2002, p. 36), que afirma haver uma distinção entre a política e os princípios. A dicotomia está no fato de que a política é ligada a atividade do estado e exercida principalmente por sua função legislativa e administrativa, enquanto que os princípios são típicos a função jurisdicional que é exercida pelo judiciário.

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (DWORKIN, 2002, p. 36).

Os argumentos de política se destinam a estabelecer um objetivo coletivo, enquanto os argumentos de princípios, em razão de estes serem caracterizados pelas proposições que elencam direitos, visam ao estabelecimento de um direito individual (DWORKIN, 2002, p.



141). Dworkin ainda traça uma relação entre o direito e a política, como meio de se atingir a determinado objetivo, ao dispor que não haveria em um primeiro momento nenhuma relação necessária entre o direito e a política, reafirmando e ressaltando que tal disposição tão somente é verdadeira se considerada a política em si, exercida sem nenhum limite ou definição prévia de conteúdo. Ao considerar a política como exercida sem nenhuma limitação ou definição de conteúdo previamente estabelecido, infinitos seriam os argumentos utilizados para a sua defesa, podendo inclusive ser a favor do direito vigente.

O objetivo das políticas públicas é a materialização da vontade constitucional, a partir da efetivação de ações que proporcionem o atendimento às necessidades da população e a promoção daqueles direitos decorrentes da vontade do constituinte⁷. Guilherme Amorim Campos da Silva⁸ (2004 *apud* FREIRE JUNIOR, 2005, p. 47) aponta que do ponto de vista etimológico a expressão “políticas públicas” representa uma redundância, uma vez que em se tratando de política, qualquer tema assume um caráter público, ao passo em que contribui para o entendimento de que se trata de elemento fundamental para o desenvolvimento social do país, ao destacar a relevância dessas ações estatais. Podemos então sintetizar o entendimento sobre políticas públicas como sendo uma série de medidas oriundas do Estado que, em regra, originam-se em uma conjugação de ações entre as funções legislativa e executiva do Estado.

Dentre suas tantas atribuições, ao Poder Legislativo ainda compete constitucionalmente a tarefa de fornecer o amparo legislativo para as políticas públicas, delimitando-as em caráter geral e abstrato, criando assim uma base para a atuação do Poder Executivo. Pelo que lhe é atribuído deliberar, vale destacar: as diretrizes e objetivos da Administração Pública (art. 165 §1º da CRFB/88), as metas e prioridades (art. 165 §2º da CRFB/88), e os planos e programas nacionais (art. 165 § 4º da CRFB/88). Por sua vez, ao Poder Executivo é atribuída a competência para o implemento das políticas públicas, agindo de maneira discricionária para a concretização das mesmas, sempre dentro daquilo que foi previamente delimitado na esfera legislativa. A partir dos instrumentos que lhe permitem a emissão de mandamentos infranormativos, o Executivo analisaria a realidade social contemporânea, identificando quais são as reais necessidades sociais e agindo sobre elas, do modo mais eficaz quanto possível.

⁷ Eros Grau (2000, p. 21) destaca que “a expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre o Estado e sociedade [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.

⁸ A utilização da expressão política pública é redundante, verdadeiro pleonasma, mas em cuja utilização centramos nossos esforços, tendo em vista que desejamos agregar ao fim social, que busca alcançar, qualquer atividade identificada na Constituição federal, como meta a ser alcançada pelos grupos de competências outorgadas, a qualificação de pública. (SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004).



Como já exposto, as políticas públicas advêm da atividade política do Estado, que ostenta características distintas de sua atividade jurisdicional, sendo que as execuções das mesmas estão intimamente ligadas com a concretização dos direitos e garantias fundamentais expostos em nossa constituição, em especial os da ordem social. Ressalte-se, porém que a discricionariedade do administrador público esbarra na sua obrigação constitucionalmente prevista de criar uma atmosfera favorável a efetivação dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas voltadas aos interesses do povo⁹.

Nesta esteira, pelo que fora elencado podemos concluir que as políticas públicas se apresentam como um instrumento pelo qual o Estado deve materializar as normas constitucionais, gerais e abstratas, seja diretamente por seus órgãos, seja indiretamente, por meio da sociedade civil organizada, com o fim de atingir o bem comum e conferir ao povo o gozo dos direitos fundamentais.

