

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA
UNIVEM

LÚCIA HELENA BRANDT

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS LIMITES
INSTITUCIONAIS-ESTRUTURAIS DO PODER JUDICIÁRIO**

MARÍLIA
2007

LÚCIA HELENA BRANDT

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS LIMITES
INSTITUCIONAIS-ESTRUTURAIS DO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, para obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de Concentração Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA
2007

BRANDT, Lúcia Helena

O Controle Judicial das Políticas Públicas: Os limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário / Lúcia Helena Brandt; orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado. Marília, SP [s.n.], 2007.

160 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. Controle Judicial; 2. Políticas Públicas; 3. Limites institucionais-estruturais.

CDD: 341.2517

LÚCIA HELENA BRANDT

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS LIMITES
INSTITUCIONAIS-ESTRUTURAIS DO PODER JUDICIÁRIO**

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da UNIVEM,/ F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

RESULTADO: 10,0 (Dez)

ORIENTADOR: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR: Profa. Dra. Norma Sueli Padilha

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto

Marília, 25 de maio de 2007

Para meu pai *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem sua força não teria conseguido realizar o presente trabalho.

Sou grata ao Professor Dr. Oscar Vilhena Vieira, meu primeiro orientador, pela sua contribuição para o direcionamento do presente estudo.

Meu imenso agradecimento também vai para o Professor Dr. Edinilson Donisete Machado que, de pronto, passou a me orientar quando o Professor Dr. Oscar deixou a instituição para assumir outra nobre missão. Ao Professor Edinilson sou agradecida pela amizade e dedicação em todos os momentos difíceis que passei durante esta caminhada. Agradeço ainda pelos ensinamentos jurídicos, pelas experiências a mim passadas e pela segurança que me transmitiu ao fazer considerações em relação a todas as partes da minha pesquisa.

Sou muito grata a Antônio Márcio Teixeira Agostinho, meu querido namorado, amigo e o melhor companheiro de AGU. Agradeço por ter lido, previamente, cada uma das linhas da presente monografia. Agradeço também por ter permanecido ao meu lado, e por não ter me deixado desanimar.

Agradeço, também, ao professor e coordenador Dr. Jayme Wanderley Gasparoto que, detidamente, analisou as primeiras idéias que deram início ao presente estudo.

O presente trabalho não teria se tornado uma realidade se não fosse o incentivo e a ajuda da mestrandia Samara Tavares Agapto das Neves. A você, obrigada pela paciência.

Também não poderia deixar de lembrar dos ensinamentos e do incentivo da Professora Dra. Norma Sueli Padilha.

Não posso esquecer dos apoios que recebi de alguns colegas de trabalho, em especial do meu amigo Antônio Donizete Parreira Lovo.

Sou também grata a minha família, pela compreensão dos momentos de ausência nestes últimos dois anos.

Finalmente, agradeço a funcionária do mestrado, Sra. Maria Lúcia Porcel Pinto, que sempre dispensou a minha pessoa muita atenção e carinho.

É preciso obedecer a Deus, antes que aos homens.
(At 5, 29)

BRANDT, Lúcia Helena. **O Controle Judicial das Políticas Públicas: Os Limites Institucionais-Estruturais do Poder Judiciário**. 160 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, 2007.

RESUMO

Após o reconhecimento de um amplo rol de direitos sociais, pela Constituição de 1988, o Judiciário, no exercício do controle judicial das políticas públicas, tem interferido na definição e na execução das diversas políticas públicas, seja por meio de suas decisões proferidas em ações individuais, ou por intermédio de suas decisões proferidas nas ações coletivas. A própria estrutura normativa dos direitos sociais proporciona um alargamento da função jurisdicional, que contribui para verificação daquela interferência. Embora essas decisões judiciais, a princípio, possam parecer determinantes para proporcionar uma condição de vida digna a determinadas pessoas, na maioria das vezes o Poder Judiciário acaba criando situações privilegiadas em relação à distribuição dos direitos sociais, que devem pautar-se pelo critério da universalidade e pelo gozo simultâneo. Isso se verifica porque o Poder Judiciário dificilmente tem condições de realizar uma análise completa e global da realidade que as políticas públicas se propõem a transformar, assim como tem grandes dificuldades de realizar cálculos a respeito dos efeitos de suas decisões, ou seja, de proceder a análises de natureza consequencialista, que, por sua vez, são exigidas pela natureza das políticas públicas. A impossibilidade do Poder Judiciário proceder a uma análise completa e global da realidade deve-se aos seus limites os limites institucionais-estruturais. Esses limites estão relacionados com a estrutura bilateral do processo contraditório, com o aparelho judicial insuficiente e com a inércia judicial, que permite que ele atue apenas em relação a interesses episódicos. A utilização de métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, pela maioria dos juízes, no exercício de sua atividade interpretativa também constitui uma dificuldade a ser enfrentada no aprimoramento do controle judicial das políticas públicas. Em razão da existência desses limites, a arena judicial não é a mais adequada para promover discussões sobre políticas públicas. No entanto, uma mudança de postura dos profissionais do direito diante dos conflitos coletivos pode contribuir muito para o aprimoramento do controle judicial das políticas públicas. O referido aprimoramento também exige um debate judicial amplo e democrático acerca dos conflitos coletivos. Esse debate democrático deve ter início na fase extrajudicial, onde pode ser realizada uma investigação séria e completa, capaz de proporcionar a conscientização das partes envolvidas no conflito social de que a melhor solução é a negociada. O Ministério Público, utilizando-se de seus amplos poderes investigativos, é o órgão que, de maneira mais eficaz, pode, atualmente, contribuir para a solução do conflito.

Palavras-chave: Controle Judicial; Políticas Públicas; Limites institucionais-estruturais.

BRANDT, Lúcia Helena. **O Controle Judicial das Políticas Públicas: Os Limites Institucionais-Estruturais do Poder Judiciário**. 160 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, 2007.

ABSTRACT

After recognizing a wide roll of social rights and according to the Constitution of 1988, the Judiciary in the practice of the judicial control of the public politics has intervened in the definition and in the execution of many public politics, be them proffered by its decisions in individual actions or in collective actions. The normative structure of the social rights has provided a widening of the jurisdictional function, which has contributed for the verification of that interference. Although those judicial decisions have initially seemed to be determinant to provide a worthy lifestyle for some people, in most cases, the Judiciary Power has created privileged situations related to the distribution of social rights, which have to be led by the universal criteria and by the simultaneous joy. This has been verified because the Judiciary Power difficultly has conditions to make a complete and global analysis of the reality, which the public politics pretend to transform, and also because it has great difficulties of calculating the effects of its decisions. In other words, it tries to make a consequent analysis, which is required because of the nature of the public politics. The limits faced by the Judiciary Power have disabled it to make a complete and global analysis of the reality; those limits are called the institutional-structural limits. Those limits are related with a bilateral structure of the contradictory process, with the insufficient judicial bureaucratization and with the judicial inertia, which have allowed the Judiciary to act only in relation to the episodic interests. The use of traditional methods of the juridical hermeneutic by most judges in the practice of its interpretative activity has also constituted a difficulty to be faced in the improvement of the judicial control of the public politics. Because of the existence of those limits, the judicial set has not been fitted to promote discussions about public politics. However, a change of position of the professionals of Law ahead of collective conflicts can contribute for the improvement of the judicial control of public politics. The referred improvement has also required a wide and democratic judicial debate of collective conflicts. This democratic debate has to be initiated in the extrajudicial phase, where can be made a serious and complete investigation, capable to provide an awareness of the parts involved in the social conflicts. Therefore, the better solution is also that which has been negotiated. By using its wide investigated powers, the Public Prosecution Service is an organ that can contribute for the resolution of the conflict.

Keyword: Judicial control; Public Politics; Institutional-structural limits.

BRANDT, Lúcia Helena. **O Controle Judicial das Políticas Públicas: Os Limites Institucionais-Estruturais do Poder Judiciário**. 160 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, 2007.

RESUMEN

Después del reconocimiento de un amplio rol de derechos sociales, por la Constitución de 1988, el Judiciario, en el ejercicio del controle judicial de las políticas públicas, ha interferido en la definición y en la ejecución de varias políticas públicas, sea a través de sus decisiones proferidas en las acciones individuales, sea a través de las colectivas. La propia estructura normativa de los derechos sociales proporciona un alargamiento de la función jurisdiccional, que contribuye para la verificación de aquella interferencia. Aunque esas decisiones judiciales, de inicio, parezcan determinantes para proporcionar una condición de vida digna para algunas personas, en la mayoría de las veces, el Poder Judiciario desarrolla situaciones privilegiadas en relación a la distribución de los derechos sociales, que se dirigen por el criterio de la universalidad y por el gozo simultáneo. Eso se verifica porque el Poder Judiciario dificilmente tiene condiciones de realizar un análisis completo y global de la realidad que las políticas públicas intentan transformar, así como tiene grandes dificultades en realizar cálculos acerca de los efectos de sus decisiones, o sea, de proceder el análisis de naturaleza consecuencial, que, por su vez, son exigidas por la naturaleza de las políticas públicas. La imposibilidad del Poder Judiciario proceder a un análisis completo y global de la realidad se debe a sus límites, los límites institucionales-estructurales. Esos límites son relacionados con la estructura bilateral del proceso contradictorio, con la burocratización judicial insuficiente y con la inercia judicial, que permiten que el Judiciario se posicione apenas en relación a los intereses episódicos. La utilización de métodos tradicionales de la hermenéutica jurídica, por la mayoría de los jueces, en el ejercicio de su actividad interpretativa también constituye una dificultad para ser enfrentada en la mejoría del controle judicial de las políticas públicas. En razón de la existencia de esos límites, la arena judicial no es más adecuada para promover discusiones acerca de políticas públicas. Sin embargo, una mudanza de posición de los profesionales del Derecho delante de los conflictos colectivos contribuyen mucho para la mejoría del controle judicial de las políticas públicas. La referida mejoría también exige un debate judicial amplio y democrático acerca de los conflictos colectivos. Ese debate democrático se inicia en la fase extrajudicial, donde se puede realizar una investigación seria y completa, capaz de proporcionar la consciencia de las partes envueltas en el conflicto social de que la mejor solución es la negociada. El Ministerio Público, utilizándose de sus amplios poderes investigativos, es el órgano que, de manera más eficaz, puede contribuir para la solución del conflicto.

Palabras-Clave: Controle judicial; Políticas Públicas; Límites institucionales-estructurales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	18
1.1 Os sentidos do termo judicialização: o sentido mais importante para nossa proposta.....	18
1.2 Das condições favoráveis ao surgimento da judicialização da política.....	21
1.3 A judicialização da política no Brasil: aspectos específicos.....	27
CAPÍTULO 2 POLÍTICA PÚBLICA.....	36
2.1 Políticas Públicas: instrumentos de concretização dos direitos sociais.....	36
2.2 A positivação das políticas sociais: a estrutura das normas reconhecedoras dos direitos sociais e as dificuldades de sua atividade interpretativa.....	43
2.3 A formulação e a execução da política pública: a importância das informações a respeito do problema que se pretende resolver.....	52
CAPÍTULO 3 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	60
3.1 O controle judicial da formulação das políticas públicas.....	60
3.2 O controle judicial da execução das políticas públicas.....	70
3.3 Controle judicial da omissão do poder público na concretização das políticas públicas.....	80
3.4 A estrutura do conflito acerca dos direitos sociais e a maneira como o Poder Judiciário o tem enfrentado.....	91
CAPÍTULO 4 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DAS AÇÕES COLETIVAS E AS LIMITAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO.....	106
4.1 O uso das ações coletivas.....	106
4.2 As limitações do uso das ações coletivas no exercício do controle judicial das políticas públicas.....	112
4.3 Análise de casos: duas ações civis públicas que demonstram os limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário.....	122
4.4 A possível abertura democrática do debate judicial sobre as políticas públicas.....	135
CONCLUSÃO.....	145
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	155

INTRODUÇÃO

Atualmente, tem-se verificado um aumento significativo no número de ações coletivas que discutem questões afetas à determinada política pública. O mesmo aumento também se tem verificado em relação às ações individuais que pretendem obter determinada prestação positiva relacionada a uma política pública específica, como, por exemplo, aquelas nas quais se pleiteia o fornecimento de determinado medicamento que não é fornecido pelo Poder Público ou o pagamento de mensalidades em escolas privadas, tendo em vista o atendimento irregular do ensino público.

Essas ações coletivas ou individuais acabam interferindo na condução das políticas públicas e exigindo que o Poder Executivo seja obrigado, muitas vezes, a remanejar recursos previstos para o atendimento de determinada demanda de situações particulares, objeto das decisões judiciais nelas proferidas.

Em artigo recente, publicado no Jornal Folha de São Paulo¹, o secretário de saúde do Estado de São Paulo, o médico sanitarista Luiz Roberto Barradas Barata, relata muito bem algumas hipóteses que configuram esse tipo de intervenção na condução das políticas públicas, no caso, a política de saúde.

O artigo esclarece que o Estado de São Paulo gasta R\$ 80 milhões mensais para atender aproximadamente 350 mil pessoas que recebem regularmente medicamentos de alto custo destinados ao tratamento de doenças como AIDS, esclerose múltipla, hepatite, doença renal crônica. O secretário esclarece que, antes desses medicamentos serem fornecidos na rede pública de saúde, eles são submetidos a avaliações de eficácia terapêutica.

Ocorre que o Estado de São Paulo gasta cerca de R\$ 300 milhões por ano para cumprir decisões judiciais que determinam a distribuição de medicamentos não-padronizados

¹ “Regulamentar é o melhor caminho”, publicado em 17 de março de 2007, página 2, ‘Tendências/Debates’.

e, portanto, não-fornecidos na rede pública de saúde². Segundo o secretário, esse valor de R\$ 300 milhões, que precisa ser remanejado, seria suficiente para construir seis hospitais de médio porte, por ano, com duzentos leitos cada um deles.

O secretário informa também que, além dos referidos medicamentos, o Estado é obrigado a entregar, em cumprimento a decisões judiciais, outros produtos como iogurtes, requeijão cremoso, queijo fresco, biscoitos, adoçante, leite desnatado, remédio para disfunção erétil, mel, xampu, e outros itens.

Como se vê, essas decisões judiciais são exemplos de como o Poder Judiciário tem interferido na definição e na execução das diversas políticas públicas, seja pelas decisões proferidas em ações individuais, seja pelas decisões proferidas nas ações coletivas.

Embora essas decisões judiciais, a princípio, possam parecer determinantes para proporcionar uma condição de vida digna a determinadas pessoas, na maioria das vezes o Poder Judiciário acaba criando situações privilegiadas em relação à distribuição dos direitos sociais, que devem pautar-se pelo critério da universalidade e pelo gozo simultâneo.

Como demonstraremos, isso se verifica porque o Poder Judiciário dificilmente tem condições de realizar uma análise completa e global da realidade que as políticas públicas se propõem a transformar, assim como tem grandes dificuldades de realizar cálculos a respeito dos efeitos de suas decisões, ou seja, de proceder a análises de natureza consequencialista.

A possibilidade das decisões judiciais agravarem ainda mais as distorções sociais já existentes é o principal aspecto do exercício inadequado do controle judicial das políticas públicas, objeto central da nossa proposta.

² Segundo esclarece o secretário, muitos desses medicamentos não-padronizados são produtos recém-lançados e possuem, em maior ou menor grau, eficácia similar a medicamentos já conhecidos, disponíveis no mercado e inclusos na lista de distribuição da rede pública de saúde. Esses medicamentos não-padronizados, no entanto, custam mais que os atualmente fornecidos pelo SUS.

A intervenção do Poder Judiciário na condução da política pelos Poderes eleitos, tenha ela efeitos positivos ou negativos, é um indicativo do surgimento da judicialização da política.

O fenômeno da judicialização da política, por sua vez, está relacionado ao surgimento da legislação social, ao aparecimento dos conflitos de classe, bem como ao surgimento dos instrumentos processuais destinados à obtenção de tutelas coletivas. No Brasil, o surgimento da judicialização da política também tem relação particular com a redemocratização do país e com a edição da Constituição de 1988.

Em razão disso, antes de iniciarmos o estudo propriamente dito do controle judicial das políticas públicas, analisaremos o fenômeno da judicialização da política, com o objetivo de demonstrar como se chegou a uma realidade na qual o Poder Judiciário, ao ser provocado para definir o conteúdo dos direitos sociais, acaba interferindo na condução das políticas públicas.

Sendo assim, no primeiro capítulo, estudaremos os aspectos gerais das condições favoráveis ao surgimento da judicialização da política, bem como os seus aspectos específicos relacionados ao seu surgimento no Brasil. Esse primeiro capítulo, como o segundo, foi desenvolvido a partir de pesquisa doutrinária.

No segundo capítulo, estudaremos as políticas públicas. Como o objetivo principal do nosso estudo é o controle judicial das políticas públicas, é preciso conhecê-las para compreender as dificuldades enfrentadas pelos profissionais da área jurídica envolvidos no referido controle judicial, bem como para compreender os limites que o Poder Judiciário enfrenta para julgar os conflitos a ela relacionados.

Veremos, nesse capítulo, como as políticas públicas transformaram-se em instrumentos de concretização dos direitos sociais e por que elas precisam ser definidas e

executadas em um ambiente que permita a participação de todos os interessados em seu sucesso.

Ainda no segundo capítulo, demonstraremos por que o controle judicial das políticas envolve desde o controle da constitucionalidade e da legalidade das normas jurídicas até o controle dos atos administrativos.

Estudaremos também, no referido capítulo, a estrutura normativa das políticas públicas, demonstrando como a forma aberta das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais e o fato de essas normas serem formadas por diferentes padrões normativos (princípios, *policy* e regras) têm influência direta na atividade interpretativa a ser desenvolvida pelos agentes públicos. Analisaremos também o problema relacionado à eficácia das normas programáticas.

O estudo das políticas públicas também demonstrará os motivos que justificam sustentar que as indagações de natureza consequencialista, assim como as avaliações de natureza moral, precisam ser previamente realizadas na oportunidade em que forem tomadas as decisões acerca das questões alusivas à determinada política pública.

Na parte final do segundo capítulo, estudaremos a importância da obtenção de informações para a adoção, pelo legislador, pelo administrador ou pelo juiz, de uma decisão segura, democrática e adequada sobre determinada política pública.

Encerrada a análise das políticas públicas, passaremos, então, no terceiro capítulo, ao estudo do controle judicial das políticas pública.

Neste capítulo, propomos estudar o referido controle, dividindo-o, para efeitos didáticos, em controle judicial da formulação das políticas públicas, controle judicial da execução das políticas públicas e controle judicial da omissão do Poder Público na concretização das políticas públicas.

O controle judicial da formulação das políticas públicas se ocupará do estudo das hipóteses em que o Poder Judiciário é provocado para analisar a compatibilidade ou não de determinada política pública com os mandamentos constitucionais. Já o controle judicial da execução das políticas públicas estudará as ações judiciais, nas quais o Poder Judiciário é provocado para fazer cumprir as políticas públicas já regulamentadas em lei ou para fazer cumprir uma determinada política pública pendente de regulamentação.

Em relação a esses dois tipos de controle, o nosso objetivo principal é o de levantar algumas discussões acerca dos principais aspectos das políticas públicas que, em nossa opinião, precisam ser objeto de análise judicial.

Quando tratarmos do controle judicial da formulação das políticas públicas, discutiremos a discricionariedade política a partir de ensinamentos doutrinários, apontando nossa posição sobre os limites e a maneira como ela pode ser reapreciada pelo Poder Judiciário.

Na oportunidade em que estudarmos o controle judicial da execução das políticas públicas, abordaremos a discricionariedade administrativa. Partindo de opiniões doutrinárias, ao final, sugeriremos alguns procedimentos que entendemos necessários à realização adequada, segura e democrática do controle judicial em questão.

No terceiro capítulo, também apresentaremos exemplos de ações judiciais referentes ao tema tratado no capítulo, ações essas que estarão acompanhadas de uma pequena análise das decisões judiciais nelas proferidas.

Ainda no terceiro capítulo, no penúltimo item, estudaremos o controle judicial da omissão do Poder Público na concretização das políticas públicas. Nesta parte, abordaremos os fatores que podem estar relacionados à omissão do Poder Público. Veremos que a omissão do Poder Público, na maioria das vezes, está relacionada à questão orçamentária.

Analisando os principais aspectos da omissão do Poder Público, procuraremos demonstrar os limites da atuação do Poder Judiciário nas diferentes hipóteses de omissão.

Ainda em relação à questão orçamentária, abordaremos a posição da jurisprudência em relação ao ônus probatório da alegação de insuficiência de recursos públicos para o atendimento dos pedidos formulados nas ações judiciais, apresentando, para tanto, algumas decisões judiciais a esse respeito. As decisões judiciais utilizadas nesta abordagem não foram obtidas por meio de levantamento estatístico, e, sim, escolhidas com o objetivo de suscitar a discussão proposta.

Por fim, no terceiro capítulo, por meio da análise dos resultados de duas pesquisas de campo, uma realizada por Camila Duran Ferreira *et al* e por José Reinaldo de Lima Lopes (2006), demonstraremos que os direitos sociais vêm sendo pleiteados como se fossem meras parcelas dos direitos sociais.

Nessa parte do trabalho, procuraremos mostrar por que essas ações individuais não respeitam a natureza coletiva dos direitos sociais e por que elas não são adequadas para provocar a atuação do Poder Público no sentido de implementar as políticas públicas.

Veremos, ainda, por que essas ações podem agravar ainda mais o problema da distribuição dos direitos sociais, se forem consideradas as circunstâncias reveladas pelos dados, já existentes, a respeito dos resultados da aplicação dos recursos públicos na área social.

Certos de que, tendo em vista a natureza dos direitos sociais, as ações coletivas, ao contrário das ações individuais, são mais apropriadas para realizar o controle judicial das políticas públicas, no último capítulo, analisaremos alguns dados a elas referentes, levantados pela pesquisa realizada por Luiz Werneck Viana e Marcelo Burgos (2003), dando especial atenção a aqueles que dizem respeito ao aumento do uso das ações coletivas.

Na segunda parte do último capítulo, discutiremos se o Poder Judiciário está capacitado para dar uma resposta adequada aos conflitos coletivos que lhes são apresentados, principalmente, por intermédio das ações coletivas.

Nessa oportunidade, abordaremos os limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário, que estão relacionados com a estrutura bilateral do processo contraditório, com o aparelho judicial insuficiente e com a inércia judicial, que permite que o Poder Judiciário atue apenas em relação a interesses episódicos.

Ainda no último capítulo, procuraremos demonstrar por que os referidos limites justificam dizer que a arena judicial não é a mais adequada para promover discussões sobre políticas públicas.

Com esse propósito, faremos, ainda, a análise de duas ações civis públicas que, no nosso entendimento, nos ajudam a vislumbrar os limites da atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos de índole coletiva.

Por fim, considerando os dados levantados pela nossa pesquisa, bem como as normas jurídicas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, indicaremos algumas medidas que, de acordo com o nosso ponto de vista, podem ser adotadas para a abertura democrática do debate judicial sobre as políticas públicas e, conseqüentemente, para que ele se realize de forma mais segura e adequada.

CAPÍTULO 1 – DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1.1 Os sentidos do termo judicialização da política: o sentido mais importante para nossa proposta

O termo judicialização da política tem sido utilizado por vários autores que se propõem a explicar a atual relação entre política e direito. Alguns autores, como é o caso de Tate e Vallinder (1995), fazem uso do termo para indicar a introdução ou a expansão do *staff* judicial ou para se referir à utilização, pelo Poder Executivo, de procedimentos judiciais por meio da criação de tribunais administrativos, e, também, para abordar o uso de procedimentos judiciais pelo Poder Legislativo, o que ocorre por intermédio das atividades desenvolvidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

No entanto, a abordagem da judicialização da política que julgamos de extrema importância para o desenvolvimento da presente proposta é a apresentada por Santos (2003, s.p). Segundo ele, “[...] há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo às condições da ação política”.

Isso se diz porque, como ficará demonstrado neste trabalho, o controle judicial das políticas públicas, cada vez mais presente no Brasil, passa a exercer grande influência sobre a ação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, especialmente no que diz respeito à definição e à execução suas políticas públicas.

Essa influência, característica da judicialização da política, seria, segundo o referido autor, de baixa ou de alta intensidade. Para ele, no primeiro caso, o Judiciário figura como órgão fiscalizador dos agentes públicos e seus atos; já no segundo, parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder por meio dos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos.

No Brasil, entendemos que o papel fiscalizador exercido pelo Poder Judiciário em relação aos agentes públicos, em especial aqueles vinculados aos Poderes Executivo e Legislativo, vem se consolidando após várias discussões doutrinárias sobre a possibilidade daquele Poder rever as decisões políticas e administrativas adotadas pelos membros eleitos desses Poderes, o que indica que, de acordo com os ensinamentos de Santos (2003), já estaríamos vivenciando a judicialização da política de baixa intensidade.

Do mesmo modo, entendemos que a crise da representação política, traduzida no fracasso dos poderes eleitos em sua tarefa de satisfazer as demandas coletivas por direitos positivos, atualmente revela-se, no Brasil, também uma judicialização da política de alta intensidade.

Outra abordagem da judicialização da política que ajuda a compreender o objeto ora estudado é a apresentada por Campilongo (2000). Esse autor distingue a função do sistema político da função do sistema jurídico, como sendo a do primeiro (o sistema político) a de tomar decisões coletivas, enquanto a função do segundo (o sistema jurídico) seria a de garantir direitos.

Nessa direção, o autor (2000, p.123) define a judicialização da política como sendo “[...] um processo de substituição e delegação do sistema político ao sistema jurídico (e, no seu interior, particularmente aos tribunais) de importantes competências decisórias”.

Sob esse enfoque, o fenômeno da judicialização da política estaria possibilitando ao Poder Judiciário, no exercício de sua função de garantir o gozo dos direitos, aditar também decisões coletivas.

O surgimento dessas decisões judiciais de natureza coletiva estão relacionadas ao surgimento da legislação social (que reconheceu os direitos sociais) e ao aparecimento dos conflitos de classe, bem como ao surgimento dos institutos processuais para a obtenção de tutela de interesses coletivos e difusos.

Como veremos com mais detalhes, a legislação com finalidade social apresenta técnica diversa da legislação tradicional. As leis que disciplinam os direitos sociais, como ensina Capelletti (1999, p. 41), indicam certas finalidades ou princípios. Essa nova técnica, segundo o autor, “[...] consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre ‘certo’ e ‘errado’, ou seja, entre o caso ‘justo’ e o ‘injusto’, *right and wrong*”.

Conclui o autor (1999, p. 42) que a intensificação da criatividade jurisprudencial está diretamente relacionada à forma como estão positivados os direitos reconhecidos pela lei, ou seja, “[...] quanto mais vaga a lei mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”.

Além da nova técnica legislativa, a existência de instrumentos jurídicos adequados para a proteção coletiva dos novos direitos de *status* positivo e a ampliação do rol dos legitimados para a sua utilização também tem relação com a expansão da judicialização da política.

Sob essa perspectiva, o termo judicialização da política também é utilizado por Viana (1999) para significar as transformações constitucionais pós-88, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertos por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais.

Outro aspecto da judicialização da política apontado por Maciel e Koerner (2002) é o aumento do número de processos nos tribunais.

Quanto ao aumento do número de ações judiciais, desde já, é importante ressaltar que, para o nosso trabalho, que se ocupará, nos capítulos III e IV, do estudo do controle

judicial das políticas públicas, tem maior relevância o aumento do número das ações que tenham como objeto questões afetas às políticas públicas.

Com efeito, embora o termo judicialização da política venha sendo utilizado para significar vários aspectos da relação entre a política e o direito, o estudo que faremos nas linhas seguintes a seu respeito terá o objetivo de estudar os fatos que contribuíram para a existência de uma realidade na qual as decisões judiciais vêm, cada vez mais, influenciando na execução das políticas públicas, definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Sob a perspectiva das abordagens aqui indicadas, propomos, no item seguinte, compreender como se chegou a uma realidade na qual o Poder Judiciário, ao analisar os interesses episódicos que lhe são apresentados com o procedimento judicial, define, no caso concreto, o conteúdo dos direitos sociais e, por meio dessas decisões, promove a realocação dos recursos estatais que, em tese, deveriam ser destinados a programas mais abrangentes para atender situações particulares apresentadas em juízo.

1.2 Das Condições Favoráveis ao Surgimento da Judicialização da Política.

O fenômeno da Judicialização da Política já foi observado nas democracias mais avançadas, entre elas, a Alemanha, os Estados Unidos, a Inglaterra e a Itália, como lembra Vianna (1999). O surgimento desse fenômeno naquelas democracias mais avançadas está diretamente relacionado com a mudança do papel do Direito e do Estado na sociedade.

Essa mudança de papel do Estado e do Direito, por sua vez, tem relação com a transformação socioeconômica pela qual passaram os países democráticos. Essa transformação socioeconômica, porém, ocorreu em um mesmo momento, nos diversos países.

Muito embora os fatores que favoreceram o surgimento da judicialização da política naquelas democracias mais avançadas sejam praticamente os mesmos que favoreceram o surgimento daquele fenômeno no Brasil, ele não se verificou em um mesmo momento histórico. No Brasil, como veremos, o surgimento da judicialização da política tem relação direta com a redemocratização do país e com a edição da Constituição Federal de 1988.

Nessa direção, propomos, então, nesta parte do trabalho, o estudo das condições favoráveis ao surgimento da judicialização da política para, no próximo item, abordamos os aspectos específicos da realidade brasileira.

Como dito, o fenômeno em estudo tem relação direta com a transformação socioeconômica pela qual passaram os países de democracia mais avançada.

Essa transformação teve início no processo de industrialização e no surgimento do capitalismo, assim como as lutas por reconhecimento e pela satisfação dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais.

Com o surgimento, no século XIX, dos graves problemas sociais e econômicos decorrentes do processo de industrialização, surgiram também movimentos reivindicatórios dos trabalhadores – em especial no continente europeu –, movimentos esses que exigiam a interferência do Estado na esfera econômica para garantir a prestação de serviços nas áreas da saúde, educação e habitação³. Em resposta a essas exigências de uma nova sociedade, fruto da industrialização e do capitalismo, surgiu um novo tipo de estado - o chamado *Welfare State* - marcado pelo reconhecimento dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais.

³ O despertar desses movimentos reivindicatórios deveu-se à superação das idéias relacionadas ao Estado Liberal, superação essa que trazia em seu bojo a constatação de que a consagração formal da liberdade e da igualdade não era suficiente para o efetivo exercício desses direitos, sendo imprescindível que o Estado garantisse condições materiais mínimas para a subsistência dos indivíduos.

Conseqüentemente, o reconhecimento desses direitos demandou automaticamente o desenvolvimento da atividade legislativa, uma vez que esses direitos precisavam ser regulamentados. Nos dizeres de Vianna (1999, p. 17):

[...] além de o governo se fazer de regulador em geral da economia, visando imprimir um prévio sentido às suas variáveis-chave, cabia-lhe, igualmente, a administração do social, desenvolvendo programas de emprego de mão-de-obra, políticas de assistência familiar, projetos habitacionais, programas de saúde, etc, matérias que, em sua quase-totalidade, dependiam da produção de leis de alcance específico.

Essa atividade legislativa, por sua vez, passou a exigir do novo Estado uma estrutura administrativa mais complexa para o fim de concretizar as garantias trazidas pelo exercício daquela atividade, pois o Poder Executivo não somente executa as normas legislativas, como também elabora as políticas e os programas necessários à realização dos mandamentos legais. Assim, passa-se a exigir também uma atividade administrativa complexa, capaz de oferecer serviços públicos que sejam capazes de atender a toda a demanda.

Lafer (1988, p. 130) nos explica, com muita clareza, que, enquanto os direitos de *status negativos* têm como função principal limitar a atuação do Poder Estatal, os direitos sociais *exigem a ampliação dos Poderes do Estado* e dependem de uma posição ativa dele, Estado, *requerendo do Direito uma função de promoção dos indivíduos na sociedade através da ampliação dos serviços públicos*.

Era de se prever que, após o reconhecimento desses novos direitos de *status positivos*, o Estado precisaria de uma nova e ampla estrutura administrativa, já que, como muito bem sintetizou Cappelletti (1993, p. 39), “[...] o *welfare state*, que na origem era essencialmente um ‘estado legislativo’, transformou-se (...) e continua permanentemente se transformando, em um ‘estado administrativo’, na verdade em estado burocrático”.

Essa transformação do papel do Direito e do Estado, iniciada com o surgimento da nova sociedade do bem-estar, teria sido, conforme os ensinamentos de Cappelletti (1993, p.

31), a razão da revolta contra o formalismo, que, por sua vez, no seu entender, foi a causa do início do *crescimento da criatividade da interpretação judiciária*.

Como bem nos ensina o autor (1993, p. 32-33), abandonou-se a ilusão de que “o juiz se encontra na posição de ‘declarar’ o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva”, e descobriu-se que “o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais”.

Essa constatação de ausência de neutralidade do juiz coloca em *xequê* todas as idéias até então relacionadas com a nossa tradição do positivismo jurídico, assim como obriga todos os agentes do direito a ter uma nova postura diante da rígida idéia da separação dos poderes.

Como se pode constatar, o fenômeno da judicialização da política tem estreita relação com o reconhecimento (nacional ou supranacional) dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. Por meio deste reconhecimento, esses novos direitos, na expressão de Bonavides (2001, p. 518), deixaram de ser simples “objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico”. Esses novos direitos também ganharam instrumentos judiciais que possibilitaram à sociedade provocar o Poder Judiciário para que ele atue com o objetivo de garanti-los.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, abandonando a sua postura de falsa neutralidade, passou a assumir, ao menos de forma gradativa, o papel de co-responsável pela missão de garantir a efetivação daqueles direitos, o que significa dizer que os novos direitos ensejaram uma nova postura do Judiciário.

O tipo e as características da legislação social também estão diretamente relacionados ao tema ora tratado. Em razão da natureza dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, a legislação se reporta a eles empregando termos vagos, abertos e

imprecisos que indicam finalidades, princípios e políticas a serem alcançadas, de forma gradativa, pelos poderes estatais.

Em razão de esses direitos de *status* positivos dependerem da disponibilidade de meios e, em muitos casos, da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica, as Constituições, ao disporem sobre eles, conferem ao legislador uma margem substancial de autonomia para a definição da forma e medida como esses direitos devem ser assegurados. Essa margem de autonomia constitui o chamado “livre espaço de conformação” (*ausgestaltungsspielraum*).

De acordo com a lição de Krell (2002), em um sistema político pluralista, a forma aberta das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais é importante para que elas possam receber diversas concretizações, consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado.

Embora a apreciação dos fatores econômicos e políticos envolvidos na adoção das políticas públicas caiba principalmente aos Poderes Legislativo e Executivo, quando há omissão total ou parcial desses poderes, a atividade jurisprudencial do Poder Judiciário poderá ser exercida com maior liberdade (mas não sem limites) e legitimidade, especialmente em razão da abertura e da imprecisão das normas garantidoras dos direitos de *status* positivos.

Como bem destaca Cappelletti (1993), é óbvio que nessas novas áreas abertas na atividade dos juízes haverá maior espaço à criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna o espaço para atuação judicial, propiciando um maior ativismo.

O reconhecimento dos direitos de *status* positivos também tem relação com outra condição favorável à judicialização da política, qual seja, o crescimento do uso do controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, seja por meio do controle de

constitucionalidade, em todas as suas formas, seja pelo controle de conformidade⁴. Essa condição favorável, por sua vez, tem relação direta com a adoção, pela grande maioria dos países ocidentais democráticos, dos Tribunais Constitucionais, que além de suas funções tradicionais, passaram a exercer o controle dos demais poderes, podendo garantir a efetividade dos preceitos legais de cunho social e coletivo⁵.

Finalmente, um outro aspecto envolvido na questão é o surgimento dos conflitos de classes. Com a Revolução Industrial, as sociedades passaram a ser caracterizadas por uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa. Nesse tipo de sociedade, as relações humanas assumem caráter coletivo.

Na sociedade complexa, normalmente as relações jurídicas envolvem grupos, categorias e classes de pessoas. Muitos podem ser os motivos que levam à coletivização dessas pessoas. Elas podem estar unidas em razão de sua raça, de sua opção sexual, de sua relação de emprego, pelo consumo de determinado produto, pelo fato de residirem em determinado local, de utilizarem um determinado serviço público como, por exemplo, uma linha de ônibus ou uma rodovia.

Esses grupos, categorias ou classes de pessoas, freqüentemente estão, na sociedade contemporânea, em situação desvantajosa e marginalizada, motivo pelo qual se fez necessária a busca de um instrumento que possibilitasse a sua representação processual. (LEAL, 1998)

Com o objetivo também de evitar a multiplicação dos litígios sobre o mesmo objeto (economia processual), bem como de obter tutelas judiciais eficazes para resolver esses novos conflitos de massa, como símbolos do novo e acentuado papel dos tribunais judiciais surgem

⁴ Oswaldo Luiz Palu (2004) diferencia o controle de constitucionalidade do controle de conformidade, esclarecendo que o primeiro se destina ao questionamento de lei formal, e o segundo, sendo um instrumento mais recente, destina-se a sindicat os atos de governo e os atos administrativos não-consubstanciados em lei formal.

⁵ Neste sentido, Carvalho (2004) também destaca o papel fundamental da Corte de direitos humanos de Strasbourg, por ter disseminado o evangelho da judicialização nos mais diversos países.

as *Class actions* e *public interest litigation* nos Estados Unidos, *actions collectives* e *Verbandsklagen* na França, Bélgica, Alemanha e outros países. (CAPPELLETTI, 1993)

Com efeito, não há dúvidas de que esses novos tipos de ações constituem um importante instrumento facilitador da defesa dos direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais. Considerando também que esses direitos são definidos pelo Poder Legislativo por meio de conceitos abertos, vagos e imprecisos, essas novas ações coletivas vão provocar o Poder Judiciário e exigir dele um ativismo marcado por um amplo exercício da atividade de interpretação.

Assim, podemos então concluir que o surgimento do ativismo do Poder Judiciário deve-se às características da legislação social, ou seja, à forma como os direitos sociais foram reconhecidos constitucionalmente, o que possibilitou àquele Poder exercer uma ampla atividade interpretativa em relação aos termos vagos, abertos e imprecisos que expressam os referidos direitos. Também tem relação direta com o ativismo judicial a criação de instrumentos processuais capazes de garantir a obtenção de tutelas de natureza coletiva, criação essa que veio acompanhada da organização da sociedade em torno dos conflitos de classes que contribuíram de forma decisiva para o crescimento do controle judicial dos atos praticados pelo Poder Executivo e Legislativo.

Essas condições favoráveis também se verificaram no Brasil; no entanto, elas estão relacionadas diretamente com um momento histórico particular, qual seja, a edição da Constituição de 1988, como veremos na seqüência.

1.3 A Judicialização da Política no Brasil: aspectos específicos

No Brasil, podemos falar em judicialização da política a partir do processo de redemocratização, já que ela só pode ser observada em cenários democráticos. É importante

lembrar que o regime militar (1964-1985) limitou o exercício da representação política, restringindo a criação e atuação de partidos políticos. Nesse contexto, a criação da ação civil pública, com a edição da Lei nº 7.347/85, a edição da Constituição de 1988 e a edição do Código de Defesa do Consumidor tiveram influência definitiva para o desenvolvimento da judicialização da política.

É sabido que embora houvesse, na década de 80, idéias limitadoras da atuação do Estado, idéias essas que tinham origem no liberalismo econômico, o legislador Constituinte não adotou o *Estado Mínimo*, mas sim o Estado Democrático de Direito, que garantiu o reconhecimento de um amplo sistema de direitos, incluindo os direitos sociais, econômicos, culturais e até ambientais.

Esses direitos, reconhecidos de forma ampla, têm como base o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), que foi estabelecido constitucionalmente como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Conseqüentemente, tal princípio deverá nortear a definição e a concretização de todos os direitos previstos na Constituição Federal, assim como toda a atividade estatal.

Para se ter idéia da expectativa de mudança social e econômica que todo cidadão brasileiro tinha em torno da concretização dos direitos constitucionais basta lembrar que, na qualidade de direitos sociais, foram garantidos saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência social aos desamparados (art. 6º da CF).

Além da forma aberta e indeterminada pela qual foram reconhecidos esses direitos de índole social, merece destaque a sua amplitude. Essa amplitude em relação ao seu objeto pode ser observada pela simples leitura de determinados artigos da Constituição Federal. O art. 205 da CF, por exemplo, prevê que: “a educação é direito de todos, dever do Estado e da família e

que visa o pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho”.

O direito à saúde, por sua vez, também é reconhecido amplamente por intermédio da redação dada ao artigo 197 da CF. Essa norma prevê que: “a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A mesma amplitude ocorre na positivação do direito à assistência social. O artigo 203 da CF prevê que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Esse direito tem por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, e, por fim, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de promover a sua própria manutenção ou de tê-la promovida por sua família.

Como princípios da ordem econômica, dentre outros, também foram garantidas: a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego (art. 170 da CF).

A característica difusa, ampla e indeterminada desses direitos também pode ser bem observada pela descrição dada pelo artigo 225 da Constituição Federal ao direito ao meio ambiente, no qual ficou reconhecido que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Na mesma direção, o art. 215 da CF determina que o Estado tem o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, bem como o de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Todas essas normas constitucionais aqui destacadas não deixam dúvidas da necessidade de uma intensa atividade legislativa para regulamentar os direitos por elas consagrados, bem como da necessidade de ampliação da atividade do Poder Executivo, em especial, de prestação de serviços públicos tendentes à implementação das políticas públicas.

Mesmo após a positivação desses direitos, o caminho para a sua efetiva concretização ainda é muito longo. Como já se destacou anteriormente, tendo em vista que esses direitos de *status* positivo têm alto custo financeiro e estão diretamente ligados às condições econômicas do país, a sua concretização tem se mostrado comprometida. Vários fatos têm contribuído para esse comprometimento.

José Eduardo Faria⁶ (2004) aponta a globalização dos mercados e a internacionalização do sistema financeiro como fatores que têm comprometido a efetividade das Constituições-dirigentes. Segundo ele, esses fatores têm relativizado *a capacidade dos governos de gerir livremente seus instrumentos de política monetária, fiscal, trabalhista e previdenciária* e comprometido o *exercício, pelo Governo, de suas funções alocativas, corretivas e distributivas*⁷.

Esse processo de globalização tem exigido a adoção de medidas neoliberais⁸ como a redução das despesas públicas, a privatização, a flexibilização das relações de trabalho e a

⁶ Esses ensinamentos de José Eduardo Faria são encontrados no prefácio da Obra Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, da autora Gisele Cittadino.

⁷ É importante lembrar que constituições dirigentes seriam aquelas que se utilizam de suas normas programáticas sobre direitos sociais, econômicos e culturais para definir fins e programa de ação futura que tenham como objetivo melhor as condições sociais e econômicas da população.