4 A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal de 1988 determina ao Estado a incumbência de ser responsável pela efetivação dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas que concretizem todo o complexo de metas estabelecidas em seu texto, através da atuação daqueles órgãos instituídos para este fim. Porém, resta evidente a ineficiência do Poder Executivo quando o assunto é proteger e prover tais direitos, ao se verificar incontáveis as demandas que chegam diariamente ao Poder Judiciário, que desponta como último recurso na busca pela satisfação dos deveres constitucionalmente cedidos.

Essa procura pelo Poder Judiciário para que se posicione frente a baixa eficiência dos outros poderes instituídos, tem o levado a se posicionar acerca da criação e execução das políticas públicas. Ao analisar a legitimidade da atuação do poder judiciário no controle das políticas públicas criadas ou executadas pelo Legislativo ou Executivo, respectivamente, é preciso desvelar qual a função do Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito¹⁰, ao passo que em certas ações, é chamado para dirimir questões acerca da à adoção desta ou daquela política pública, quando da omissão ou do inadequado cumprimento das normas constitucionais por parte dos poderes executivo e legislativo.



A função judicial passa por uma profunda crise de identidade, já que, na concepção tradicional de separação dos poderes, o Poder Judiciário somente tinha plenitude nas relações privadas. Isto se dava porque o espaço público deveria ser ocupado apenas pelos eleitos pela população com liberdade absoluta, e agora o Judiciário precisa rever essa postura e passar a intervir mais ativamente no espaço público. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 40).

Verifica-se então a necessidade de um do Poder Judiciário mais atuante¹¹, consoante ao crescente número de demandas em face do Estado, pelo não atendimento das necessidades básicas, tanto individuais quanto sociais, previstas no texto de nossa Carta Magna. Mas essa atuação mais invasiva tem se revelado polêmica, pois se constata certa preocupação com relação a essa postura do Poder Judiciário que o tem colocado um mesmo patamar que o legislativo e o executivo, quanto a fiscalização e ao controle tanto da elaboração quanto da execução das políticas públicas, sendo esta medida preponderante para a garantia da efetivação dos direitos fundamentais.

Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: (a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou (b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador. (STRECK apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 37).

Segundo Freire Júnior (2002, p. 41), a clara preocupação comum no sentido de haver um novo perfil da atuação do poder judiciário, permitindo a este sanar as lacunas oriundas da não intervenção dos outros Poderes em relação às políticas públicas que visam a efetivação dos direitos fundamentais. Sobre a legitimidade do Juiz para efetuar o controle das políticas públicas, o referido autor dispõe que esta é uma realidade cada vez mais aceita, dada à importância da materialização da constituição, uma vez que o juiz, assim como o legislador, é igualmente responsável pela observação do cumprimento dos ditames constitucionais.

⁹ No entendimento de Valmir Pontes Filho (2003 apud FREIRE JUNIOR, 2005, p. 49), quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos ao mesmo controle jurisdicional da constitucionalidade a que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em tornar concretos, reais, os fins e objetivos inseridos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos. (PONTES FILHO, Valmir. **O Controle das Políticas Públicas**: cadernos de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003).

¹⁰ Lênio Streck (1988 apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 40) afirma ser imprescindível uma ação mais ativa do Poder Judiciário no que tange a elaboração e execução das políticas públicas, a partir da nova ordem jurídica, inaugurada pela Carta da República de 1988, as inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser suprimidas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais/constitucionais podem ser expungidos do Texto Magno. (STRECK, Lênio Luiz. **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**. In: 1988-1998, uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1988).

¹¹ Andréas Krell (2000 apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 40) dispõe que é cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da separação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativos e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000).



O legislador não é o único responsável por viabilizar a constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas interprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita a nova leitura da separação dos poderes, adequada ao nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação dos poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe, ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias. (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 44).

A jurisdição constitucional é uma instância de poder contra majoritário, pois entende que o poder judiciário assume um caráter representativo ainda maior do que aquele apresentado pelo Legislativo e Executivo, uma vez que representariam uma maioria que eventualmente se formaria dentro da sociedade, enquanto que o Judiciário defende a constituição do ataque dessa maioria eventual, que representaria a maioria dos que formam a própria sociedade.

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contra majoritário, no sentido de que sua função é mesmo de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta é a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional. (BINENBOJM, 2004, p. 246).

Dentre os argumentos contrários a sua possibilidade e legitimidade, temos o fato de que as questões envolvidas na criação e execução de políticas públicas, de cunho proeminentemente político, deveria ser deliberado dentro de instâncias classicamente consideradas democráticas, tendo essas como o parlamento e/ou o executivo, uma vez que seus integrantes são representantes diretos do povo, por serem escolhidos por meio do voto, aptos, portanto, a decidir conforme a vontade popular (BARROSO, 2013, p. 10).