⁸ O neoliberalismo pode ser entendido como o suporte ideológico-político das mudanças efetivadas nas relações entre Estado e sociedade, em resposta à crise econômica que começou a surgir a partir dos anos setenta. Como doutrina, o neoliberalismo nasceu como reação teórica à ascensão do modelo de Estado de bem-estar logo após a Segunda Grande Guerra. Seu texto-mãe é creditado a Friedrich Hayek (1990), denominado o *Caminho da servidão*, no qual são questionadas de forma veemente quaisquer limitações impostas à economia de mercado,

disciplina fiscal que visa à eliminação do déficit público, que vem se efetivando por intermédio do aumento do superávit primário⁹. Para ter idéias de como essas medidas têm influenciado negativamente na concretização dos direitos de *status* positivo, destaque-se o aumento do percentual do superávit primário¹⁰.

Nesse contexto, o comprometimento da eficiência das políticas públicas, em especial as de caráter social, tem revelado uma realidade socioeconômica marcada pelo desrespeito aos direitos positivos, em suas concepções mais básicas, demonstrando, assim, a incapacidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo de garantir o cumprimento racional e progressivo dos preceitos constitucionais alusivos àqueles direitos.

Essa incapacidade dos Poderes eleitos revela também uma crise de representação política. Segundo DANTAS (2003), essa crise de representação é verificada quando os *representantes já não conseguem mais identificar e atender todas as demandas da sociedade*. Para o mencionado autor, dois são os fatores que têm desencadeado a crise de representação política. O primeiro seria a globalização, que, aliada à economia mundial, *enfraquece o poder dos Estados*. O segundo fator apontado pelo autor seria a melhor organização da sociedade *em torno de infinitas questões*. Para ele (2003, s.p.):

[...] essas organizações têm cobrado de maneira mais efetiva os governos e seus representantes e, por conseqüência, as exigências vêm se tornando mais complexas, e parece clara a necessidade de interatividade entre o governo e a sociedade, ou seja, entre representantes e representados.

por parte do Estado. No Brasil, o neoliberalismo pode ser observado com maior nitidez a partir do Governo Fernando Collor (2003).

⁹ Tem-se entendido que o superávit primário do setor público se verifica quando a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as empresas estatais conseguem economizar receitas, se considerar os gastos com os juros da dívida.

¹⁰ Conforme publicou a Folha de São Paulo (31.08.2005), em seu editorial *Espetáculo da Paralisia*, tudo indicava que o percentual do superávit primário seria maior que o de 4,25% assumido perante o Fundo Monetário Internacional. Segundo o Editorial, o aumento da arrecadação e da carga tributária e o atraso na execução dos programas orçamentários dão conta do aumento no referido percentual, já que, até o último dia 12 de agosto, somente 4,68% dos R\$ 22 bilhões autorizados no Orçamento deste ano haviam sido gastos.

Diante do não cumprimento das promessas de satisfação dos direitos de *status* positivos, o Poder Judiciário tornou-se, nos dizeres de Antonie Garapon (2001), o último refúgio de um ideal democrático desencantado, e os seus membros, juntamente com os membros do Ministério Público, tornaram-se os Guardiões da Promessa.

Também são oportunas as palavras de APPIO (2005, p. 154). Para esse autor, a “proposição de transferência ao Poder Judiciário das funções destinadas aos demais Poderes da República é sintomática de uma crise de confiança no atual sistema”.

Nesse recente desafio de dar uma resposta ao descumprimento dos direitos positivados pelo sistema democrático, os novos guardiões das promessas constitucionais contarão com a autonomia administrativa e financeira concedida ao Poder Judiciário, bem como com garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Favoravelmente a esse desafio temos, ainda, a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público. Essas autonomias se faziam necessárias ao efetivo exercício da tarefa de guardião dos direitos da sociedade.

Os membros do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, poderão contar também com a constitucionalização de uma série de institutos processuais, em especial os de índole coletiva, quais sejam: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade, como também a de inconstitucionalidade por omissão.

Como já se destacou anteriormente, a maior importância desses institutos processuais é a possibilidade de obtenção de tutelas coletivas em defesa dos direitos de *status* positivos¹¹.

É sabido que o acesso judicial, por meio desses novos institutos processuais, também pode ser favorecido em razão da ampliação do rol de legitimados para a sua utilização.

¹¹ Apesar da importância das tutelas coletivas para a satisfação dos direitos positivos, tendo em vista os seus efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, na prática, tem-se observado a utilização das ações civis públicas para a obtenção da proteção de direitos sociais em benefício de pessoa determinada, ou seja, individualizada, como veremos no Capítulo III.

São vários os legitimados¹² para a propositura da ação civil pública, no entanto, o maior número dessas ações continua a ser proposto pelo Ministério Público, a quem cabe promovê-las para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, inciso III, da CF). A ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações coletivas é de extrema importância para que as ações coletivas consigam transformar-se em efetivo instrumento democrático.

Como veremos no capítulo quarto, Vianna e Burgos (2003) realizaram uma pesquisa na qual ficou demonstrado que o Ministério Público ainda é o maior autor das ações civis públicas. Por outro lado, a pesquisa também revelou um significativo aumento da presença da sociedade civil no cenário das ações civis públicas.

De acordo com a mencionada pesquisa, apurou-se que, no pólo passivo das ações populares, verifica-se a presença dominante de parlamentares de esquerda, o que indica que as ações populares, a exemplo do que já ocorre com as ações diretas de inconstitucionalidade (Adins), também estão se convertendo em uma arena institucional de judicialização da política por parte das minorias parlamentares. Como ficará demonstrado com mais detalhes, as ações coletivas também vêm sendo utilizadas para a discussão de políticas públicas, versando, por exemplo, sobre a omissão dos Poderes Públicos.

No que se refere à ação direta de inconstitucionalidade, é necessário considerar que o aumento do número de legitimados, de um para dez, também muito tem contribuído para ampliar o acesso da sociedade civil às escolhas políticas adotadas pelo Poder Executivo¹³.

¹² Atualmente, são legitimados para a propositura de Ação Civil Pública: O Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano (artigo 81 e 117 da Lei nº 8.078/90). Ainda a respeito dos legitimados para a propositura das ações civis públicas, cumpre destacar o comentário de Rogério Bastos Arantes constante do artigo *Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*, no sentido do crescimento do número de associações civis de defesa de interesses difusos e coletivos, promovendo ações judiciais nas mais diversas direções.

¹³ Atualmente, de acordo com o disposto no artigo 103 da CF, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, Conselho Federal

Em análise realizada por Vianna (1999, p. 58) sobre a autoria das Adins distribuídas perante o Supremo Tribunal Federal, no período de 1988 a 1998, constatou-se que houve um declínio relativo das Adins de autoria dos governadores e dos procuradores, se contrastadas com o avanço continuado das ações interpostas pelos partidos políticos. Embora a maioria das Adins seja de autoria dos governadores e do Ministério Público (49,9%), também em relação a elas se observa um aumento da participação da sociedade civil no controle direto de inconstitucionalidade, já que 42,1% das Adins no mencionado período (1988 a 1998) foram propostas por associações nacionais patronais e de trabalhadores, bem como pelos partidos políticos. Fica demonstrado que a judicialização da política é, para as minorias, uma alternativa à democracia representativa.

Ainda a respeito dos institutos processuais assegurados constitucionalmente, merece igual destaque o mandado de segurança coletivo, que, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso LXX, da CF, pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano em defesa dos interesses de seus membros.

Como se infere dessas considerações a respeito dos instrumentos processuais de natureza coletiva, o desenvolvimento da judicialização da política no Brasil também está relacionado ao surgimento e à utilização dos instrumentos processuais destinados à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para Arantes (1999, p. 89), a possibilidade dos conflitos envolvendo aqueles interesses relacionados às políticas públicas, “antes restritos à esfera política, ganharem foro judicial e receberem solução mediante a aplicação técnica do direito” constitui uma novidade no caso Brasileiro. Segundo o autor, “este novo (des)encaminhamento de conflitos de interesse da política para a Justiça” pode ser denominado de judicialização da política.

da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação nacional no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O autor (1999, p. 90) lembra que, de acordo com a tradição liberal-democrática, “[...] as normas programáticas tinham de ser invocadas pela sociedade no terreno da luta política”, mas, hoje, de acordo com o previsto na Constituição, “[...] elas podem e têm sido levadas aos tribunais por obra principalmente do Ministério Público”.

Essa conclusão, por sua vez, está relacionada à forma como estão positivados os novos direitos. Como já demonstramos, esses novos direitos são reconhecidos por meio de conceitos abertos, amplos e indeterminados, o que muito tem contribuído para a ampliação da atividade interpretativa exercida pelo Poder Judiciário¹⁴. No Brasil, esse aspecto da judicialização da política também se revela de maneira eficaz.

Palu (2004) analisa essa questão com muita propriedade, destacando que o enorme alargamento na amplitude da função jurisdicional é consequência de um Estado Democrático de Direito fundado em valores e princípios constitucionais e não mais apenas na lei. A normatividade desses princípios e valores constitucionais vai exigir do Poder Judiciário uma nova postura diante da sua tarefa de interpretar e contribuir na concretização dos direitos positivos.

Como se observa, todos os aspectos apontados neste item demonstram que o fenômeno da judicialização da política chegou ao Brasil para ficar, ao menos enquanto a política, nas suas formas mais tradicionais, não superar a sua crise de representatividade e se mostrar capaz de corresponder às expectativas de uma realização, ainda que mínima, dos direitos conquistados democraticamente.

Sendo assim, propomos, nos próximos capítulos deste trabalho, estudar o controle judicial das políticas públicas, iniciando, porém, o estudo abordando as políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais.

¹⁴ Apesar de reconhecermos a ampliação do exercício, pelo Poder Judiciário, da atividade interpretativa, entendemos que os seus membros não estão preparados para decidir essas novas demandas nas quais se discutem direitos sociais. Neste sentido, conclui Andreas J. Krell (2000) que a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileira encontram-se numa fase de transição entre um tratamento tradicional lógico-formal das normas sobre Direitos Fundamentais e aplicação de métodos modernos de uma interpretação material-valorativa.

CAPÍTULO 2 - POLÍTICA PÚBLICA

2.1 Políticas Públicas: Instrumentos de concretização dos direitos sociais

Antes de abordarmos o controle judicial das políticas públicas, é preciso compreender o sentido, para o direito, da expressão política pública.

Desde já é necessário saber que a definição de políticas públicas não envolve apenas elementos afetos à norma jurídica, uma vez que elas são processos complexos. Também é importante lembrar, de início, que as políticas públicas passaram a ser instrumentos indispensáveis à concretização dos direitos sociais, reconhecidos de forma ampla e expressa pelo art. 6º da CF¹⁵, como já visto anteriormente.

Isso se diz porque, como já ficou esclarecido, os direitos sociais exigem do Estado uma postura diversa da dispensada aos direitos de *status* negativos. Essa postura inclui a necessidade de ampliação dos serviços públicos para dar efetividade às políticas públicas concretizadoras de tais direitos.

Não há dúvidas de que a ampliação dos serviços públicos e a sua regulamentação, a contratação e a capacitação técnica dos servidores públicos fazem parte do complexo mundo das políticas públicas¹⁶.

A importância das políticas públicas para a implementação dos direitos sociais é lembrada por Sarlet (2005), que destaca que a realização desses direitos depende da

¹⁵ Como nos ensina Vieira (1999), isso se deve ao fato de, apesar de a Constituição Federal de 88 ter sido elaborada em um momento de reflorescimento das idéias de limitação da atuação do Estado e mesmo de redução dos direitos constitucionais sociais, ela ter adotado o figurino do Estado de bem-estar social. Para o referido mestre, isso é absolutamente compreensível por se tratar de uma sociedade marcada por profundos padrões de desigualdade e que teve reprimidas suas demandas básicas por um logo regime de exceção. No mesmo sentido, Sarmiento (2002, p. 22): No Brasil, “[...] o processo constituinte não se desenvolveu sob o signo do consenso, traduzindo, ao revés, a síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados.”

¹⁶ Bucci (2002, p. 269) nos ensina que os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento serão determinados pela qualidade das informações sobre a realidade a transformar, da capacidade técnica, da vinculação profissional e da disciplina dos serviços públicos.

disponibilidade de meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera sócio econômica.

Partindo, então, da certeza de que a política pública é instrumento de concretização das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, bem como das demais normas jurídicas infraconstitucionais regulamentadoras desses direitos, é que tentaremos apresentar um conceito a seu respeito, que norteará, então, as outras linhas dessa nossa pesquisa.

Sabemos, porém, que conceituar política pública não é tarefa fácil¹⁷. Bucci (2002, p. 252), ao apresentar o conceito de política pública para o Direito, nos ensina que as políticas são instrumentos de ação dos *government by policies* que desenvolvem e aprimoram o *government by law*¹⁸.

Diferentemente do Estado Liberal, o Estado Social legitima-se pela realização de políticas (de programas de ação) e não só pela produção do direito. Comparato (1985, p. 407-408) ensina que: “[...] o Estado Social não se legitima simplesmente pela produção do direito, mas antes de tudo pela realização de políticas (*policies*), isto é, programas de ação”.

Nesse tipo de Estado, espera-se a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, em especial os direitos sociais, por meio da atuação do próprio Estado, que, para tanto, recorre às políticas públicas.

¹⁷ Neste sentido, encontramos a lição de Freire Junior (2005, p. 47). Ele destaca, ainda, que alguns autores, dentre eles Guilherme Amorim, reconhecem o caráter redundante da expressão políticas públicas, já que a política é essencialmente pública. O autor esclarece que Guilherme Amorim, no entanto, defende a utilização da expressão políticas públicas tendo em vista o objetivo de agregar a qualificação pública ao fim social, que busca alcançar qualquer atividade identificada na Constituição Federal, como meta a ser alcançada pelos grupos de competências outorgadas.

¹⁸ Fábio Konder Comparato (1989, p. 102), que o “*government by policies*, em substituição ao *government by law*, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não-redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida, Supõe o desenvolvimento da técnica previdencial, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento”.

Na mesma direção dos ensinamentos de Bucci (2002), encontramos os importantes dizeres de Eros Graus (1996, p. 21-25), que esclarece que “o *government by policies* faz uso do direito positivo como instrumento de implementação das políticas públicas”.¹⁹

A comprovação desses ensinamentos se verifica pela simples leitura de nossa Constituição, que definiu as bases jurídicas de cada uma das políticas públicas sociais estabelecendo as principais regras, objetivos, diretrizes e princípios a serem observados na sua regulamentação e na sua execução. Lopes (1998, p. 32) nos lembra que diversos são os gêneros de políticas públicas, quais sejam, o das políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos (tais como a saúde, educação, segurança e justiça, etc), das políticas sociais compensatórias (tais como a previdência e assistência social, seguro desemprego, etc), das políticas de fomento (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc), das reformas de base (reforma urbana, agrária, etc), das políticas de estabilização monetária.

Muito embora cada uma dessas diversas políticas públicas tenham objetivos específicos, elas, porém, têm, em comum, um mesmo objetivo final que revela a sua essência. Mas qual é esse objetivo final?

Na tentativa de apresentar uma resposta a essa indagação, é importante, inicialmente, trazer a lume os ensinamentos de Dworkin (2002, p. 36). Para esse autor, “política” é “[...]”

¹⁹ Eros Graus (1996, p. 23) ensina que a utilização do direito como instrumento de implementação de políticas públicas coloca em pauta outro fenômeno, o de profusa produção de normas jurídicas pela administração, que Carnelutti referiu como “infração normativa”. O direito, segundo Eros Grau, já não mais ordena exclusivamente situações estruturais: a regulação de situações conjunturais, que impõe normas dotadas de flexibilidade e sujeitas à contínua revisibilidade, nos coloca novamente diante do conceito de norma jurídica e dos traços que a caracterizam. Ainda a respeito do atual conteúdo das leis, merece destaque a lição de Fábio Konder Comparato (1997, p. 19): “[...] a grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais, e têm por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmegesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas sobretudo no âmbito empresarial (*Lenkungsgesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Steuerungsgesetze*). A tendência geral, de resto, em todos os países, vai no sentido do alargamento da competência normativa do Governo, não só da instância central, por meio de decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior das chamadas organizações administrativas autônomas, de que são modelos consagrados as *independent regulatory commissions* dos Estados Unidos”.

aquele tipo de padrão normativo que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.²⁰

A partir desses ensinamentos, podemos concluir, então, que as ações que compõem uma política pública são praticadas com o objetivo de alcançar uma satisfatória concretização daqueles direitos em favor de toda a comunidade, uma melhoria nas condições de vida de todos os seus membros, atingindo-os, indiretamente, de forma individualizada.

Percebe-se, pois, uma peculiaridade reveladora da essência da política, qual seja, a sua intenção de ser uma ação que tenha em mente o coletivo, a população em geral, a pretensão de ser uma ação que tenha como meta assegurar a concretização dos direitos de todos os cidadãos contemplados constitucionalmente, melhorando suas condições de vida.

Conclui-se que a política pública precisa ser uma ação que vise à igualdade de tratamento de todos os indivíduos (e não apenas de um grupo específico), à impessoalidade e à universalidade.

A dimensão da universalidade de uma política pública, no entanto, terá os seus limites delimitados pela Constituição Federal. Por exemplo, no caso da saúde e da educação, a política pública deve assegurar o atendimento de todos, independentemente de sua condição econômica; já a universalidade da política de assistência social requer o atendimento de todos os necessitados.

Portanto, a universalidade das políticas públicas impõe ao Estado garantir que as suas ações realizadas com o objetivo de concretizar os direitos positivos atinjam todos os contemplados constitucionalmente pelas respectivas políticas públicas.

Com efeito, a política pública obedece à lógica do bem comum que, nos dizeres de Carvalho e Santos (2002, p. 22), “sobrepõe os interesses particulares, para melhor proteger o

²⁰ Nesta oportunidade o referido autor distingue “política” de “princípio”, esclarecendo que este último é 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 de justiça ou equidade ou outra dimensão da moralidade.

coletivo”, porque “na medida em que protege o interesse superior da coletividade, a ação do poder público estará amparando, direta ou reflexamente, o interesse do indivíduo”.

Feitas essas considerações, antes de arriscarmos um conceito de política pública que norteie as demais linhas desta pesquisa, é importante fazermos um comentário a respeito do adjetivo pública que compõe a expressão “políticas públicas”. Não há dúvidas de que ele quer significar que a política destinada à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos, para ser realmente pública, deve ter em vista a realização do interesse público²¹.

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, a política (como ação), para ser uma política pública, também precisa ser, nos dizeres de Bucci (2002, p. 269), “expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo”.

Não se pode olvidar que a gestão democrática das políticas públicas é exigência constitucional²², e que a utilização desse tipo de gestão é de extrema importância, uma vez que a política pública é, segundo os dizeres de Critsinelis (2003, p. 51), “formada por interesses cruzados, diversificados e até mesmo conflitantes”.

A defesa da importância da participação de todos os interessados ganha argumentos também em razão da Constituição Federal ter adotado, nos dizeres de Sarmiento (2002, p. 22):

²¹ A expressão interesse público é aqui empregada como sendo o bem comum, ou seja, o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo. Nesse sentido, é importante lembrar os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzili (2000, p. 41-42), no sentido de que nem sempre as decisões do Estado ou dos governantes coincidem com o bem geral da coletividade. Por isso o autor destaca a importância da distinção apontada por Renato Alessi entre interesse público primário – o bem comum, o interesse da sociedade ou coletividade como um todo – e o interesse público secundário – o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público. A expressão interesse público também não está empregada aqui como sendo o interesse de determinados grupos existentes na sociedade.

²² Em relação à política de saúde, por exemplo, o art. 198, III, da CF determina que o Sistema Único de Saúde seja organizado com a participação da comunidade. A Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento do serviço correspondente, reafirma, em seu art. 7º, VIII, o princípio da participação da comunidade. Por fim, a Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990, regulamenta a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) estabelecendo duas instâncias coligadas, quais sejam, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. A Conferência de Saúde tem as funções de avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde. Já o Conselho de Saúde atua na formulação de estratégia e no controle da execução da política de saúde. O mesmo se dá em relação à Seguridade Social e às políticas educacionais.

“normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas, refletindo, no plano normativo, o pluralismo axiológico vigente na sociedade”.

A existência de normas que consagram interesses conflitantes normalmente também nos traz maiores dificuldades interpretativas. Não é demais lembrarmos que, ao mesmo tempo em que o art. 196 da CF prevê que a saúde é direito de todos, o art. 167 da CF veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual e a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Isso nos autoriza a concluir que a realização do direito à saúde, como de qualquer outro direito social, depende da existência de recursos orçamentários.

É por isso que Krell (2000, p. 56) lembra que a “essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade”. Segundo o autor, “as políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal, sendo limitadas pelas normas programáticas constitucionais”.

Como os recursos públicos são escassos é preciso que os diversos grupos existentes na sociedade interfiram de forma racional e efetiva nas decisões políticas tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo para que suas necessidades sejam atendidas.

Sarlet (2005, p. 355), a esse respeito, destaca a importância de uma deliberação responsável sobre a destinação dos recursos públicos, lembrando-nos da necessidade de buscar o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público²³.

A par de todos esses aspectos, como então poderíamos conceituar política pública?

Como se viu, o caminho para a satisfação dos direitos sociais passa primeiramente pelo seu reconhecimento e pela sua regulamentação. Nos Estados que adotam o figurino do bem-estar social, as normas jurídicas que reconhecem os direitos sociais atribuem ao Estado o dever de garanti-los. A partir daí, com fundamento nestas normas jurídicas é que serão

²³ Como exemplo bem sucedido da gestão democrática do orçamento público, citamos o Programa de Orçamento Participativo de Belo Horizonte, que foi premiado pela Divisão da Administração Pública e Desenvolvimento da Gestão da ONU na categoria “Aprimoramento dos processos dos Serviços Públicos”. (DANTAS, 2007)

praticados atos jurídicos, administrativos ou não, que também integrarão a atividade denominada política pública.

Assim, como nos ensina Comparato (1997), é preciso reconhecer que a política pública engloba as normas e os atos como seus componentes e aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

O referido autor lembra que a política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade, e que os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e se submetem a um regime jurídico que lhes é próprio.

Lopes (1998) também destaca esse caráter heterogêneo. Para ele, do ponto de vista jurídico, as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas.

Essas medidas vão desde a promulgação dos dispositivos constitucionais alusivos aos direitos sociais e a edição de normas infraconstitucionais (como as leis em sentido estrito, os atos administrativos normativos, os decretos e portarias) até a prática de atos jurídicos que materializaram as políticas públicas (como atos administrativos propriamente ditos ou não).

Podemos dizer, então, que a política pública, na prática, é o resultado da eficácia das normas jurídicas que disciplinam os direitos de *status* positivo, o resultado do exercício dos atos administrativos e dos atos praticados por terceiros. Esse resultado, por sua vez, para que atenda à essência da política pública, deve ser capaz de melhorar as condições de vida das pessoas.

Como se vê, pelo que se desenvolveu até aqui, já é possível vislumbrar que, a exemplo do seu conceito, o controle judicial das políticas públicas também se apresentará como um processo complexo que envolverá desde o controle da constitucionalidade e da legalidade das normas jurídicas que a definiram até o controle dos demais atos jurídicos envolvidos na atividade, sejam os administrativos, sejam os praticados por terceiros.

Antes de iniciarmos, no capítulo terceiro, o estudo propriamente dito do controle judicial das políticas públicas, no próximo item propomos a abordagem da estrutura e da interpretação das normas que contemplam os direitos sociais e que, portanto, compõem as políticas públicas sociais.

2.2 A Positivação das Políticas Sociais: A estrutura das normas reconhecedoras dos direitos sociais e as dificuldades de sua atividade interpretativa

Como já ficou ressaltado, as normas, juntamente com os atos jurídicos, são componentes das políticas públicas. Sendo assim, neste item, analisaremos a estrutura normativa dessas normas jurídicas, em especial daquelas que reconhecem os direitos sociais, bem como as dificuldades verificadas no exercício de sua atividade interpretativa.

Especialmente em relação às políticas sociais, diversas são as normas jurídicas que as regulamentam, sendo elas normas constitucionais e infraconstitucionais. Essas normas que reconhecem os direitos sociais possuem uma estrutura própria.

Sabemos que os Estados que optaram pelo *government by policies* utilizam-se do direito positivo como instrumento de execução das políticas públicas.

Como as normas jurídicas que compõem as políticas públicas têm em conta o complexo e dinâmico mundo dos fatos a elas relacionados, elas precisam ser dotadas de flexibilidade para se adequar à realidade dos fatos que pretendem disciplinar.

Sobre esse assunto, Canotilho (1998) nos chama a atenção para a necessidade de os dispositivos constitucionais terem um conteúdo temporariamente adequado. Segundo o autor (1998), como a constituição se destina a regular as relações de vida, que historicamente estão sempre sujeitas a mudanças, ela deve ter um conteúdo temporariamente adequado.

Ademais, como já se destacou nesta pesquisa, em um sistema pluralista, a forma aberta das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais é importante para que elas sejam concretizadas de acordo com as escolhas políticas adotadas pelos governantes eleitos.

Analisando a nossa Constituição atual, verificamos que ela não deixou de dar importância a esses aspectos e, em seu artigo 6º, assim reconheceu os direitos de status positivos: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 26 de fevereiro de 2000, o direito à moradia foi incluído neste rol de direitos.

Como se infere, os direitos sociais foram reconhecidos de forma ampla, aberta e indeterminada²⁴.

Nessa tarefa de reconhecer os direitos sociais, a Constituição, nos dizeres de Torres (2001), fez uso de princípios de justiça, de normas programáticas ou de *policy* que estão sujeitos a interpositivos legislativos, especialmente na via do orçamento público. O referido autor (201, p. 282), com muita propriedade, lembra que atualmente o orçamento público “é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social e um balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”.

No entanto, para uma melhor compreensão do referido ensinamento, é importante analisarmos os principais aspectos jurídicos que envolvem os princípios, as políticas (*policy*), as normas programáticas e o orçamento.

Primeiramente é importante lembrar que esses tipos de padrão, as políticas e os princípios atuam diferentemente das regras. Como nos ensina Dworkin (2002, p. 39), “as

²⁴ Gisele Cittadino (2004, p. 18-19) nos esclarece que os direitos fundamentais, enquanto *direitos positivados*, são metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito. Sobre a estrutura das normas disciplinadoras dos direitos fundamentais, ressalta que diferentemente das regras de direito privado, as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais revelam programas de ação ou afirmações de princípios e não possuem uma regulamentação perfeita e completa, sendo quase pouco descritivas, vagas e esquemáticas.

regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada”. Dados os fatos que uma regra estipula, tem-se que a regra é válida – e, neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita – ou não é válida – e, neste caso, em nada contribui para a decisão.

Já os princípios, segundo o referido autor, conduzem o argumento em certa direção, mas, ainda assim, requerem uma decisão particular, porque muitas vezes os princípios se inter cruzam e, então, será necessário levar em conta a força relativa de cada um dos princípios para a solução do caso concreto, ou seja, realizar uma ponderação entre os princípios que regulamentam o assunto. (DWORKIN, 2002, p. 41-42).

Também é importante destacar, desde o início, que, na prática, a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio, como nos alerta Dworkin (2002), e, por isso, a distinção entre eles fica difícil de ser estabelecida.

Há que se considerar também que a dificuldade de se estabelecer a diferença entre um princípio e uma regra fica ainda maior quando consideramos que muitas vezes um dispositivo jurídico pode ser tratado tanto como uma regra quanto como um princípio, como nos ensina Vieira (2006, p. 28).

No entanto, é importante esclarecer que a diferenciação entre os padrões normativos, princípios²⁵ e regras, na prática, não elimina as dificuldades do processo de deliberação²⁶.

Apesar desta conclusão, entendemos que mesmo assim os diferentes objetivos apresentados pelos padrões identificados como princípios e políticas, agora empregados com sentido específico, podem contribuir para a nossa difícil tarefa de interpretar os direitos sociais.

Para tanto, continuaremos com os ensinamentos de Dworkin (2002, p. 36). Para o autor, política é “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em

²⁵ A expressão princípio está aqui empregada com sentido amplo, para significar todo padrão que difere das regras.

²⁶ Sobre o assunto ver José Reinaldo de Lima Lopes, *in* Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e regras, Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 40 n. 160 out./dez. 2003.

geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, enquanto que princípio é aquele padrão que “[...] deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

É importante considerar que Dworkin (2002) propõe que os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política são destinados a estabelecer um objeto coletivo. Assim, os princípios são proposições que descrevem direitos e as políticas são proposições que descrevem objetivos.

Analisando os dispositivos constitucionais alusivos às políticas públicas, verificamos que encontrar a diferenciação entre “princípios” e “políticas” é uma tarefa ainda mais difícil, uma vez que, a nosso ver, esses dispositivos são justificados, ao mesmo tempo, por argumentos de natureza moral e pela necessidade do alcance de metas, diretrizes e objetivos.

Já em relação às normas programáticas, entendemos que a sua relevância está relacionada ao problema de sua eficácia.

Normas programáticas são, nas palavras de José Afonso da Silva (1998, p. 138):

[...] normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Em razão de essas normas não conterem preceito concreto, como nos ensina José Afonso da Silva (1998), elas foram classificadas pela jurisprudência e pela doutrina italiana, quanto à aplicabilidade, em normas diretivas ou programáticas, dirigidas essencialmente ao legislador, em contrapartida às normas preceptivas, obrigatórias de aplicabilidade imediata, e às normas preceptivas, obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata. No entanto, segundo esclarece o mencionado autor, diante da nova concepção do direito constitucional, tem-se reconhecido atualmente que as ditas normas programáticas também têm eficácia, já que, uma

vez reconhecidas constitucionalmente, não podem ter valor diverso dos demais dispositivos constitucionais.

Assim, as normas ditas programáticas, atualmente, não podem mais ser entendidas como simples “programas”, “declarações”, “promessas”.

Não é demais lembrar aqui que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do caráter programático das normas constitucionais, decidindo que elas:

[...] não podem converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello)

Apesar do acerto desse entendimento, não se pode negar que as ditas normas programáticas, ou mais modernamente identificadas como *normas-fins*, *normas-programas*, *normas-tarefa*²⁷, têm, sim, características especiais, já que dependem da atuação positiva do Legislador, bem como do Poder Executivo, o que, como já vimos, não as impede de ter eficácia jurídica.

Como se observa, não se pode negar que as normas constitucionais que disciplinam as políticas públicas e reconhecem os direitos sociais tenham eficácia.

No entanto, como essas normas, para terem eficácia, necessitam da ação positiva do Estado, elas dependerão da existência de meios para serem concretizadas.

Não é demais lembrar que o artigo 6º da Constituição Federal, após identificar os direitos sociais como sendo a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e moradia, acresce a expressão “na forma desta Constituição”.

²⁷ Foi Canotilho (1998, p. 1050) que, ao escrever sobre o sentido das normas programáticas, ensinou que não há mais que se falar em simples eficácia programática de determinadas normas constitucionais, mas sim em normas-fim, normas-tarefas, normas-programas que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Para o autor, essas normas não podem ter o sentido assinalado pela doutrina tradicional, isto é, de simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, promessas, programas futuros, ou seja, não podem ser entendidas como normas desprovidas de qualquer vinculatividade.

Sendo assim, não podemos negar que a expressão “na forma desta Constituição” nos dá algumas diretrizes para interpretar essas normas. A referida expressão remete os intérpretes desses direitos aos demais dispositivos constitucionais relacionados ao assunto.

Entre os dispositivos constitucionais que julgamos ser de importância fundamental para a identificação do conteúdo dos direitos sociais e de suas políticas públicas respectivas, estão os artigos 196 a 200 (que dispõem sobre a política de saúde); os artigos 203 e 204 (que regulam a assistência social) e os artigos 205 a 213 (que tratam da política educacional).

Nesse contexto, também é fundamental que nos lembremos dos artigos 163 a 169, constantes do Capítulo II - “Das Finanças Públicas” - do Título VI - “Da Tributação e do Orçamento”, que regulam, dentre outros aspectos, a elaboração dos orçamentos públicos.

A relação entre esses dispositivos e o estudo das políticas públicas é direta, tendo em vista que a concretização daquelas depende da destinação e da liberação de recursos públicos e de investimentos de curto, médio e longo prazo.

A essa conclusão se chega porque, com a assunção, pelo texto constitucional, de inúmeros encargos sociais²⁸, a questão da programação dos gastos públicos, a definição das estratégias econômico-sociais do Estado e as escolhas de prioridades ganharam maior relevância. Conseqüentemente, o orçamento público deixou de ser apenas um instrumento de simples controle das finanças públicas e passou, nos dizeres de Torres (2000), a ser instrumento capaz de permitir a implementação de políticas públicas e a atualização dos programas e do planejamento governamental.

Nessa definição das escolhas orçamentárias, cabe ao Poder Executivo a iniciativa das leis que as estabelecem: o plano plurianual, as diretrizes e bases orçamentárias e os

²⁸ A esse respeito, Torres (2000, p. 83) lembra que: “O Sistema da seguridade social expandiu-se exageradamente em todo o mundo e entrou em crise no final da década de 70. O universo dos beneficiários cresceu significativamente, pelo alongamento da expectativa de vida e pela incorporação dos segmentos sociais desassistidos, como foi o caso dos trabalhadores rurais. As despesas relativas a certas prestações de seguridade, máxime as da área de saúde, encareceram pela sofisticação dos instrumentos utilizados pela medicina moderna e pelas novas doenças surgidas (ex. AIDS)”.

orçamentos anuais. Já o Poder Legislativo está incumbido da aprovação dessas leis e, conseqüentemente, do seu exame e da sua discussão, podendo, portanto, propor emendas à proposta inicial. Podemos dizer, então, que o Poder Legislativo exerce o controle das escolhas orçamentárias realizadas pelo Poder Executivo.

Embora existam certos limites à elaboração orçamentária, como, por exemplo, as vinculações constitucionais de receitas de impostos, a saber, as previstas no art. 198 (saúde pública) e no art. 212 (manutenção e desenvolvimento do ensino), não se pode deixar de considerar a importância do planejamento orçamentário para regular a destinação dos recursos públicos para a satisfação dos direitos sociais.

A definição desse planejamento orçamentário, que deve ocorrer no cenário democrático, está marcada pelo exercício da discricionariedade política, imprescindível para a realização das escolhas prioritárias.

Sendo assim, não há dúvidas de que os dispositivos constitucionais alusivos às finanças públicas e à elaboração dos orçamentos precisam ser interpretados conjuntamente com os artigos que reconhecem os direitos de *status* positivos para que não ocorram mal-entendidos. (LOPES, 1998)

Como se vê, a forma como os direitos sociais são positivados está diretamente relacionada com a dificuldade envolvida em sua interpretação.

Em razão de a legislação que comporta os direitos sociais utilizar-se de princípios e políticas, e em virtude de esses padrões legislativos se apresentarem, muitas vezes, como normas programáticas, bem como em razão de os dispositivos reconhecedores dos direitos sociais exigirem uma interpretação conjunta com os demais dispositivos constitucionais relacionados ao assunto, é justificável que as decisões a seu respeito envolvam uma atividade interpretativa complexa.

Isso se diz, em suma, porque os dispositivos constitucionais que regulamentam os direitos positivos são compostos de padrões normativos denominados princípios – que exigem avaliações de natureza moral seja por parte do juiz, seja por parte dos agentes do Poder Legislativo e do Poder Executivo – e de padrões normativos denominados políticas – que, por sua vez, estabelecerem um objetivo a ser alcançado e exigem indagações de natureza consequencialista, ou seja, exigem cálculos sobre os possíveis resultados de suas decisões.

Nessa direção, podemos concluir que uma decisão segura acerca de uma política pública, em especial as sociais, para ser segura, exigirá, além da análise dos argumentos de natureza moral, uma análise de natureza consequencialista que considere os cálculos sobre os possíveis resultados que possam decorrer da decisão a ser adotada.

Sobre o assunto, Vieira (2006, p. 60) ressalta que:

Se admitirmos que os magistrados devem se engajar em argumentos de natureza moral para resolver questões de princípios que surgem na implementação dos direitos fundamentais, temos boas razões para argumentar que os mesmos magistrados estão autorizados a realizar indagações de natureza consequencialista, ou seja, fazer cálculos sobre o impacto de suas decisões, quando estiverem decidindo sobre normas-programas, ou *policies*.

Essas razões apontadas pelo autor (2006), a nosso ver, estão relacionadas ao fato de as decisões em torno das políticas públicas deverem sempre visar à melhoria das condições de vida dos membros de uma determinada comunidade.

Sendo assim, entendemos que não há como saber qual a melhor medida a ser adotada para a satisfação de uma necessidade coletiva sem realizar cálculos acerca dos possíveis resultados de uma decisão tendo em vista o atendimento das metas determinadas por uma política pública, ou seja, sem avaliar se a decisão que se pretende tomar é realmente a mais eficaz e se, por seu intermédio, ficará assegurado a todos os membros da comunidade o acesso igualitário ao direito social debatido.

Lopes (2006, p. 234-235), abordando esse assunto, posiciona-se justamente no sentido do que ora vem sendo defendido, ou seja, sustenta que um aspecto relevante dos conflitos distributivos sobre bens coletivos é que freqüentemente sua solução exige cálculos sobre resultados previsíveis. De acordo com seu entendimento, decidir casos de distribuição não é apenas dizer o legal e o ilegal, o lícito ou o ilícito, mas tomar decisões sobre o que pode ser melhor ou pior no futuro, no curto, no médio e no longo prazo.

Para o autor (2006), a decisão sobre a distribuição de bens coletivos não é uma escolha entre duas alternativas ou sobre a imputação de sentidos a fatos, atos e eventos passados, mas sim uma avaliação de muitas possibilidades em um número aberto de cursos possíveis de ação que devem ser julgados em termos de atendimento de metas ou de resultados eficientes.

Essa realização de uma prudente decisão que leve em conta os cálculos sobre os seus possíveis resultados, a nosso ver, no entanto, depende da quantidade e da qualidade das informações sobre os fatos envolvidos na satisfação do direito social, objeto da lide, disponíveis ao julgador na hora da decisão.

Entendemos, ainda, que as referidas informações também são importantes para a realização da análise moral acerca dos princípios que disciplinam a questão.

Nesse passo, propomos, então, realizar no próximo item uma abordagem acerca da importância das informações para uma decisão segura, seja ela tomada na fase da formulação, seja na fase da execução de uma política pública.

2.3. A Formulação e a Execução da Política Pública: A importância das informações a respeito do problema que se pretende resolver

Uma vez definida a prioridade governamental em relação à satisfação de determinado direito social, inicia-se o processo de formulação de uma política pública que, posteriormente, será colocada em prática na sua fase da execução. Ao discorrermos sobre essas duas fases da política pública, pretendemos demonstrar, principalmente, o importante papel das informações para as decisões a respeito do seu planejamento e, conseqüentemente, para o seu sucesso.

Primeiramente, é importante ressaltar, porém, que em muitas ocasiões, na prática, as fases da formulação e da execução (implementação) se entrelaçam, uma vez que elas não são estanques. No entanto, em razão da fase da formulação e da execução apresentarem alguns aspectos específicos e particulares, tentaremos apresentar conceitos e aspectos que poderão nos auxiliar na tarefa de buscar o seu melhor conhecimento.

Segundo Bucci (2002, p. 266), a fase da formulação da política pública é entendida como sendo: “[...] o momento da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos, de mesma natureza, trazidos pelas demais partes, cujos interesses sejam não-coincidentes com aqueles”.

Como normalmente a formulação da política pública se inicia com a edição de leis infraconstitucionais, e como normalmente os projetos de lei relativos às políticas públicas originam-se, muitas vezes, no Executivo, podemos dizer que são os Poderes Executivo e Legislativo que dão início ao processo de formulação dessas políticas. Assim, em conformidade com as normas constitucionais, são as leis infraconstitucionais que vão dar início à especialização dos fins e objetivos das políticas públicas.

Nesse cenário, é de fundamental importância que o legislador, assim como o administrador, ao regulamentar as políticas públicas, colha todas as informações a respeito das circunstâncias envolvidas no problema que se pretende resolver e a respeito da realidade que se pretende transformar. Essas informações não podem se limitar às questões jurídicas, posto que, como já se viu, a política transcende o plano jurídico.

A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 06), em brilhante artigo, lembra que:

Os riscos envolvidos no afazer Legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. Eles estão obrigados a colher variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, pesquisa esta que não pode ficar limitada a aspectos estritamente jurídicos. É certo que se faz mister realizar minuciosa investigação no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial. Imprescindível revela-se igualmente a análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo. Somente a realização dessa complexa pesquisa que demanda a utilização de conhecimentos interdisciplinares poderá fornecer elementos seguros para a escolha dos meios adequados para atingir os fins almejados.

Considerando que a política pública tem o objetivo final de melhorar (ou garantir) as condições sociais e econômicas da população, o ato legislativo que as tenha por objeto, de maneira especial, deve ser precedido de estudos que considerem as repercussões econômicas, sociais e política das atividades que se pretende pôr em prática. Só depois de concluídos esses estudos é que deve o ato legislativo ser elaborado, prevendo, com base nos objetivos que se pretende atingir, diretrizes e prioridades.

Isso se diz porque, caso não sejam ponderados todos os aspectos do problema a ser solucionado, ou seja, se não forem estudadas todas as possibilidades técnicas e políticas existentes para solucionar a questão, as decisões a respeito de uma política pública serão apenas um amontoado de intenções sobre a solução do problema expressas na forma de determinações legais, como nos lembra Critsinelis (2003).

É importante destacar, no entanto, que, para que as políticas públicas produzam efeitos concretos, não basta que elas estejam definidas em lei (em sentido estrito). Após essa etapa, normalmente, ainda serão necessárias várias outras atividades normativas que, na maioria das vezes, serão realizadas pelo próprio Poder Executivo.

O sucesso de uma política pública depende também da previsão de recursos orçamentários suficientes para cobrir as despesas a serem realizadas. Além disso, é de importância ainda maior que, em cada estágio da execução da política pública, sejam disponibilizados (liberados) os recursos orçamentários necessários, pois, em razão da ausência de obrigatoriedade de execução dos orçamentos, grande parte dos recursos previstos no orçamento não são liberados.

Na fase da formulação da política, também é importante que se considere a compatibilidade entre as diversas políticas públicas já que elas representam, muitas vezes, compromissos entre valores e objetivos conflitantes. Aliás, como já visto, isso se deve, principalmente, ao fato de a Constituição de 1988 ter assegurado interesses e direitos que, na prática, são colidentes.

Por esses motivos, o planejamento das políticas públicas é de extrema importância. Sabemos que, em algumas hipóteses, as políticas públicas são formalizadas por meio de planos. O instrumento do plano é a lei, que, como nos lembra Bucci (2002), estabelece os objetivos da política, bem como os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação.

Grau (1978, p. 224), por sua vez, nos ensina que as leis que dispõem sobre os planos “[...] aprovam diretrizes e prioridades neles estabelecidas e definem que o Poder Executivo os adaptará às circunstâncias emergentes e atualizará os elementos quantitativos a que eles se referem”. Mais adiante, o referido autor lembra que os planos “[...] condicionam o

comportamento do setor público mediante a vinculação dos orçamentos anuais, através dos orçamentos plurianuais de investimento, às suas diretrizes e prioridades”.

Em virtude desses aspectos do plano, os resultados das políticas públicas objeto de planejamento podem ser mais eficazes, já que, neste caso, os objetivos e os recursos são mais bem definidos.