Utilizando-se da lógica inversa, os integrantes do poder judiciário, que alcançam seus cargos, em regra, por meio de provas técnicas não teriam competência para dirimir tais questões, por carecerem dessa mesma representatividade. Insta ressaltar, que em decorrência dos abusos cometidos no período da ditadura militar no Estado brasileiro, optou-se por constituir instituições que não podem ser suprimidas, sem a quebra da atual ordem jurídica, mesmo pela vontade da maioria dos cidadãos, estabelecendo cláusulas pétreas em seu texto, dentre as quais as previstas em seu artigo 60, §4º.

Dentre as cláusulas pétreas observa-se, dentre outros bens jurídicos, a proteção tanto à própria democracia, ao impedir a extinção de mecanismos democráticos majoritários de



representação popular, como o voto direto, secreto, universal e periódico, e direitos materiais essenciais para sua execução, incluídos dentre os direitos e garantias individuais.

Portanto, não se sustenta o argumento de que as instituições dentro de nossa atual ordem jurídica devem apresentar necessariamente um caráter democrático, uma vez que estabeleceu-se valores que estão acima da deliberação majoritária. Deve-se ainda considerar, que o exercício do controle judicial de políticas públicas, como fenômeno específico do Estado brasileiro, se dá no contexto do que Luís Roberto Barroso (2013, p.3) veio a denominar de judicialização.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2013, p.3).

Ao passo que o Poder Judiciário tem assumido uma postura mais ativa e intervencionista frente a defesa de direitos, deve se atentar para que essa atitude não se transforme em um retrocesso. Ao se considerar um direito em específico como absoluto perante aos demais, ou quando se verifica a mitigação de determinado direito em detrimento a outro, o que determinará a posição deles nessa relação é a resultante da aplicação de um método de ponderação (DWORKIN, 2002, p. 145-146). A ponderação, enquanto método para decidir uma questão difícil, vem servindo de argumento para justificar determinadas decisões proferidas nos tribunais brasileiros, com base em um juízo de discricionariedade que tem como características elementares questões que atendem a oportunidade e a conveniência, que leva em conta o interesse e a subjetividade daquele que tem o poder de decidir.

Atualmente, grande parte das decisões proferidas têm levado em consideração os interesses e os valores morais dos que decidem, caracterizando uma espécie de ativismo judicial, que não se confunde com o “fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente” (STRECK, 2013, p. 23).

A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela ideia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa ideia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas



próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica porque a fidelidade à Constituição e ao direito *exige* que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases destes juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundados em princípios, que permitam ao público participar da discussão. (DWORKIN, 2006, *apud* STRECK, 2013, p. 26).

Em conformidade com a função jurisdicional contemporânea, que ultrapassa a simples análise técnica dos casos concretos apresentados confrontando-os com a letra fria da lei, o poder judiciário tem sido levado a decidir sobre questões amplas, as quais usualmente estavam ligadas tão somente ao jogo democrático, de competência quase exclusiva dos poderes executivo e legislativo, inseridas dentro dessas questões amplas a análise das políticas públicas. Assim, em defesa dos direitos fundamentais, presentes também na necessidade de se empreender as políticas públicas, seria legítima a intervenção e controle das ações estatais, mesmo que ela se desse por meio de órgão que carecesse de representatividade direta, e, somente nesse sentido, de legitimidade democrática.

5 O ENTENDIMENTO MAIS RECENTE DO STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, decidiu em sede do julgamento de Recurso Extraordinário - RE 592581/RS, na sessão do dia 13 de agosto de 2015, pela possibilidade de o Poder Judiciário impor as ações devidas ao Poder Executivo a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais. Tal recurso fora proposto no intuito de impugnar acórdão que reformou a sentença favorável à parte autoral, pois o juízo de segunda instância entendeu que não cabe ao Judiciário determinar a Administração Pública a realização de obras públicas, por caracterizar em invasão da esfera de competência discricionária a este exclusivamente reservado.

Ocorre que por meio de Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MP/RS, em face do Estado do Rio Grande do Sul, buscou-se submeter este à realização de uma reforma nas estruturas da edificação que sedia a unidade prisional Albergue Estadual de Uruguaiana, localizado nessa unidade da federação. As alegações autorais se fundam na ofensa que as condições do estabelecimento penal disferem ao artigo 1º, III, ao dispor que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do estado



brasileiro, e ao artigo 5º, XLIX, ao assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral, ambos os artigos da Carta Magna.