Depois de estabelecidos, ao menos provisoriamente, os principais objetivos de uma política pública e previstos os recursos orçamentários para a sua concretização, podemos dizer que se inicia a sua fase de execução. Essa fase de execução, muitas vezes, acaba sendo uma continuação da fase de formulação.

Bucci (2002, p. 266) nos ensina que a execução da política pública “[...] compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa”.

Na mesma direção, Critsinelis (2003, p. 54), por sua vez, esclarece que: “A implementação da política pública pode ser compreendida como o conjunto de ações realizadas por grupos ou indivíduos, de natureza pública ou privada, direcionadas para a consecução de objetivos estabelecidos por decisões políticas anteriores”.

Assim, podemos dizer que, ainda na fase da execução das políticas públicas, pode ser necessária a edição de leis específicas que regulamentem certos aspectos ainda pendentes, a edição de atos administrativos normativos como decretos, portarias e resoluções. Também será imprescindível a realização de licitações e contratos administrativos. Pode ser necessária, ainda, a contratação de agentes públicos, ou seja, a reestruturação de determinados setores do serviço público.

Em razão disso, a atividade financeira também é essencial à concretização das políticas públicas, pois, sem liberação de recursos, não se realizarão atos materiais onerosos, ou seja, não podem ser realizados empenhos, liquidações e pagamentos necessários à garantia da concretização das políticas públicas.

Como se vê, para a efetivação da política pública serão praticados atos jurídicos – que serão administrativos quando praticados por agentes públicos – ou comuns – quando praticados por particulares. No entanto, não se pode perder de vista que todos esses atos, praticados na fase da execução da política pública, deverão visar à realização dos objetivos definidos na fase de sua formulação, ou revistos na própria fase de execução.

A realização dos atos jurídicos acima mencionados, no entanto, é só uma parcela da atividade de execução da política pública, pois, nos dizeres de Critsinelis (2003, p. 59), essa fase “[...] compreende um contínuo processo de interação e negociação ao longo do tempo, entre aqueles que querem pôr uma política para funcionar e aqueles de quem este funcionamento depende”.

Esse processo de negociação é necessário porque, como já vimos, a concretização dos direitos sociais exige mudanças sociais e, também, a transformação da realidade existente. A obtenção dos fins almejados por uma política pública exige uma intervenção ativa dos agentes estatais, intervenção essa que precisa ser contínua, ou seja, precisa prolongar-se no tempo. Essa intervenção estatal deve ser capaz de remover barreiras sociais e econômicas para possibilitar a ocorrência das mudanças sociais.

Outro aspecto atinente à fase de execução das políticas públicas diz respeito às novas circunstâncias que podem surgir em torno dos fatos envolvidos na concretização dos direitos sociais e que vão exigir adaptações dos mecanismos que inicialmente se pretendia adotar para pôr em prática determinada política pública.

Por isso, Critsinelis (2003) sustenta que, por várias razões, é até conveniente que certas decisões sejam tomadas na fase de implementação, destacando entre essas razões o fato de que os próprios objetivos da política e os problemas envolvidos não são conhecidos antecipadamente em sua totalidade, mas, ao contrário, vão aparecendo na medida em que o processo avança. Inclusive, o autor conclui que é necessário deixar determinadas decisões

para serem tomadas quando todas as informações estiverem à disposição dos agentes públicos.

Podemos dizer, então, que a política pública não é um processo acabado, mas, sim, um processo que está sempre em mudança para atender à dinâmica do mundo dos fatos.

Sabe-se, por exemplo, que a cada dia surgem novas doenças, da mesma forma que os avanços científicos possibilitam o surgimento de novos medicamentos e novos procedimentos médicos. Esses fatos vão influenciar a formulação e a execução das políticas públicas.

É, no entanto, compreensível que a adoção dessas novas medidas (fornecimento de novos medicamentos e a realização de avançados procedimentos médicos) pelo Poder Público não seja imediata. Isso se diz porque é necessário um planejamento prévio, seja em relação aos recursos financeiros, seja em relação à organização dos serviços públicos. É apropriado lembrar que a questão do planejamento é de fundamental importância, porque, como vimos, os principais direitos sociais, quais sejam, o direito à saúde e o direito à educação, são assegurados de forma universal e igualitária a todos os membros da sociedade, o que exige a padronização dos serviços públicos a eles inerentes.

Para uma melhor compreensão do que se pretende demonstrar aqui, podemos citar o Consenso Terapêutico, documento que define as diretrizes da política pública de dispensação universal e gratuita de medicamentos para portadores de HIV.

Como nos ensina Ferreira (2004, p. 18):

[...] diante da necessidade de padronizar a prestação de serviço através de uma política universal de dispensação (termo técnico utilizado pelo Programa DST/AIDS) de medicamentos e da escassez de recursos públicos, nem todos os anti-retrovirais disponíveis no mercado são distribuídos pela rede pública do Programa. A determinação dos medicamentos que serão adquiridos, assim como a indicação de uso, segue recomendações técnicas dos Comitês Assessores para Terapia Anti-Retroviral, que são por seu turno fundamentadas em estudos reconhecidos nacional e internacionalmente. Esses órgãos recebem sugestões dos gestores públicos estaduais e municipais e dos conselhos de saúde. A lista dos anti-retrovirais distribuídos e as recomendações de uso conformam o Consenso Terapêutico, documento

que define as diretrizes da política pública de dispensação universal e gratuita de medicamentos para portadores de HIV²⁹.

A adoção dessas medidas administrativas tendentes à padronização dos serviços públicos e o atendimento universal e igualitário de todos os doentes se fazem necessárias em razão das normas constitucionais aplicáveis à espécie, como também em face do preceituado pelos parágrafos 1º e 2º do art. 1º da Lei 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

Previendo a necessidade de padronização do fornecimento de medicamentos de forma a assegurar aos pacientes o acesso universal e igualitário, bem como a necessidade de revisão desta padronização de modo a se adequar às novas descobertas científicas, o legislador determinou que o Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, “deve padronizar os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde”. (art. 1º, parágrafo 1º da Lei 9.313/96).

A Lei nº 9.313/96, em seu art. 1º, parágrafo segundo, prevê também que a referida padronização deve “ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado”.

²⁹ O mesmo procedimento é realizado para a definição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. Conforme prevê a Portaria nº 507/GM, de 23 de abril de 1999, a relação nacional de medicamentos essenciais deverão ser revistas e atualizadas periodicamente. Essa Portaria também prevê a possibilidade de serem oferecidas à Secretaria de Políticas de Saúde propostas de modificação da RENAME e contém formulário para tanto. Considerando a necessidade de estabelecimento de processo permanente de atualização da RENAME de modo a adequá-la à dinâmica do quadro nosológico do País, à evolução científica e tecnológica na área farmacêutica, a Portaria nº 131/GM, de 31 de janeiro de 2001, constituiu a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Comare. Essa Comissão tem a participação de toda a sociedade civil, é coordenada pela Secretaria de Políticas de Saúde e integrada por um representante de vários órgãos públicos, entidades e instituições, a saber: I. Ministério da Saúde: a) Agência Nacional de Vigilância Sanitária; b) Secretaria de Assistência à Saúde; c) Instituto de Tecnologia em Fármacos, da Fundação Oswaldo Cruz; d) Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz; II. Universidade de Brasília: a) Faculdade de Ciências da Saúde; III. Universidade Federal do Rio Grande do Norte: a) Hospital Universitário; IV. Universidade Federal de Minas Gerais: a) Faculdade de Farmácia; V. Universidade Federal do Estado de São Paulo: a) Escola Paulista de Medicina; VI. Universidade Federal de Pernambuco: a) Hospital de Clínicas; VII. Associação Médica Brasileira; VIII. Conselho Federal de Medicina; XI. Conselho Federal de Farmácia; X. Sociedade Brasileira de Vigilância Sanitária de Medicamentos.

Como se vê, esse exemplo demonstra que o legislador está alinhado às características e às necessidades da política pública de distribuição de medicamentos, pois considerou a necessidade de planejamento e padronização das atividades a ela relacionadas, tendo em vista a necessidade de garantir, aos pacientes portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário, assim como considerou a necessidade de revisar os meios utilizados na satisfação dos direitos dos referidos pacientes.

Na mesma direção, qual seja, de alinhar as suas decisões às características e exigências de uma política pública determinada, devem estar as decisões de nossos administradores, bem como a de nossos juízes, quando instados a decidir sobre qualquer questão afeta a uma determinada política pública.

Com efeito, os aspectos das políticas públicas abordados neste item e nos itens anteriores revelam o seu complexo mundo. Essa complexidade, conseqüentemente, também marcará o estudo do controle judicial das políticas públicas, que iniciaremos nas páginas seguintes.

CAPÍTULO 3 – O Controle Judicial das Políticas Públicas

3.1 O Controle Judicial da Formulação das Políticas Públicas

Da mesma maneira que distinguimos, no capítulo anterior, para efeito didático, a fase de formulação da fase de execução das políticas públicas, propomos o estudo do controle judicial das políticas públicas, separando-o em controle judicial da formulação das políticas públicas e controle judicial da execução das políticas públicas.

Assim, podemos dizer que existem decisões judiciais, concedidas em ações individuais ou coletivas, nas quais o controle judicial é exercido em relação à formulação das políticas públicas, ou seja, nelas, o Poder Judiciário intervém para julgar a compatibilidade de uma determinada política pública formulada com os mandamentos constitucionais. Em outros casos, porém, estaremos diante de um controle judicial que tem como objeto a execução das políticas públicas, isto é, em tais casos o Judiciário é provocado para fazer cumprir as políticas públicas já regulamentadas em lei, ou é provocado para fazer cumprir uma determinada política prevista constitucionalmente, mas que ainda não foi regulamentada.

Em outras hipóteses, porém, o Poder Judiciário é provocado para verificar a compatibilidade dos atos administrativos com o objetivo de concretizar as políticas públicas, com a finalidade estabelecida pelo ordenamento jurídico. Nestes casos, normalmente, as ações objetivam a condenação da administração pública a abster-se de praticar determinado ato administrativo ou praticar outro em sua substituição.

Os limites do exercício desses dois tipos de controles são, no nosso entendimento, diversos, embora, na prática, não se verifique uma nítida separação entre a fase de formulação e a fase de execução das políticas públicas.

Sabemos que cabe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo a definição das políticas públicas, de acordo com o programa constitucional. Nas hipóteses em que a Constituição Federal de 1988 já definiu o conteúdo de uma política pública, a escolha dos meios que serão utilizados para satisfazer as demandas coletivas estará estritamente vinculada ao referido conteúdo.

É importante lembrar que a Constituição estabeleceu determinadas prioridades. Por exemplo, o artigo 227, *caput*, da Carta Política, prevê uma proteção especial à criança e ao adolescente, estabelecendo que essa assistência deva ser prestada *com absoluta prioridade*³⁰. O artigo 198, II, da Constituição Federal, estabelece como diretriz do sistema único de saúde *o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*. O artigo 208 da Lei Maior estabelece a prioridade do ensino fundamental em relação ao ensino médio, determinando, em seu § 1º, que o acesso ao ensino fundamental constitui direito público subjetivo. Já o § 2º do artigo 211 estabelece que os Municípios atuem prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto que o § 3º desse mesmo artigo determina que os Estados e o Distrito Federal atuem prioritariamente no ensino fundamental e médio.

A Constituição Federal também estabelece prioridades para a aplicação de recursos públicos na saúde, conforme prevê o § 2º do artigo 198 da Constituição Federal, e na educação, conforme versa o artigo 212. Em relação aos recursos destinados à saúde, o §3º do artigo 212 da Constituição Federal determina que a distribuição dos recursos públicos assegure prioridade ao atendimento do ensino obrigatório (fundamental), nos termos do plano nacional de educação.

³⁰ Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Em se tratando das prioridades estabelecidas pela Constituição, estaremos diante de uma questão jurídica, o que permite a intervenção positiva do Poder Judiciário, já que cabe a ele a função de dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional. O exercício da interpretação constitucional atribuído ao Poder Judiciário não excluiu, porém, o exercício da discricionariedade administrativa, na hipótese em que a lei infraconstitucional assim a assegurar.

Há que se considerar também que, em muitos casos, porém, o legislador constituinte não elegeu prioridades, ou seja, não escolheu os meios que devem ser adotados para alcançar as satisfações das demandas sociais. Nesses casos, o processo de formulação de políticas públicas está directamente relacionado com o estabelecimento de prioridades entre os programas sociais e econômicos passíveis de serem adotados.

Os atos do poder público que adotem esta ou aquela política são considerados, na expressão de Canotilho (1998, p. 648), atos funcionalmente políticos, assim entendidos aqueles “cuja competência é atribuída directamente pela constituição do Governo (crf. por ex., art. 105, que consagrou uma reserva política do Governo em relação às propostas do Orçamento e de alteração do Orçamento)”.

Canotilho (1998, p. 649) lembra que também é possível que a Constituição preveja reservas especiais de administração, assim entendidas “as competências específicas directamente atribuídas ao governo pela própria Constituição”.

Segundo o mencionado autor, esse conjunto de reservas funcionais específicas seria insuscetível de expropriação por parte da lei do parlamento. Essas reservas funcionais, segundo ele, incluiriam:

[...] a competência para elaboração e execução dos planos, a execução do orçamento do Estado, o poder de direcção sobre os serviços e administração directa do Estado, o poder de superintendência sobre a administração indirecta do Estado e o poder de tutela sobre a administração autónoma. A isto acrescentar-se-ia ainda a prática de actos e a tomada de providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico e à satisfação das necessidades colectivas. (CANOTILHO, 1998, p. 649)

Como visto, o instrumento do plano é a lei, que prevê as diretrizes e as prioridades de uma determinada política pública. No Brasil, entre as várias competências administrativas da União, está a de elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e desenvolvimento econômico social, de acordo com o previsto no artigo 21, IX, da Constituição Federal. Assim, na esfera federal, cabe ao Presidente da República a elaboração do plano de governo e a sua remessa ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias (art. 86, XI, da Constituição Federal). De acordo com o § 4º do artigo 165 da CF, os planos e programas regionais e setoriais previstos na Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual, que, juntamente com o projeto da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual (art. 84, XXIII da CF), são de iniciativa privativa do Poder Executivo e apreciados pelo Congresso Nacional.

Para concretizar as diretrizes previstas nos planos, o Poder Executivo precisará organizar o serviço público, por isso, também cabe a esse Poder, privativamente, a iniciativa das leis que disponham sobre a criação de cargos, funções e empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração (art. 61, II, a, da CF), bem como compete a ele a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Como se vê, a Constituição atribuiu ao Poder Executivo a discricionariedade política para elaborar planos para a implementação das políticas públicas por ela prevista, da mesma maneira que atribuiu a tal Poder a discricionariedade administrativa para executá-los.

O controle da discricionariedade política, exercido pelo Poder Executivo, para a elaboração dos planos, foi atribuído, pela Constituição, ao Poder Legislativo, já que cabe a ele a tarefa de aprovar as leis que contemplam os planos.

Nessa perspectiva é que sustentamos que, nas hipóteses em que a Constituição atribuiu diretamente ao Poder Executivo a tarefa de decidir sobre as prioridades na implantação das políticas públicas, o Poder Judiciário não tem legitimidade para substituir as decisões tomadas por aquele Poder, sob o controle do Poder Legislativo, até porque, como veremos com maior vagar no próximo capítulo, o Judiciário não possui aparato técnico que lhe possibilite obter todas as informações para identificar as efetivas prioridades entre as inúmeras demandas sociais existentes.

Nessas hipóteses em que a Constituição atribuiu diretamente ao Poder Executivo a tarefa de decidir sobre as prioridades na implantação das políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário apenas analisar se a escolha realizada pelos Poderes eleitos está em consonância com os dispositivos constitucionais, interpretados em conjunto, e se a escolha é razoável.

A essa conclusão se chega quando se considera também a idéia de sistema representativo. Eduardo Appio (2006), ao se referir ao processo de formulação das políticas públicas, ensina que ele tradicionalmente está relacionado à representação popular, uma vez que os custos de obras e serviços são compartilhados por toda a sociedade na forma da cobrança de impostos, e não seria adequado retirar do cidadão sua capacidade de participação. Nessa direção, sustenta o autor que, se aceitarmos a migração do processo de decisão política para dentro dos tribunais sem prévia consulta às autoridades eleitas, o próprio sistema representativo previsto na Constituição perderia importância.

Em outra passagem, o mesmo autor (2006) lembra que, em um regime pretensamente democrático, os projetos de governo na implementação da rede de proteção social do Estado são amplamente debatidos no período que antecede as eleições – debate eleitoral. Por esse motivo, o autor (2006) sustenta que qualquer interferência política do Poder Judiciário nesta área pode implicar subversão do resultado obtido democraticamente (nas urnas).

Considerando que, ao menos em tese, os projetos de governo foram escolhidos por meio do voto direto, quando se tratar de questões políticas propriamente ditas, a legitimidade do Poder Judiciário para rever as decisões adotadas pelos poderes eleitos, no exercício de sua discricionariedade política, é restrita.

Em outras palavras, quando o Poder Judiciário for provocado para avaliar as escolhas realizadas pelos Poderes eleitos, ele deve se restringir a analisar se aquela escolha foi tomada em expressa contradição às finalidades das normas constitucionais aplicáveis à espécie ou se ela (escolha) foi desarrazoada. Só em caso positivo é que deve julgar procedente a pretensão a ele apresentada, pois, como vimos, as escolhas acerca do conteúdo das políticas públicas, na maioria das vezes, foram atribuídas, pelo legislador constituinte, aos membros dos poderes eleitos, não obstante essas escolhas devam ser realizadas de acordo com as diretrizes traçadas pelo programa constitucional.

No entanto, nas hipóteses em que o Poder Judiciário estiver diante de uma decisão política que esteja em expressa contradição aos dispositivos constitucionais e mostre-se, portanto, desarrazoada, deve, então, considerando todas as circunstâncias e todos os fatos, fundamentar sua decisão demonstrando que a escolha do administrador não tem fundamento constitucional, e, conseqüentemente, justificar que sua decisão é a única alternativa capaz de satisfazer o direito em questão, caso contrário, não será legítimo o exercício do controle judicial³¹.

Por outro lado, não faltará legitimidade ao Poder Judiciário para exercer o controle judicial das decisões políticas quando o governo eleito se distanciar dos programas inicialmente propostos. Como ressalta Apio (2006, p. 159), nesses casos, o Poder Judiciário gozará de uma “legitimidade material” que decorre dos objetivos do próprio sistema representativo.

³¹ Neste sentido: José Reinaldo Lima Lopes (2006, p. 241), quando se refere aos ensinamentos de Víctor Abramovich e Cristian Courtis, constantes da obra *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Com os objetivos de consolidar as idéias ora apresentadas, finalizando essa primeira etapa, destacaremos a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Arguição de Preceito Fundamental nº 45, a qual consideramos um exemplo do exercício do controle judicial da formulação de uma política, no caso a política de saúde.

Registre-se, desde o início, que a mencionada Ação foi julgada prejudicada, por decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, em razão de ter ficado reconhecida a perda superveniente de seu objeto³². Apesar disso, a decisão é um bom exemplo das ações em que o Poder Judiciário é instado a julgar a compatibilidade de uma determinada política pública com os mandamentos constitucionais, até porque o Ministro Celso de Mello chegou a apreciar várias questões afetas aos direitos sociais.

Feito esse esclarecimento, cumpre observar que na mencionada Ação, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB –, impugnava-se o veto do Sr. Presidente da República ao § 2º do art. 55 da Lei nº 10.707/2003 (posteriormente renumerado para 59), que fixa diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária Anual de 2004.

O referido parágrafo segundo previa que, para efeito do inciso II do *caput* do art. 59, consideravam ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do mencionado Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

Como se verifica, o referido dispositivo visava a impedir que despesas que não se destinavam a serviços próprios da área da saúde fossem incluídas no percentual mínimo de recursos aplicáveis àquela área, conforme previsto na Carta Constitucional.

³² A perda superveniente do objeto da ação deu-se em razão da norma vetada pelo Presidente da República (ato questionado na ação) ter sido novamente objeto de projeto legislativo de iniciativa do próprio autor do veto, projeto esse que resultou na edição da Lei nº 10.777/2003, que entrou em vigor em tempo oportuno, para orientar a elaboração da Lei Orçamentária Anual referente ao exercício financeiro de 2004. Por isso, o Relator entendeu que o objetivo perseguido na mencionada ação foi inteiramente alcançado com a edição da citada Lei, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Nessa direção, o autor da ação ora sustentava que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde³³. O autor sustentava, ainda, em sua petição inicial, que as razões do veto presidencial foram indicadas de maneira vaga, ou seja, elas se limitaram ao seguinte texto:

³³ É importante esclarecer que a EC 29/2000 acrescentou à Constituição o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando a forma como seriam encontrados os valores dos recursos mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde até o exercício financeiro de 2004 e até que não fosse editada a lei complementar prevista no artigo 198, § 3º, da Constituição Federal. Confira-se:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

art. 198 (...)

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

A exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo do Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez de recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição a esse dispositivo.

Ao apreciar a ação, o Relator reconheceu que a ação constitucional de arguição de preceito fundamental é um instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas quando essas estejam previstas no texto constitucional, como ocorria no caso analisado (EC 29/2000), e venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

O Ministro Relator fundamentou sua decisão alertando que, apesar do caráter programático de algumas normas previstas na Constituição, elas “não podem converter-se em promessa constitucional incosequente”, sob pena de o Poder Público praticar “um gesto irresponsável de infidelidade governamental” ao que determina a Constituição Federal, fraudando, assim, as justas expectativas nele depositadas pela coletividade.

Após fazer outras abordagens, o Relator, com muita propriedade, decidiu que não se mostrava lícito ao Poder Público, “mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa”, criar um “obstáculo artificial” com o objetivo de “inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”.

Essa parte da r. decisão revela que, embora o Relator reconhecesse que a concretização dos direitos sociais ocorre de forma gradativa, já que dependem das possibilidades orçamentárias do Estado, ele deu expresso o seu entendimento no sentido de que o exercício da atividade orçamentária, pelos Poderes Legislativo e Executivo, não pode ser feito de forma fraudulenta e inconstitucional, sob pena de ser passível de controle judicial.

Como se vê, na ação ora analisada, o Poder Judiciário foi provocado para apreciar se o mencionado veto presidencial atentava contra as normas constitucionais que visam a

garantir recursos mínimos às políticas públicas sociais de saúde. No nosso entendimento, *in casu*, o exercício do controle judicial era legítimo, pois estavam evidentes as contradições entre o veto e os dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie.

Sendo assim, entendemos que essa Ação de Arguição de Preceito Fundamental é um exemplo da possibilidade de utilização legítima do controle judicial das políticas públicas. A essa conclusão se chega porque, uma vez mantido o veto em questão, poder-se-ia considerar possível a inclusão, no percentual mínimo dos recursos a serem aplicados obrigatoriamente em serviços próprios da área da saúde, de despesas que não tivessem aquela natureza, a exemplo das hipóteses indicadas como proibidas na norma vetada, a saber: encargos previdenciários da União, serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério da Saúde financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

Entendemos que, *in casu*, a exigência constitucional de aplicação de percentual mínimo nas ações de saúde, assim como na educação, não reserva aos Poderes Executivo e Legislativo qualquer discricionariedade política. Portanto, nesse aspecto, só poderia se cogitar da discricionariedade política depois de reservados os percentuais mínimos previstos na Constituição.

Com efeito, a decisão analisada leva-nos à conclusão de que, embora o controle judicial das políticas públicas seja materialmente limitado nas hipóteses em que estiver diante de questões políticas propriamente ditas, o Poder Judiciário não deve negar-se a exercê-lo quando se estiver diante de condutas, praticadas pelos demais poderes, expressamente contrárias aos mandamentos constitucionais.

Feitas essas considerações acerca do controle judicial da formulação das políticas públicas, passaremos agora a analisar os aspectos específicos do controle judicial que tem por objeto a execução das políticas públicas.

3.2. O Controle Judicial da Execução das Políticas Públicas

Vimos que, uma vez definida a política pública pela Constituição ou pela lei em sentido estrito, deverão ser realizados atos administrativos tendentes a concretizar os direitos sociais reconhecidos.

Esses atos administrativos, praticados pelo Poder Executivo, é que colocarão em prática as políticas escolhidas pelo governo, ou seja, materializarão as políticas públicas. Tais atos administrativos decorrem ora da competência vinculada do administrador, ora de sua competência discricionária.

Quando estivermos diante de uma competência vinculada, devemos considerar que, nesse caso, a lei já elegeu a melhor maneira de realizar o ato administrativo, portanto, a tarefa do administrador é realizar esse ato de acordo com a vontade da lei. O Poder Judiciário, nessas hipóteses de competência vinculada, pode ser provocado para decidir se o administrador agiu de acordo com o determinado pela lei, e essa discussão, a nosso ver, será sobre a interpretação dada à lei.

É, porém, o exercício da competência discricionária que apresenta maiores dificuldades aos profissionais do direito. Nas hipóteses em que cabe ao administrador agir de acordo com a sua competência discricionária, ele deve escolher, entre os vários meios a sua disposição, aquele que melhor atende ao interesse público.

Nas hipóteses em que a lei não determina o meio mais adequado para o atendimento do interesse público, mas atribui essa escolha ao administrador, a análise judicial da decisão administrativa tomada no uso daquela competência discricionária será naturalmente mais complexa, da mesma maneira que será mais limitada se comparada a uma decisão apenas acerca de legalidade.

Propomos demonstrar a validade dessa assertiva estudando a discricionariedade administrativa, o que passamos a fazer nas próximas linhas.

Entendemos apropriado iniciar o estudo da discricionariedade administrativa relembrando o porquê de o legislador atribuir à autoridade administrativa a competência discricionária.

De acordo com os ensinamentos de Queiró apud Pietro (2001, p. 69), “há um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas”, e, por isso, o legislador não pode ir da norma abstrata à ordem individualizada sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito, passando da abstração à individualização.

Ademais, é impossível ao legislador prever todas as hipóteses que podem ocorrer no mundo dos fatos, e, por isso, afigura-se importante que ele deixe à disposição do administrador uma certa margem de discricionariedade para que este, o administrador, possa, diante do caso concreto, adotar a providência que melhor atenda à finalidade pública descrita pela norma.

Certos, então, dos motivos que justificam a competência discricionária, resta-nos agora tentar encontrar o melhor conceito para o termo discricionariedade administrativa, sem, no entanto, ter o objetivo de abordar todos os aspectos a ele relacionados.

É relevante destacar de início que, com a superação do positivismo e, por via de consequência, da antiga concepção do princípio da legalidade, a discricionariedade passou a significar uma liberdade de atuação limitada pelo direito e não mais simplesmente pela Lei (em sentido estrito). Como toda a ordem estatal, a discricionariedade administrativa também passou a ter de nortear-se pelos princípios constitucionais, entre os quais merece destaque o da eficiência.

Para Queiró (1969, p. 02): “O poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim

de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público”.

O referido doutrinador ressalta também que o poder discricionário não se confunde com os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados³⁴, utilizados pelo legislador.

Lúcia Vale Figueiredo (2002, p. 206) também deixa claro que distingue a interpretação do exercício da discricionariedade, pois define esta como sendo:

[...] a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios *standards* ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.

Com efeito, quando uma autoridade administrativa estiver diante de um conceito vago ou de um conceito indeterminado, cabe a ela proceder a uma interpretação, ao contrário de agir de maneira discricionária. No entanto, quando a autoridade administrativa estiver realmente diante de uma competência discricionária, caberá a ela, segundo Queiró (1969, p. 02), “[...] o encargo de eleger a medida ou procedimento mais idôneo à persecução de uma finalidade pública cuja realização é reputada necessária pelo legislador”.

Sendo assim, na hipótese em que os atos administrativos, objeto do controle judicial, envolvam a superação da indeterminação de termos jurídicos, bem como uma decisão discricionária, por parte da autoridade administrativa, é preciso que o julgador investigue primeiramente se o administrador promoveu um juízo correto sobre a legalidade, ao interpretar a norma jurídica, para depois avaliar a exatidão de seu juízo acerca da oportunidade, decorrente de sua competência discricionária³⁵.

³⁴ Eros Roberto Grau (1996, p. 146) ensina que melhor seria utilizarmos, no lugar dos “conceitos jurídicos indeterminados”, a palavra expressões ou termos, ressaltando, em defesa desse seu entendimento, que não existem conceitos indeterminados, já que conceitos jurídicos são idéias universais, assim, se é indeterminado, não é conceito, pois, para que “uma suma de idéias” seja um conceito, exige-se que no mínimo ela seja determinada.

³⁵ Eros Roberto Grau (1996, p. 159) conclui que: “[...] então, é certo, nítido como a luz solar passando através de um cristal (bem polido): a superação da indeterminação (o *preenchimento*) dos ‘conceitos indeterminados’ opera-se no campo da *interpretação*, não no campo da *discricionariedade*; importa a formulação de *juízo de*

Mas, como o juiz deve proceder para decidir se, no caso concreto, a autoridade administrativa exerceu corretamente a sua competência discricionária?

Como já destacou Eros Roberto Grau (1996, p. 161), quando o exercício da discricionariedade consubstancia desvio ou abuso de poder ou de finalidade, o ato administrativo discricionário está sujeito ao controle do Poder Judiciário. Ou seja, a discricionariedade administrativa não se coaduna com o desvio ou abuso de poder, assim como não comporta o desvio ou abuso de finalidade³⁶.

Nesta direção, César A. Guimarães Pereira (2003), citando Garcia de Enterría, ensina que a não arbitrariedade deve ser confirmada mediante “testes” de racionalidade e razoabilidade que levem em conta, sobretudo, a matéria fática que justificou a prática do administrativo discricionário.

Segundo o referido autor (2003, p. 251), diante de uma situação concreta, cabe ao Poder Judiciário indagar:

(a) se a realidade dos fatos foi respeitada ou falseada; (b) se foi tomado ou não em consideração algum fator relevante ou se foi introduzido algum fator irrelevante; (c) se foi levado em conta o maior peso ou valor que o ordenamento eventualmente outorgue a um desses fatores; (d) se a opção por um dos fatores considerados equivalentes foi racional ou padece de erros lógicos ou é inconsistente com os fatos.

Esclarece o mencionado autor que, se o teste resulta favorável à Administração, o ato pode ser tido como racional, e, nesse caso, deve ser submetido a outro teste de razoabilidade, que envolve as seguintes verificações: “(a) se a solução padece de incoerência por sua notória falta de adequação ao fim da norma, ou aptidão objetiva para realizar esse fim, ou (b) se a solução é claramente desproporcional”.(PEREIRA, 2003, p. 251).

legalidade, não de *juízo de oportunidade*”. Mais adiante, o referido autor dá um exemplo de uma hipótese em que se está diante de um termo indeterminado que, desavisadamente, pode nos parecer um fator de discricionariedade. O exemplo se refere a “atos motivados por interesse público”. Segundo ressalta o doutrinador, “interesse público” é um termo indeterminado, portanto, ele deve ser, em cada caso, interpretado.

³⁶ A finalidade está aqui empregada como sendo o resultado que a administração pretende alcançar com a prática do ato.

De acordo com o referido doutrinador, a decisão administrativa será legítima se ela ultrapassar os dois “testes”.

Como se vê, para que o juiz realize os testes propostos pelo autor, é preciso que estejam à sua disposição todas as informações sobre os fatos envolvidos no ato administrativo praticado no exercício da discricionariedade. Quando provocado para decidir a respeito daqueles atos, o juiz deve proceder a uma análise detalhada da matéria fática envolvida na questão. É salutar que o Poder Judiciário, ao realizar o controle da discricionariedade administrativa, o faça de maneira criteriosa, pois só assim pode evitar a ilegítima usurpação da competência administrativa.

Para uma correta decisão judicial acerca dos atos discricionários, não basta o exame da lei. É imprescindível a análise do caso concreto, ou seja, dos fatos para que seja analisado se o administrador conseguiu escolher, entre os vários meios a sua disposição, aquele que melhor atende ao interesse público.

Neste sentido, também encontramos os ensinamentos de Bandeira de Mello (2004, p. 872). Confira-se:

[...] não se pode examinar a existência de discricionariedade ou de sua extensão buscando-a simplesmente no exame da lei que porventura a contemple, porque é imprescindível analisar o caso concreto, pois a discricionariedade ao nível da norma é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para que irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão.

A investigação dos fatos é de extrema importância, pois pode ser que os fatos noticiados como justificadores para a prática do ato administrativo não tenham existido. Por outro lado, pode ocorrer que eles tenham sido interpretados de maneira errônea pelo administrador. Nestas duas hipóteses, o ato administrativo é inválido.

Como a lei contém uma descrição abstrata da realidade, não basta que o juiz analise detidamente o mandamento legal. Cabe a ele também analisar de maneira pormenorizada os

fatos envolvidos na prática do ato administrativo e confrontá-los com o conteúdo legal para concluir se o administrador exerceu corretamente sua competência discricionária.

Se a discricionariedade administrativa visa a permitir que seja encontrada a melhor maneira de concretizar uma utilidade pública dentre as várias possibilidades, o conhecimento dos fatos que representam a utilidade pública que se pretende alcançar, dos valores jurídicos que a garantem, bem como o conhecimento dos diversos interesses conflitantes que envolvem a decisão administrativa são de extrema importância para que o julgador conheça as razões e as circunstâncias que justificaram a escolha do administrador.

Nas hipóteses em que a lei reservou ao administrador uma certa margem de liberdade para que o administrador escolhesse a melhor maneira de concretizar uma utilidade pública, ou seja, nas hipóteses de competência discricionária, a análise de todos os fatores envolvidos na escolha é de fundamental importância, pois apenas em caso de evidente desproporcionalidade entre a utilidade pública prevista no ordenamento jurídico e a escolha do administrador é que se legitimará a decisão judicial anulatória da opção feita pela Administração.

Em outras palavras, somente nas hipóteses em que o Poder Judiciário puder fundamentar que a sua escolha é a única capaz de atender ao interesse público é que ele estará legitimado a decidir pela substituição da decisão administrativa, uma vez que não se pode admitir que a discricionariedade do administrador seja substituída pela discricionariedade do juiz.

No entanto, para que o Poder Judiciário possa fundamentar que a sua escolha é a única capaz de atender ao interesse público, é preciso que ele conheça todos os aspectos do problema envolvido na decisão administrativa, é necessário que ele possa considerar todas as alternativas de decisão e todos os seus possíveis efeitos.

Em razão disso, no nosso entender, na análise da discricionariedade administrativa, o aspecto fático se revela muito importante e, por conseguinte, não pode o juiz satisfazer-se com uma análise superficial dos fatos levados a seu conhecimento.

No entanto, como veremos no próximo capítulo, em razão dos limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário, dificilmente o juiz conseguirá obter todas as informações de fato necessárias à adoção de uma decisão segura sobre o exercício do controle judicial da discricionariedade administrativa.

Para encerrar esse item, e com o objetivo de demonstrar a importância dos aspectos aqui abordados, passaremos a analisar uma ação civil pública que, a nosso ver, é um bom exemplo do controle judicial da execução das políticas públicas.

A ação civil pública a que nos referimos é a de nº 2006.61.08.007664-9, em trâmite na Justiça Federal de Bauru/SP, proposta pelo Ministério Público Federal em face da União. Nessa ação, em procedimento investigatório, o Ministério Público Federal apurou que estariam ocorrendo irregularidades na comercialização de carne de frango no varejo, em prejuízo a consumidores. Segundo o autor, esse prejuízo poderia estar ocorrendo em razão da fiscalização deficiente por parte do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal, que estaria permitindo a ocorrência de irregularidades relacionadas com a injeção de água ou substâncias que propiciam a retenção de água pela carne dos frangos e na colocação de pedaços de gelo no interior de frangos inteiros, de forma a influenciar o peso do produto colocado à venda, aumentando o lucro dos comerciantes, em detrimento dos consumidores.

Dentre outros fatos, o Ministério Público apurou que a ocorrência das mencionadas irregularidades estaria relacionada ao método utilizado para a fiscalização das carnes de aves vendidas no varejo, bem como a outros fatores como falta de pessoal.

Segundo apurou o Ministério Público, o método utilizado pelo Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal é denominado “dripping test”, aprovado pela

Portaria nº 210, de 10 de novembro de 1998, oriunda do Ministério da Agricultura e do Abastecimento. Ainda segundo a investigação, além desse método ser previsto tão somente para a análise de carnes de aves em carcaças congeladas, não sendo aplicável à fiscalização de carnes resfriadas de aves, ele é pouco eficaz para detectar o excesso de água nas carcaças de frangos inteiros e congelados. Também segundo a investigação do Ministério Público Federal, existe um método supostamente simples, preciso e eficaz desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roça, da UNESP-Botucatu, mestre e doutor em Tecnologia de Alimentos, que propicia eficaz avaliação da absorção de água em carcaças e cortes de frango.

Em razão desses fatos, o Ministério Público da União propôs a referida ação civil pública, entre outros objetivos, para obter a condenação da União à obrigação de aplicar, por meio do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal, um método capaz de determinar de forma eficaz o teor de água em cortes e em carcaças de aves congeladas ou resfriadas, com ou sem osso. Para tanto, o Ministério Público Federal requereu, ainda, que a União fosse condenada a analisar o método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roça.

Após analisar esses fatos e reconhecer a legitimidade do Ministério Público Federal para propor a presente ação, bem como reconhecer a juridicidade dos pedidos do autor em relação ao método, o M.M. Juízo Federal de Bauru concedeu a liminar para, entre outras obrigações, determinar que a União:

No prazo de trinta dias, por intermédio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, apresente cronograma dos trabalhos e estudos para implantação, nos Municípios abrangidos pela jurisdição desta 8ª Subseção da Justiça Federal da 3ª Região, de rotina de análise de absorção de água nas carnes de aves congeladas e resfriadas, em carcaças e cortes, em especial carnes de frango, bem como para que seja analisado o método desenvolvido pelo Prof. Dr. Roberto de Oliveira Roça, da UNESP-Botucatu, Mestre e Doutor em Tecnologia de Alimentos, como requerido na inicial, com apresentação de conclusão motivada acerca de sua adoção ou não, bem como o prazo em que se daria, com a indicação do nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas.

Destaca-se que, até a conclusão do presente trabalho, ainda não havia sido proferida a sentença.

Como se vê, *in casu*, essa ação civil pública questiona a forma como vem sendo exercida a política de fiscalização dos produtos de origem animal, mais especificamente o método utilizado para identificar o teor de água na carne de frango à venda ao consumidor.

A decisão a respeito do método a ser adotado na mencionada fiscalização envolve a utilização de conhecimentos técnicos que, no nosso entendimento, estão ligados a critérios administrativos³⁷. Em razão disso, a decisão da autoridade administrativa envolve o exercício de competência discricionária³⁸.

Di Pietro (2001), recorrendo às lições de Renato Alessi, ensina que, quando há vinculação entre conceitos técnicos e critérios administrativos, a administração está autorizada a fazer um juízo de valor, porque há sempre que se fazer uma apreciação em face do interesse público.

Entendemos que a decisão administrativa questionada na ação civil pública em questão envolve decisão discricionária porque, embora caiba ao administrador recorrer a critérios técnicos para conhecer os meios técnicos adequados para promover de forma eficaz a fiscalização das carnes de aves postas à venda, a sua decisão deverá considerar também outros elementos como a viabilidade da utilização dos meios técnicos adequados e disponíveis e o custo de sua implantação.

³⁷ Di Pietro (2001, p. 113) ressalta que Renato Alessi cita duas hipóteses em que os conceitos técnicos estão ligados a critérios administrativos: “a) quando, com base em dados fornecidos por órgão técnico, a Administração deve, no caso concreto, decidir fazendo uma apreciação em consonância com critérios administrativos de oportunidade e conveniência. Por exemplo: um órgão técnico manifesta-se no sentido de que um prédio ameaça cair; à Administração cabe resolver se essa ameaça representa ou não perigo para o interesse público, de modo a exigir ou não a demolição; nesse caso, a questão técnica fica absorvida pela questão administrativa; b) em outros casos, a decisão baseia-se em critérios administrativos, embora considerando também aspectos técnicos; por outras palavras, a Administração tem que escolher os meios técnicos mais adequados para satisfazer ao interesse público. Exemplo: a escolha de critérios técnicos para a construção de uma obra pública.”

³⁸ Ao contrário, quando os conceitos técnicos não estão relacionados com os critérios administrativos, não há que se falar em discricionariedade. Di Pietro (2001, p. 95) apresenta um exemplo muito esclarecedor: “quando a lei determina a destruição de mercadorias deterioradas, à Administração cabe apenas constatar a ocorrência de deterioração e determinar sua destruição; não lhe cabe valorar a medida em face do interesse público”.

Estando, pois, diante de uma decisão discricionária, não se pode admitir a substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz ou do Ministério Público.

Por outro lado, entendemos que, na hipótese de ficar comprovado que o método pretendido pelo autor é o único capaz de verificar, de maneira eficaz, o excesso de água na carne de frango e, portanto, garantir a proteção ao consumidor, a ação civil pública em questão deve ser julgada procedente, uma vez que o exercício da discricionariedade administrativa é prevista pela lei para possibilitar que o administrador encontre a melhor maneira de atender ao interesse público.

Podemos, por fim, concluir que o controle judicial da execução das políticas públicas terá na análise da discricionariedade administrativa as suas maiores dificuldades, uma vez que não bastará, para se obter uma decisão legítima, a análise da legalidade da decisão administrativa, mas se exigirá também uma análise acerca da sua razoabilidade e da sua aptidão para melhor atender ao interesse público, que, por sua vez, não poderá ser obtida de forma segura se faltarem informações a respeito das questões envolvidas na decisão administrativa.

Feitas essas considerações sobre o controle judicial da execução das políticas públicas, passaremos agora para a análise do controle judicial da omissão do Poder Público na concretização das políticas públicas.

3.3. Controle Judicial da Omissão do Poder Público na concretização das Políticas Públicas

Ainda no que diz respeito ao controle judicial da execução da política pública, o tema omissão do Poder Executivo merece algumas considerações em separado tendo em vista alguns aspectos específicos.

Palu (2004, p. 241) ensina que “se a eficiência tem como contraponto a omissão executiva ou governamental” e “se a discricionariedade é um instrumento para que seja adotada a melhor solução para o caso concreto”, evidentemente não será eficiente uma conduta omissa ou negligente. Por isso, conclui o referido autor que é permitido ao Poder Judiciário constranger o administrador a agir, “se presentes a obrigação legal ou valores constitucionalmente relevantes, nas condições fáticas que forem possíveis no momento”.

Nessa direção, o autor (2004, p. 242) conclui, citando García de Enterría, que é preciso que o juiz verifique se a omissão é justificável sob o ponto de vista dos fatos determinantes e do “dever-poder” de agir da administração, se havia óbices orçamentários ou fáticos razoáveis e comprovados a qualquer solução.

A regular execução das políticas públicas depende da existência de certas condições materiais, isto é, da disponibilidade de servidores públicos qualificados para executá-las e em quantidade suficiente, bem como da existência de uma estrutura administrativa necessária ao desempenho de suas funções. Essas condições materiais dependem, além de um planejamento prévio, da disponibilização de recursos orçamentários.