Embora reconhecido em primeira instância o dever de a Administração Pública promover a referida obra, tal decisão fora reformada quando posta em apreço pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS. A motivação para a reforma da sentença proferida em primeira instancia, baseou-se no argumento de que não se estende a competência do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que realize obras no referido estabelecimento penal. Conforme trecho do acórdão proferido pela segunda instancia do judiciário gaúcho, citado no teor do voto do Relator do processo no STF, aquela corte entende que “falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos” (BRASIL, 2015, p. 4). Também se verifica do voto do relator do RE 592581/RS, que o próprio TJ/RS reconhece em seu acórdão a existência de violação aos direitos fundamentais dos apenados, “sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral” (BRASIL, 2015, p. 3).

Por conseguinte, insatisfeito com o resultado da apreciação do mérito por parte do TJ/RS, o autor da ação civil pública buscou impugnar o indeferimento de seu pleito por esta corte. A luz do argumento em defesa aos direitos fundamentais previstos do texto constitucional, o MP/RS asseverou que tais direitos possuem como natureza elementar a exigência de aplicabilidade imediata, logo deveriam ser imediatamente providenciadas as políticas públicas que visem a sua garantia (BRASIL, 2015, p. 4). Defendeu inclusive, que a proteção e a promoção dos direitos que tangem a dignidade da pessoa humana formam núcleo em torno do qual circunda todo o ordenamento constitucional, e dentre as obrigações inequívocas do Estado está a de conferir eficácia e efetividade ao artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, para dar condições minimamente dignas a quem se encontra privado de liberdade (BRASIL, 2015, P. 4).

Contrariamente ao sustentado pelo TJ/RS, o relator da ação no STF em seu voto declara que não é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública. “No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção” (BRASIL, 2015, p. 42). Há, portanto, no entendimento exposto pelo Plenário do



STF a possibilidade de o Poder Judiciário intervir para a promoção de políticas públicas, quando a omissão dos órgãos competentes comprovadamente oferecerem violação ou ineficácia aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Conforme consta do voto do relator do caso e Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, há possibilidade de o Poder Judiciário determinar ações a serem tomadas pela Administração Pública que tenha por finalidade a garantia da efetividade do postulado da dignidade da pessoa humana, uma vez que tanto o princípio da separação dos poderes quanto o argumento acerca da reserva do possível, não são robustos o suficiente para refutar tal posicionamento (BRASIL, 2015, p. 72). Nas palavras do próprio Relator:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (BRASIL, 2015, p. 72).

Este episódio representa um notório exemplo da convocação do Poder Judiciário a se posicionar diante da tradicional ineficiência da Administração pública brasileira, que revela, nesse caso em específico, a calamitosa situação de determinado estabelecimento prisional do Estado do Rio Grande do Sul. Provavelmente esta situação não difere das demais unidades espalhadas pelo Brasil, que atualmente abriga mais de meio milhão de detentos em condições que violam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e impedem uma das funções das instituições penais que é fomentar a ressocialização do apenado. A intervenção do Judiciário, nesses casos, frisou o relator, também tem a função de impedir esse excesso de execução (BRASIL, 2015, p. 36).

A sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o estado os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização. (BRASIL, 2015, p. 36).

Quanto à questão da separação dos poderes, o Relator disse que essa atuação positiva do judiciário não caracteriza desrespeito a tal princípio, e apontou para o princípio da inafastabilidade da jurisdição como um dos instrumentos que visam a garantia da efetivação dos direitos fundamentais (BRASIL, 2015, p. 72). O dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, XXXV, que preleciona que a lei não subtrairá à apreciação do Poder Judiciário



qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito é um dos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2015, p. 37).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário visa garantir ao cidadão o atendimento aos direitos fundamentais que lhe são assegurados pelo texto constitucional, nos casos em que os Poderes Legislativo e Executivo, por omissão ou por uma ação equivocada, contrariam a determinação de dar a máxima efetividade às normas constitucionais que tratem de tais direitos.

O Estado Democrático de Direito é fruto das conquistas obtidas nos movimentos históricos anteriores, caracterizado ainda pela hermenêutica neoconstitucionalista da Constituição e pelos ambiciosos anseios de justiça e paz social que a concede força normativa, de modo que as ações do Estado preservem consigo uma estrita relação de identidade. Entendido como um dos elementos fundamentais para sua existência, o Princípio da Separação dos Poderes se mostra historicamente o método mais eficaz para a limitação da concentração do poder estatal, ao pulverizar o exercício das funções do Estado entre seus órgãos. Este princípio fora difundido a partir de um prisma liberal e não encontra hodiernamente o mesmo modo de interpretação frente ao Estado Democrático de Direito, em decorrência da elevada preocupação com a transformação social deste modelo estatal.

Ademais, o princípio da separação dos poderes se apresenta em um mesmo patamar aos demais princípios constitucionais, não se sobrepondo as ações que visam à consecução dos fins sociais do estado, tal como o controle realizado pelo Poder Judiciário nas questões que tocam as políticas públicas ineficazes ou ineficientes. Desta feita, possui um caráter instrumental, constituindo uma ferramenta a obstar possíveis arbítrios do Estado, atuando de maneira independente - no sentido de autonomia em suas decisões e previsão orçamentária própria, por exemplo - os poderes constitucionalmente estabelecidos devem guardar uma relação de harmonia, de modo que uma vez que um deles se afastasse daquele exercício de sua função que encontrasse reflexo nos fins estatais, haveria uma desarmonia entre os poderes, sendo legítima a intervenção do poder judiciário para que tal harmonia fosse reestabelecida.



Quanto à políticas públicas dentro do Estado Democrático de Direito, elas são o instrumento materializador das ações sociais necessárias à garantia dos direitos fundamentais da sociedade, conforme previstas no texto constitucional, identificadas a partir de uma série de medidas e procedimentos complexos definidos pelo Estado. Em um Estado regido pelo direito, as políticas públicas se encontram em uma relação de verificação com este, que o limita e direciona. Neste sentido, não é argumento hábil para tornar a atividade política alheia ao direito, qualquer que seja a sua modalidade, pois o Estado Democrático de Direito não permite que as políticas públicas se restrinjam ao campo político. Não obstante ser dos representantes eleitos à competência para programa-las, elas não se inserem como atividades discricionárias, tão pouco se subordinam a simples vontades destes, devendo atender aos ideais expostos no texto constitucional.

O papel que o Poder Judiciário vem assumindo no Brasil contemporâneo, como militante ativo na defesa dos interesses da coletividade é plenamente compatível ao contexto do Estado Democrático de Direito instituído no Brasil, que apesar da vigência do Princípio da Separação dos Poderes, há legitimidade no modo como tem atuado no campo das políticas públicas.

No que tange ao direito e a democracia presentes no estado democrático de direito, não há necessariamente uma sobreposição da democracia sobre o direito, mas em verdade eles se completam. Logo, mesmo que apresentasse um caráter antidemocrático, não estaria esvaziada a legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas, uma vez que ele se apoiaria na limitação necessária da democracia pelo direito, prevista em nossa própria constituição.

Considerando a democracia como a prevalência do princípio majoritário, o caráter democrático na intervenção e controle das políticas públicas, uma vez que o mesmo parte em defesa daquelas normas constitucionalmente estabelecidas, por meio de um processo democrático, por representar uma vontade pertencente ao povo como um todo, maior do que aquela estabelecida por uma maioria eventual devia prevalecer sobre a mesma, em uma observância última do critério da maioria. Neste contexto, as cláusulas pétreas são um exemplo de que até mesmo a vontade da maioria dos cidadãos tem limites, sem que isso configure na quebra da atual ordem jurídica, coibindo a ação da maioria contra o texto constitucional.

Por derradeiro, vale acrescentar que o intervencionismo do poder Judiciário no controle das políticas públicas, na medida em que visa amoldá-las ao disposto no texto



constitucional, estaria em última análise corrigindo um desvio do processo democrático, constituindo-se em uma ação em proteção a democracia.

Verificou-se assim que tal intervenção encontra respaldo legítimo frente aos princípios estabelecidos no Estado Democrático de Direito Brasileiro, constituindo ainda importante ferramenta para que se caminhe em direção aos ideais dispostos em nossa constituição, contribuindo para a diminuição das mazelas sociais e consecução dos fins de nosso país. Neste sentido, foi exposta recente decisão do STF, em que a corte se manifestou a unanimidade pela possibilidade de o Poder Judiciário se manifestar de maneira invasiva para impor a realização de políticas públicas com o viés de proteger os direitos fundamentais individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf> Acesso em: 19 ago. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 592581, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Priso.es.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Coleção direito e justiça.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em:

<http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf> Acesso em: 19 ago. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos** (checks and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC**. Florianópolis, v. 1, n.1, p. 11 – 28, 2013.