Sendo assim, para que o Poder Judiciário decida com segurança se a omissão do Poder Executivo em relação à execução de determinada política pública é justificada ou não, e, portanto, se ele deve ou não buscar corrigi-la, também é preciso que estejam à sua disposição todas as informações a respeito das eventuais disponibilidades orçamentárias

previstas para a atividade executiva que se pretenda ver realizada. É preciso, ainda, que o juiz tenha todas as informações sobre a estrutura funcional dos órgãos encarregados das atividades que compõem a política pública pretendida, sobre sua organização e suas disponibilidades, tendo em vista ainda que a estrutura funcional dos órgãos administrativos muitas vezes também está relacionada com as necessidades orçamentárias.

A par dessas diretrizes, podemos distinguir, então, quatro situações passíveis de abrigar a omissão do Poder Executivo. A primeira seria aquela em que a omissão, no exercício de determinada política pública, decorreu da inexistência de previsão orçamentária para a sua realização. A segunda hipótese seria aquela em que, embora existisse previsão orçamentária para a sua realização, a arrecadação dos recursos previstos não se efetivou. A terceira hipótese seria aquela em que os recursos previstos para a realização de determinada política, em determinado período, foram liberados, mas se esgotaram sem que fosse possível atender a toda a demanda. A quarta hipótese seria aquela em que, conquanto existisse previsão orçamentária e tivesse ocorrido a arrecadação dos recursos previstos, esses recursos não seriam efetivamente liberados pelo Poder Executivo.

Como vimos, no capítulo segundo, de acordo com a CF, ao Executivo cabe a iniciativa das leis que estabelecem o plano plurianual, as diretrizes e bases orçamentárias e os orçamentos anuais; ao Legislativo, a sua aprovação e, por via de consequência, o exame e a discussão dos referidos projetos, podendo, portanto, rejeitá-las ou propor emendas tendentes a alterá-las.

Em razão dessas regras constitucionais sustentamos que, na hipótese de inexistência de previsão orçamentária para a realização de determinada política pública, não pode o Poder Judiciário condenar o Poder Executivo a praticar atos materiais necessários à concretização daquela sob pena de se permitir a usurpação das funções atribuídas aos poderes eleitos.

Ao analisar a questão da omissão do Poder Executivo, Appio (2005, p. 168) ensina que “incumbe ao Poder Judiciário apenas fiscalizar a atividade administrativa e não substituí-la”.

O autor chega a essa conclusão sustentando que a omissão do Poder Executivo pode ser intencional, ou seja, pode resultar de um ato de vontade política, consistente na opção de priorizar a implantação de determinados programas sociais ao invés dos almejados por determinados segmentos da sociedade. Segundo o autor, toda opção implica a frustração das expectativas de parcela da sociedade brasileira.

Para o autor (2005), somente naqueles casos em que não existe uma prerrogativa constitucional erigida em favor do Poder Executivo é que se pode conceber a intervenção judicial positiva.

Nesta direção, podemos dizer, então, que permitir que, nas hipóteses em que o Constituinte reservou ao Poder Executivo a discricionariedade política, o Poder Judiciário destine, sem prévia previsão orçamentária, recursos públicos para o cumprimento de decisões judiciais, é admitir usurpações às funções executivas³⁹, bem como a violação da regra expressa no art. 167, I, da CF, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Na hipótese, porém, em que exista previsão orçamentária, mas não haja a efetiva liberação dos recursos públicos e, por isso, fique comprometida a execução da política pública, a solução da questão envolverá as teorias a respeito da natureza jurídica do orçamento público.

³⁹ É importante considerar que apesar do arranjo democrático brasileiro ter adotado a revisão judicial dos atos praticados pelos Poder Legislativo e Executivo, a Constituição Federal adotou o princípio da separação dos poderes e atribuiu ao Poder Executivo o comando da administração pública e a elaboração de políticas públicas que, após aprovadas pelo Poder Legislativo (quando for o caso), serão por ele executadas.

São três as teorias que tratam do assunto: aquela que entende ser o orçamento lei formal e aquela para a qual o orçamento é lei material, bem como aquela que entende ser o orçamento lei *sui generis*.

A teoria que entende ser o orçamento lei formal, como nos lembra Torres (2000, p. 76), é defendida por vários autores brasileiros, quais sejam, Carlos Maximiliano (1923), Bilac Pinto (1953), Amilcar de Araújo Falcão (1987), Francisco Campos (1963) e Aliomar Baleeiro (1981).⁴⁰

Nesta oportunidade, Torres (2000, p. 76) ensina que a teoria que defende ser o orçamento lei formal, entende que ele: “apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras”.

Segundo o autor, essa teoria é a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro.

É importante destacar também que o Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria da lei formal. Como destaca Horvath (1997, p. 97-98), a referida corte já decidiu que:

[...] o simples fato de ser incluída uma verba de auxílio a esta ou aquela instituição no orçamento não cria de pronto direito a esse auxílio, porque não chega a ser propriamente uma lei a chamada lei orçamentária, tão certo é que o seu objetivo é a ordenação financeira do Estado contendo autorização legislativa para cobrança de impostos pelas várias leis anteriores existentes.

⁴⁰ Aliomar Baleeiro (1969, p. 426) nos ensina, no entanto, que é preciso distinguir as despesas fixas das variáveis. Ele esclarece que essas despesas fixas “[...] só poderão ser alteradas por efeito de lei anterior, evidentemente porque resultam da execução da Constituição ou de leis, como os subsídios do Presidente da República e congressistas, vencimentos dos funcionários, obrigações da dívida pública etc. Nesses casos, os agentes públicos têm a sua competência vinculada. O Presidente da República incorrerá em crime de responsabilidade se suspender a realização de tais dispêndios. O próprio Congresso está vinculado e não poderá evadir-se do dever de incluí-los no orçamento”.

Já as despesas variáveis, segundo o autor, “como simples autorizações destituídas de amparo em lei, facultam a ação do Executivo até limite previsto. São créditos limitativos e não impeditivos”. O autor lembra que a sanção contra os chefes do Poder Executivo que não realizarem despesas variáveis autorizadas pelo Parlamento é apenas de caráter puramente político.

No mesmo sentido, e mais recentemente, a mesma corte decidiu que “[...] a previsão de despesas, em lei orçamentária não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial”. (HORVATH, 1997, p. 98)

De acordo com essa teoria, poderíamos dizer, então, que ainda que exista previsão orçamentária, não poderia ser exigida judicialmente a efetiva aplicação de recursos.

Por outro lado, a teoria da lei material entende que o orçamento, em relação aos gastos, cria direito subjetivo.

A respeito da teoria da lei material, Torres (1997, p. 77) ensina que:

Sainz de Bujanda considera o orçamento como “uma lei em sentido pleno, de conteúdo normativo”, com “eficácia material constitutiva ou inovadora” e com todas as características de valor e força da lei, como sejam “a impossibilidade de que suas normas sejam derogadas ou modificadas por simples regulamentos e a possibilidade de modificar e até derogar normas precedentes de hierarquia igual ou inferior”.

Já a teoria da lei *sui generis* sustenta que o orçamento não é lei material, nem formal, mas lei *sui generis*, ou seja, é lei material no que diz respeito à cobrança de tributos e lei formal no que diz respeito à realização dos gastos.

Levando em conta a teoria que entende ser a lei orçamentária uma lei formal, nas hipóteses em que o legislador constituinte não determinou a aplicação mínima de recursos públicos em determinada política pública, não seria possível que o Poder Judiciário determinasse a correção da omissão administrativa quando fosse necessária a liberação de recursos públicos.

No entanto, é importante considerar que a Constituição de 1988 também contém dispositivos que reconheceram o princípio da dignidade humana e os direitos sociais. Com fundamento nesses dispositivos constitucionais será sustentável o entendimento de que o Poder Executivo pode ser obrigado, judicialmente, a executar o orçamento, na hipótese em que a sua decisão pela não-liberação dos recursos públicos previstos estiver impedindo a satisfação dos direitos sociais.

No entanto, nessas hipóteses entendemos ser necessário que o Poder Judiciário analise de forma pormenorizada os motivos que justificam a contenção dos recursos, identificando se eles são relevantes e se a decisão de determinar a não-liberação dos recursos é capaz de gerar efeitos relevantes e desejáveis ou se ela é desarrazoada. Como a discussão envolve a escolha da medida que melhor atenda ao interesse público, é necessário que o juiz pondere os efeitos da decisão que pretende adotar e os efeitos da manutenção da decisão administrativa para identificar aquela que melhor atende ao interesse coletivo.

Sustentamos também que é preciso considerar se a retenção dos recursos foi amplamente debatida na disputa eleitoral, ou seja, se ela foi uma opção consciente dos eleitores, pois, na hipótese dessas considerações serem positivas, parece-nos que a interferência judicial não seria acertada.

No que diz respeito à omissão do poder público na implantação das políticas públicas, nos parece também relevante para o estudo do controle judicial daquelas políticas a questão probatória da insuficiência de recursos para o atendimento das demandas sociais.

Poder-se-ia sustentar que, como o art. 167, I da Constituição Federal veda o início de programas ou projetos não-incluídos na lei orçamentária anual, a existência de previsão orçamentária seria um fato constitutivo do direito do autor obter sentença judicial que determine a realização de atos concretos necessários à satisfação dos direitos sociais. E, nesta ordem, o ônus da prova incumbiria ao autor, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil.

Considerando, no entanto, que o orçamento público é um instrumento complexo e técnico, poderíamos sustentar que a hipossuficiência de alguns autores justificaria a inversão do ônus da prova, ou seja, poderia se exigir do poder público, nas hipóteses em que ele alegar inexistência de recursos públicos para o atendimento da demanda social objeto da ação judicial, a prova de tal fato.

No entanto, há que se considerar que, na maioria dos casos, é o Ministério Público o autor das demandas que pretendem obter prestações relativas aos direitos sociais. Tendo em vista os seus inúmeros poderes investigatórios, a atual estruturação de sua instituição e da alta capacidade funcional de seus membros, bem como dos membros do seu quadro administrativo, em especial quando falamos do Ministério Público da União, é difícil sustentar a hipossuficiência deste autor.

Por outro lado, também é possível sustentar que, diante do reconhecimento constitucional dos direitos sociais, a inexistência de recursos públicos para atendê-los pode ser considerada como um fato impeditivo do direito do autor, e, portanto, o ônus de sua prova cabe, de acordo com o previsto no art. 333, II do Código de Processo Civil, ao réu, ou seja, ao Poder Público.

Como se vê, o assunto pode gerar polêmicas. No entanto, a nossa intenção maior aqui não é dar a resposta a essa questão, mas sim ressaltar a importância da questão probatória da insuficiência dos recursos públicos para as decisões que tenham como objeto a omissão na implementação das políticas públicas.

De acordo com os dados que levantamos, parece-nos que o Poder Judiciário, na maioria das vezes, tem atribuído ao Poder Público o ônus probatório da insuficiência de recursos.

Neste sentido, Palu (2004) cita duas decisões interessantes que demonstram como a questão orçamentária tem sido tratada pelo Poder Judiciário. Essas duas decisões são no sentido de caber ao Poder Público a prova da insuficiência de recursos.

A primeira foi proferida pela Câmara Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a apelação civil nº 063.969-0/2-00. Na referida ação, ao Município de Assis foi atribuída a responsabilidade pela extinção de vagas na rede do ensino infantil, o que teria impedido o acesso à educação infantil a um grande número de crianças. Diante desses fatos, o

Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o dever de o Município manter programas de educação pré-escolar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado. O Tribunal reconheceu ainda que o Poder Público não poderia, com o objetivo de dar prioridade ao ensino fundamental, invocar o poder discricionário para fechar vagas já existentes no ensino infantil. Além de fazer essas considerações, o Tribunal ressaltou que o Município réu não comprovou adequadamente a insuficiência de verbas para atender a ambas as redes de ensino, fundamental e infantil.

Confira-se parte do respeitável acórdão:

[...] E, na espécie, não comprovou adequadamente o apelante a insuficiência de verbas para atender ambas as redes de ensino, fundamental e infantil [...] E, exigir que o Município, no âmbito de sua competência, não reduza sua rede de ensino infantil, e proporcione atendimento a todas as crianças de zero a seis anos de idade, em creches e pré-escolas, é obrigá-lo ao cumprimento de dever constitucionalmente estatuído.

A segunda decisão destacada por Palu (2004), que julgamos interessante, também diz respeito ao oferecimento de vagas em creche da rede municipal. O caso ocorreu no Município de Santo André. Após o Tribunal ter reconhecido o direito pleiteado, fundamentou que não bastava a mera alegação de descumprimento em função de limitações orçamentárias e reconheceu que, em nenhum momento, o Município demonstrou ter esgotado as verbas orçamentárias específicas destinadas a garantir o direito à educação infantil. Confira-se:

[...] Não basta à mera alegação de descumprimento em função de limitações orçamentárias, pois em momento algum demonstrou o administrador municipal ter esgotado as verbas orçamentárias específicas destinadas a este direito fundamental. E a ele competia a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, por força do que dispõe o inc. II do art. 333 do CPC. (RT 799/218)

Na mesma direção, encontramos a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 78.389-0, interposto em uma ação civil pública, proposta em relação a um Município paulista, na qual se pleiteava um tratamento de saúde

adequado a um menor portador de paralisia cerebral, bem como o transporte e a matrícula em escola, que pudesse prestar tratamento compatível com a deficiência do autor.

Após invocar os dispositivos legais que garantem ao autor o acesso às ações e serviços de saúde, o relator, Exmo. Sr. Álvaro Lazzarini, analisou a questão orçamentária da seguinte maneira:

Não basta a mera alegação de descumprimento por limitações orçamentárias, pois em momento algum demonstrou o administrador municipal ter esgotado as verbas orçamentárias específicas destinadas a este direito fundamental. E a ele competia a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, por força do que dispõe o inciso II, do artigo 333 do Código de Processo Civil. Respeitadas as duntas convicções em sentido contrário, nos parece que atribuir ao particular a prova de que seria o Poder Público quem ainda disporia de verba orçamentária para tal fim, quando ao Estado tal seria muito menos oneroso, seria praticamente negar o direito do primeiro, situação proibida por lei desde, pelo menos, a própria edição do Código de Processo Civil de 1973, que especialmente estabelece como “nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: [...] II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (artigo 333, parágrafo único e inciso II). (PALU, 2004, p. 242-243)

Por fim, e ainda com o intuito de demonstrar como o Poder Judiciário tem lidado com a questão orçamentária nas ações em que se discute a omissão do Poder público, destacamos a decisão também proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em ação na qual se pretendia imputar ao Município de Araraquara a obrigação de garantir atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência.

Na referida ação, após reconhecer a obrigação constitucional de fornecer o tratamento educacional especializado, o acórdão trouxe a fundamentação de que a sentença apelada não violou a oportunidade e a conveniência atribuídas ao Poder Executivo ao impor a obrigação do Município na primeira oportunidade de providenciar a inclusão em orçamento dos meios necessários para o cumprimento da decisão, bem como ao impor a obrigação de elaboração e implantação de projeto para assegurar o atendimento educacional especializado. O acórdão também julgou acertada a parte da r. decisão que determinou a inclusão no primeiro orçamento possível após o trânsito em julgado da decisão, tendo em vista a

necessidade de observar o modo e o tempo próprios para obter a efetiva dotação orçamentária.

Confira-se:

[...] Não se tratou, como ressaltado pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, de mera valoração dos aspectos subjetivos da oportunidade e da conveniência da instalação do serviço de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, mas de verdadeira imposição legal, à qual a Municipalidade não se pode furtar, ainda que omissivamente. Não se feriram mesmo os princípios da oportunidade e conveniência, cuidando a r. sentença de ressaltar a obrigação, em um primeiro momento, de se providenciar, atendidos os trâmites próprios, a inclusão em orçamento dos meios necessários para o cumprimento daquele dever perseguido pela ação civil pública e consistente na elaboração e implantação de projeto de atendimento integral e intensivo da criança e do adolescente portador de deficiência auditiva. Nenhum reparo, ainda, no que se refere ao inconformismo manifestado pelos autores da ação. Ao se referir a r. sentença recorrida à “inclusão no primeiro orçamento possível após o trânsito em julgado”, veio efetivamente afirmado, acertadamente, que tal inclusão deverá ocorrer, uma vez transitada em julgado a decisão, na primeira previsão orçamentária que se seguir, não por conveniência, mas em respeito ao tempo e ao modo próprios necessários para a efetiva dotação orçamentária. (ApCív. 84.372-5 – Araraquara, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Christiano Kuntz, m.v.)

Como se vê, diferentemente das três primeiras decisões citadas, nas quais, no nosso entendimento, a questão orçamentária não foi tratada com o cuidado que a sua complexidade exigia, talvez até em razão da postura das próprias partes em relação a ela, essa última decisão tratou a questão da previsão orçamentária com mais atenção.

Como se infere, essa última decisão, após fundamentar que diante das regras constitucionais não havia dúvidas sobre a existência do direito pleiteado, qual seja, o oferecimento de tratamento especializado para os portadores de deficiência, também considerou as regras constitucionais atinentes ao orçamento público decidindo que o cumprimento da decisão exigia um prévio planejamento, bem como a edição de lei orçamentária.

Com a apresentação dessas decisões judiciais pretendíamos demonstrar como o Poder Judiciário tem dado pequena importância à questão orçamentária, analisando-a de maneira simplista, talvez em razão da inexistência de maiores elementos para justificar a sua

decisão, motivo esse que pode ser atribuído às próprias partes que não têm se empenhado na produção probatória.

Parece-nos que, em virtude dos orçamentos serem instrumentos complexos que demandam conhecimentos de diversas áreas do saber, a sua compreensão não é tarefa fácil, o que, por consequência, dificulta o exercício seguro do seu controle.

No entanto, tendo em vista que a execução orçamentária envolve recursos públicos, entendemos que o juiz não pode ficar inerte à questão probatória, como se estivesse diante de interesses meramente patrimoniais.

Por fim, concluímos que a omissão administrativa pode ter origem em vários fatos que precisam ser bem avaliados por meio do controle judicial, porque, como vimos, a omissão do Poder Público pode ser justificada pela inexistência de recursos públicos ou pela não liberação desses recursos.

Considerando que, na maioria das hipóteses, a programação orçamentária (previsão e liberação) é tarefa atribuída ao Poder Executivo, que tem ampla discricionariedade política para exercê-la, qualquer decisão judicial que imponha à administração a realização de atividades que dependam de recursos públicos não-orçados ou não-liberados precisa estar precedida de uma séria análise das condições fáticas relacionadas à conduta administrativa tida por omissiva, sob pena de ficar caracterizada a sua ilegitimidade.

No entanto, como veremos no próximo capítulo, em razão dos limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário, esse poder também encontrará dificuldades para obter todas as informações de fato relacionadas à conduta omissiva analisada, necessárias à adoção de uma decisão segura a seu respeito.

3.4 A estrutura do conflito acerca dos direitos sociais e a maneira como o Poder Judiciário o tem enfrentado

Ainda a respeito da análise do exercício do controle judicial das políticas públicas, propomos aqui demonstrar que o Poder Judiciário, a despeito da estrutura particular dos conflitos que envolvem os direitos sociais, vem tratando esses conflitos como se eles tivessem a mesma estrutura dos conflitos de índole individual.

Como nos ensina Lopes (2006), os direitos sociais têm um objetivo diferente, têm uma lógica diferente: o bem é coletivo e a lógica é a da justiça distributiva.

Por conseqüência, as políticas públicas partem de um ideal de justiça distributiva e não de justiça comutativa⁴¹.

Como vimos, os direitos sociais dependem da atuação positiva do Estado. Para que tais direitos sejam efetivados é preciso que ocorram mudanças que não se limitem ao restabelecimento do *status quo*, como ocorre nas demandas comutativas.

O sucesso da efetivação dos direitos sociais está diretamente relacionado à existência de programas orçamentários, mas não só à sua existência, como também à alocação, nos orçamentos públicos, de recursos suficientes e, sobretudo, à sua execução pelos agentes públicos.

Ademais, os direitos sociais não são assegurados por meio de um só ato, com a entrega de determinado bem da vida. Eles exigem uma atividade contínua do Poder Público.

⁴¹ A distinção entre justiça distributiva e comutativa é apresentada por José Reinaldo Lima Lopes (2006, p. 282). Segundo ele, “a distinção tradicional entre justiça distributiva e comutativa explica que algumas regras aplicam-se à partilha dos bens comuns ou de bens escassos, enquanto outras aplicam-se à troca de bens ou mercadorias”. Afirma, ainda, que “em termos contemporâneos e mais familiares a justiça distributiva dirige as regras de um jogo de soma não-zero, a justiça comutativa os jogos de soma zero”. Em outra passagem, o mesmo autor (2006, p. 125) conceitua justiça distributiva como sendo aquela que “diz respeito à divisão ou apropriação individual do fundo social comum, fundo de benefícios e de custos”. André Franco Montoro (2005, p. 221) também escreve sobre a diferença entre justiça distributiva e justiça comutativa. Segundo este autor, ao contrário da justiça comutativa, que se realiza através de operações particulares, a justiça distributiva se efetua através de um estado de participação equitativa de setores da comunidade nos benefícios e encargos sociais.

Essa atividade pública depende de metas previamente definidas para curto, médio e longo prazo.

Outra característica dos direitos sociais que vai marcar a estrutura dos conflitos sociais está relacionada ao fato de eles constituírem bens coletivos, de fruição universal e simultânea por todos os cidadãos.

Não é demais lembrarmos que o direito à saúde, por exemplo, é assegurado como dever do Estado, para todos os cidadãos, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF).

No mesmo sentido é assegurado, pela Constituição Federal, em seu art. 205, o direito à educação como sendo dever do Estado e da família. De acordo com o previsto no art. 206 da CF, o ensino será ministrado, dentre outros, com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Como nos ensina Vieira (2006, p. 81), a todos é garantido o acesso universal, independentemente do seu mérito ou de sua necessidade, aos direitos à saúde e à educação, ou seja, todos têm direitos a iguais parcelas de “X”.

No entanto, para que seja assegurado, por exemplo, a todos o acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde, bem como a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, é necessário que as políticas públicas tendentes a sua satisfação sejam planejadas e normatizadas em caráter geral. É preciso que sejam levadas em consideração todas as possibilidades técnicas e políticas existentes para a efetivação dos direitos sociais, de modo que seja adotada a solução que garanta uma maior satisfação das necessidades coletivas, bem como a que assegure o acesso igualitário aos direitos sociais.

Esses ditames constitucionais têm relação com o fato de o Estado tender, aspirar, a ser cada vez mais social, dando “prevalência aos interesses coletivos, antes que aos

indivíduos”, como nos ensina Silva (1998, p.115). Essa adoção de fins sociais tendentes a garantir a proteção dos fins individuais, segundo o autor, é o que distingue o Estado Democrático de Direito do Estado Liberal Individualista.

Muitas vezes, porém, as medidas necessárias à satisfação dos direitos sociais conflitam com as medidas necessárias às garantias dos direitos individuais. Várias são as pretensões em torno dos direitos sociais, assim como diversas são as medidas que podem ser adotadas. Certas medidas podem ser defendidas por um grupo de pessoas e rejeitadas por outro. Assim, podemos dizer que os conflitos acerca dos direitos sociais são conflitos plurilaterais, ou seja, envolvem os interesses de diferentes grupos de pessoas. Esses diversos interesses não podem ser divididos em apenas duas partes, quais sejam, os interesses da parte demandante e os interesses da parte demandada.

Sendo assim, as decisões acerca das políticas públicas, como já vimos, exigem cálculos sobre resultados possíveis, e, assim, para proferi-las com segurança, não basta, nos dizeres de Lopes (2006), que sejam invocados princípios constitucionais.

Nessa direção, no nosso entender, uma decisão que reconhece que é dever do Estado prestar determinada obrigação jurídica relacionada a uma política social específica apenas sob o fundamento de a obrigação ser legalmente devida, mostra-se, no mínimo, incompleta, no que diz respeito a sua fundamentação.

Nesta direção, diante da escassez de recursos financeiros e materiais, seria salutar que todos os grupos de pessoas beneficiárias de pretensões sociais fossem ouvidos (o que deveria dar-se por meio de seus representantes políticos) e que o atendimento das pretensões de um grupo não frustrasse as pretensões de outro grupo. Por exemplo, é importante que sejam atendidas as demandas por novos medicamentos e novos procedimentos médicos, da mesma maneira como deve ser atendida a demanda pela construção de um hospital em determinada localidade e garantida a realização de campanhas de vacinação, em outra.

No entanto, na hipótese de os recursos financeiros e materiais serem insuficientes para atender todas as demandas, o que fazer?

Lopes (1998, p. 131) aborda o problema nos indagando:

[...] a prestação do serviço depende de real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros?

Essa abordagem do problema é de fundamental importância porque, como demonstraremos na seqüência, os direitos sociais têm sido pleiteados individualmente, ou seja, com o objetivo de beneficiar pessoas determinadas, como, por exemplo, com o fornecimento de um medicamento específico, com a garantia de uma vaga no ensino fundamental ou com a garantia de um tratamento médico específico. Nestas hipóteses, a nosso ver, os direitos sociais estão sendo entendidos como mera soma de pretensões individuais.

Em nossas buscas, encontramos duas pesquisas que demonstram que muitas vezes os direitos sociais estão sendo pleiteados em favor de determinadas pessoas.

A primeira pesquisa que destacamos e que, inclusive, já foi citada anteriormente, é a realizada por Camila Duran Ferreira e outros, intitulada: O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil – o caso AIDS.

A referida pesquisa esclarece que os seus itens investigativos foram: (i) identificação da classe processual e número de acórdãos; (ii) identificação das partes; (iii) pedido postulado na ação ordinária; (iv) concessão da antecipação de tutela e fundamento; (v) reconhecimento pelo julgador do direito à saúde como política pública; (vi) classificação do direito à saúde como coletivo ou individual; (vii) utilização de critérios econômicos para a decisão; e (viii) consideração de possíveis impactos sociais da decisão.

Ficou esclarecido, ainda, que os itens investigativos tinham cada qual o seu objetivo, quais sejam:

[...] o item investigativo “i” tinha o objetivo de identificar individualmente cada acórdão e, com o item “ii”, definir contra que ente do Poder Público a ação foi proposta (Fazenda Pública do Estado de São Paulo, Prefeitura de São Paulo ou secretários de saúde) e seu pólo ativo, se coletivo (Ministério Público ou associações representativas de interesses) ou individual. No item “iii”, por sua vez, analisou-se o pedido formulado pelo autor na ação ordinária, ou seja, aquela proposta em primeira instância e submetida à revisão pelo tribunal (materialmente, referiam-se ao fornecimento de medicamentos e/ou realização de exames laboratoriais). No item “iv”, operou-se a análise da concessão ou não de antecipação de tutela e sob qual justificativa (processual ou material), tendo em vista a reversibilidade da decisão em relação a seus efeitos concretos. O item “v” procurou verificar se o julgador considera a concretização do direito à saúde condicionado a programas de ação pelo Executivo (política pública) ou como uma mera norma constitucional de possível aplicação e eficácia imediata, sem a necessidade de intermediação do Executivo, portanto. A definição do direito como coletivo ou individual, abordado no item “vi”, objetivou analisar como o julgador classifica o direito à saúde e, conseqüentemente, como a questão é tratada no âmbito processual. A análise da utilização de critérios econômicos pelo juiz, assim como do impacto social de sua decisão (itens “vii” e “viii”), teve como escopo verificar se o julgador considerou as restrições orçamentárias a que o Executivo está submetido e o impacto para a coletividade da realocação dos recursos destinados à saúde pública.

Os objetivos da pesquisa revelaram vários aspectos sobre o controle judicial das políticas de saúde. No entanto, neste trabalho, destacaremos apenas aqueles que entendemos importantes para a abordagem do problema que pretendemos discutir neste item.

Um dos aspectos revelado pela pesquisa diz respeito às partes que figuram nas ações analisadas. De acordo com esse aspecto, a maioria das ações foi proposta contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, sendo o pólo ativo composto por mais de um autor em 80% dos casos. (FERREIRA, 2006)

A presença de vários autores no pólo ativo de uma demanda se dá, como sabemos, por meio do litisconsórcio ativo, que é utilizado como meio de economia processual por dispensar a formulação de vários processos⁴².

⁴² Celso Agrícola Barbi (1998, p. 191-192) nos ensina que: “A forma mais simples de processo é aquela em que há um único autor e um único réu. Frequentemente, porém, aparecem várias pessoas como autores ou como réus. Essa pluralidade de partes denomina-se litisconsórcio e elas são chamadas litisconsortes. Quando a pluralidade é

Sendo assim, a presença de vários autores no mesmo pólo de uma determinada ação não revela o tratamento de um direito social como um bem coletivo, mas sim como meros direitos individuais.

Ainda sobre esse ponto, os pesquisadores, em nota, esclareceram que a presença de vários autores no pólo passivo da demanda demonstrou que há uma tendência em se buscar a extensão dos efeitos da sentença para mais de uma pessoa.

Na mesma direção, em outra nota (nº 86), os mesmos pesquisadores esclarecem que o estudo realizado revela que a atuação de autores como o Ministério Público e as associações representativas dos interesses dos portadores do vírus HIV no controle judicial da política em questão não exerceram um papel de destaque. Segundo eles, na amostra dos acórdãos analisados foi encontrada apenas uma ação ordinária em que uma associação representativa figurava como parte.

Esses esclarecimentos confirmam o enfoque individual que vem sendo dado aos direitos sociais pelos profissionais do direito. A tendência de se buscar a extensão dos efeitos da sentença para mais de uma pessoa, também determinada, não é capaz de mudar os efeitos do enfoque individual dado aos direitos sociais.

Outro aspecto revelado por essa pesquisa diz respeito à classificação do direito à saúde como coletivo ou individual. Segundo esse aspecto, a pesquisa revelou que: “nos casos de concessão, em 93% das decisões os julgadores consideraram o direito à saúde como individual e apenas em 5% como coletivo. Os 2% restantes não fizeram considerações dessa ordem”.⁴³ (FERREIRA, 2006, p. 24)

de autores, tem-se o litisconsórcio ativo, se de réus, há litisconsórcio passivo; se de autores e de réus, chama-se litisconsórcio recíproco”. Mais adiante, o referido autor diz que, quanto à influência da vontade das partes na sua formação, o litisconsórcio pode ser necessário ou facultativo. “O necessário é aquele que não pode ser dispensado, mesmo que todos os interessados estejam de acordo”. Já o facultativo, segundo o autor, “é o que depende da vontade das partes para sua formação”. Em outra passagem, o referido autor esclarece que o litisconsórcio facultativo ocorre quando, entre várias pessoas, houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide.

⁴³ “Já nos casos de não concessão, em 53% das decisões o direito foi definido como coletivo, contra 33% de individuais. A motivação processual, neste caso, correspondeu a 14%”. (FERREIRA, 2006, p. 24)

Do total de decisões, apurou-se que: “em 84,7% os juízes consideraram o direito à saúde como individual, 11,8% como coletivo e 3,5% não fizeram essa consideração, se atendo a questões meramente processuais”. (FERREIRA, 2006, p. 25)

Na mesma direção, a outra pesquisa que encontramos, que também demonstra que os direitos sociais, na maioria dos casos, são tratados como direitos individuais, é a publicada por Lopes (2006), realizada no período de 1997 a 2003.

A mencionada pesquisa se refere às decisões sobre o direito à saúde e à educação proferidas em ações civis públicas julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁴.

Essa outra pesquisa conseguiu revelar que, no ano de 1995, as ações civis públicas correspondiam a apenas 0,00008% dos processos que ingressaram no Tribunal de Justiça de São Paulo. Nesse contexto, o autor (2006) conclui que o reduzido número de ações e decisões proferidas em ações civis públicas também indica que os direitos à saúde e à educação não vêm sendo tratados como objetos ou bens coletivos.

Mas o aspecto demonstrado por essa pesquisa, que julgamos mais importante, diz respeito àquele que revela a utilização das ações civis públicas para pleitear um medicamento ou tratamento específico para uma determinada pessoa.

Esse tipo de utilização é expressivo. Isso se diz porque, no tocante ao direito à saúde, o autor (2006) analisou sete decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em ações civis públicas e esclarece que três delas visavam ao fornecimento de medicamentos a um número indeterminado de pessoas, ou seja, nelas, o direito ao medicamento era pleiteado como um direito coletivo (não era pleiteado a favor de determinada pessoa). Já as outras

⁴⁴ Segundo esclarecimentos do autor, essa pesquisa concentrou-se na Revista de Jurisprudência do STJ, Tribunais Federais e nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O autor ressalta, no entanto, que nem todas as decisões são publicadas. O levantamento revelou que, no período de 1997 a 2003, foram publicadas pelo STJ oito decisões proferidas em ações civis públicas relativas ao direito à saúde e à educação (sete relativas à saúde e uma relativa à educação); e pelo TJ-SP, 61 julgamentos, sendo que, dessas, 38 eram ações civis públicas que tinham como objeto o direito à saúde e 23 eram ações civis públicas que tinham como objeto o direito à educação.

quatro decisões analisadas pelo autor diziam respeito a ações civis públicas que foram propostas para beneficiar pessoas especificamente nominadas. Em uma, pedia-se tratamento para a hepatite crônica, em outra, tratamento para hipertensão pulmonar.

Uma terceira decisão dizia respeito a um tratamento em favor de um menor com paralisia cerebral, qual seja, o fornecimento de uma cadeira com encosto lateral, mesa com encaixe e colete, bem como a assistência integral por um funcionário do Poder Público. A quarta dizia respeito à condenação do Município de Embu ao fornecimento de um medicamento a um menor pobre.

No que se refere ao direito à educação, o autor esclarece que diversas ações civis públicas colocaram em questão os sistemas escolares do Estado de São Paulo e de alguns de seus Municípios, mas informa também que diversas são as ações com beneficiários determinados. Nessas decisões destacadas pelo autor, observaram-se “pedidos de vagas em escolas ou creches (três casos) e um caso em que se pleiteava o pagamento de vaga em escola particular por falta de vagas na rede pública”. (LOPES, 2006, p. 251)

Nessa direção, o referido autor (2006, p. 255-256) conclui que:

O levantamento dos casos mostrou justamente que os tribunais ficam à vontade para julgar o caso a favor de um indivíduo, mas não ficam à vontade para obrigar a revisão de políticas gerais. Nestes termos, as ações civis públicas tendem a ter mais sucesso quando propostas para defender interesses divisíveis e singulares do que quando propostas para defender “interesses difusos”. Levando às últimas conseqüências: as ações civis públicas funcionaram melhor quando usadas fora de seu propósito do que quando utilizadas para os fins que alimentam o ideário de sua criação, pelo menos quando analisamos os casos de saúde e educação tratados como direitos sociais. Em geral as ações funcionaram melhor quando se converteu seu pedido em defesa de direito fundamental individual, ou da fruição individual de um direito social.

Um segundo aspecto revelado pela segunda pesquisa ora analisada, embora com um enfoque um pouco diferente, diz respeito aos efeitos de uma decisão, proferida em favor de um pequeno número de pessoas, quando considerado o aspecto universal e o gozo simultâneo dos direitos sociais. Passemos, então, à análise desse segundo aspecto.

A primeira pesquisa, qual seja, a realizada por Camila Duran Ferreira e outros (2006, p. 25), ao considerar a utilização de critérios econômicos na decisão, constatou que: “[...] nos casos de não concessão, em 76,2% considerou-se que os recursos públicos são escassos e que a administração está vinculada à previsão orçamentária. Nos casos de concessão, este percentual caiu para 8,9%”.

Na mesma direção, a pesquisa analisou se as decisões judiciais consideraram ou não seus possíveis impactos sociais e verificou que: “[...] nos casos de não concessão, os prejuízos para a coletividade, decorrentes da alocação de recursos de forma esporádica, foram argüidos em 66,7% dos casos, enquanto que nos casos de concessão, em apenas 4,1%”. (FERREIRA, 2006, p. 25-26)

Assim, se considerarmos que todos os julgadores, antes de decidir, analisaram diversas circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas na lide, podemos dizer que, entre aqueles que assim procederam, os que consideraram que sua decisão - ao realocar recursos públicos de forma esporádica, ou seja, para a satisfação dos direitos de determinadas pessoas - pode causar prejuízos à população, concluíram pela improcedência da ação.

Dizendo de outro modo, se analisarmos a vinculação do administrador à previsão orçamentária, bem como os eventuais prejuízos à população que poderiam advir da alocação de recursos para o atendimento dos direitos de determinadas pessoas, a tendência é de que as decisões sejam pela improcedência dos pleitos de direitos sociais como meros direitos individuais.

Nessa direção, é importante esclarecer, também, que os autores dessa primeira pesquisa, depois de analisarem as decisões judiciais sob a ótica dos mencionados critérios, concluíram que a tutela jurisdicional referente à política de concessão de medicamentos para os portadores do vírus HIV não respeitou “sua natureza coletiva, tratando o conflito de maneira fragmentada, ainda nos moldes liberais clássicos”; e que “a tutela individual do

direito à saúde não é a mais adequada, pois desconsidera sua natureza”. (FERREIRA, 2006, p. 39-40)

Os autores dessa pesquisa concluem que a tutela coletiva seria uma forma mais efetiva de provocar o Executivo a (re)elaborar sua política pública porque a utilização desse tipo de tutela teria mais chance de considerar a natureza desses direitos, permitiria uma maior previsibilidade e possibilidade de programação do Poder Executivo, uma vez que adquiriria uma dimensão coletiva e não de prestação individualizada, esporádica. Os autores lembram que a tutela coletiva teria a possibilidade de estender os benefícios a toda coletividade e não apenas a determinados indivíduos, contemplados por meio de uma tutela individual. Os autores destacam ainda a possibilidade de redução dos custos processuais e a possibilidade de redução da sobrecarga do Poder Judiciário, além de ser possível evitar decisões conflitantes.

Como exemplo dessas ações coletivas, podemos citar as hipóteses em que se pleiteia a adoção de providências para assegurar a internação de menores infratores, a condenação do Poder Público à obrigação de realizar tratamento de detritos lançados às margens de um determinado rio, o fornecimento de um novo medicamento a toda população necessitada, a disponibilização de um novo procedimento cirúrgico a todos os pacientes atendidos pelo SUS.

Apesar de os autores reconhecerem a maior eficácia das tutelas coletivas (FERREIRA, 2006, p. 42), eles atentam para o fato de que “tanto a tutela coletiva quanto a individual sofrem de um mesmo problema: a desconsideração do impacto econômico da decisão judicial”. Nessa oportunidade, os autores (FERREIRA, 2006, p. 42) alertam que as decisões judiciais provocam uma “[...] efetiva alocação de recursos pelo Judiciário com resultados macroeconômicos que podem demandar mais prejuízo que os benefícios obtidos”.

A pesquisa realizada por Lopes (2006) faz uma análise parecida com essa, ao esclarecer que, nos argumentos constitucionais que aparecem nas decisões por ele analisadas, não se verifica o tema da universalidade e do gozo simultâneo dos direitos, ou seja, com

exceção ao voto vencido, proferido pelo desembargador Hermes Pinotti, em 29.03.2001, na AC 68.359-0⁴⁵, os juízes não consideraram que, se o Estado for condenado, por exemplo, a custear uma escola especial a um determinado aluno, deve ser de tal modo que possa pagar a escola de todos os que estivessem na mesma situação, em razão da universalidade do direito à educação.

De acordo com a opinião deste autor, aos juízes caberia fazer essa consideração, pois, se o Estado for condenado àquela prestação apenas porque pode arcar, de fato, com aquele único caso, o Judiciário estará afirmando um direito que aparentemente é democrático, mas que só pode ser concedido a um, isto é, àquele que chegar primeiro.

O autor (2006, p. 256) arremata sustentando que todos os direitos têm custos e que todos os custos devem ser divididos, de forma que o Poder Judiciário deveria mostrar que “[...] a divisão de custos que está propondo é melhor, mais conforme à lei e à constituição, do que a divisão de custos implícita na política governamental”. Para isso, no entanto, seria necessário “que elaborasse algum raciocínio sobre as conseqüências universais da regra que está aplicando”.

Essa possibilidade do Poder Judiciário elaborar um raciocínio sobre as conseqüências universais de sua decisão, no bojo de uma ação coletiva, é dificultada em razão da sua estrutura, bem como em virtude dos procedimentos judiciais existentes, como veremos no próximo capítulo.

Nesse tópico, porém, pretendemos demonstrar que os direitos sociais vêm sendo pleiteados como direitos individuais, destituídos de sua natureza coletiva, o que tem ocorrido

⁴⁵ Esse voto vencido demonstra que “da afirmação que todos têm direito à saúde não se segue imediatamente que cada um tem direito a alguma coisa em particular, pois o que há são vários direitos garantidos na Constituição e que podem chocar-se entre si. Ele nega o truísmo de que a saúde é um direito fundamental, mas ressalta que na Constituição muita coisa é direito fundamental, inclusive o lazer, e que não há diretamente no texto constitucional uma hierarquia. Logo, o problema que não pode deixar de ser enfrentado, segundo ele, é saber como o Estado, obrigado a garantir todos aqueles direitos, irá hierarquizá-los. O referido voto vencido também aborda a questão da escassez, destacando que o Estado deve prover ampla assistência à saúde (o assunto era escola especial com tratamento individualizado), e que é preciso levar em conta todos os deveres do Estado simultaneamente. O problema da escassez não é para ser resolvido entre o Estado e cada cidadão em particular, mas no confronto de todos os cidadãos”. (LOPES, 2006, p. 253)

tanto por meio de ações coletivas, como por meio de ações individuais. Tivemos como objetivo, também, demonstrar que esses direitos não vêm recebendo, de regra, tratamento jurídico condizente com a sua natureza normativa.

O fato de as ações civis públicas estarem sendo utilizadas para pleitear os direitos sociais como se eles fossem meros direitos individuais, a nosso ver, demonstra que as ações coletivas precisam ainda percorrer um longo caminho para, realmente, se transformar em um efetivo instrumento democrático capaz de promover uma ampla e democrática discussão acerca dos critérios de efetivação dos direitos sociais, ou seja, uma discussão que, diante da escassez de recursos materiais, humanos e financeiros, considere os diversos anseios da sociedade civil, sem levar em conta apenas as pretensões de determinado grupo de pessoas.

Ademais, entendemos que o Poder Judiciário, ao decidir os conflitos envolvendo os direitos sociais como se tratassem de conflitos bilaterais (quando na realidade são conflitos plurilaterais), está assumindo o risco de concorrer para o agravamento das distorções já existentes na distribuição de tais direitos.

Nessa direção, entendemos que, embora as tutelas individuais garantam o gozo de direitos sociais à determinada pessoa, elas não se mostram menos apropriadas porque a análise episódica das políticas sociais pode violar o princípio da isonomia, bem como o princípio da universalidade.

Do mesmo modo, algumas ações coletivas, propostas com o objetivo de assegurar um interesse episódico, ou seja, de assegurar o direito social apenas um determinado grupo de pessoas, sem considerar os demais interesses existentes na sociedade, também podem representar violação ao princípio da universalidade.

Alguns autores já atentaram para essa questão. Amaral (2001, p. 117) ressalta que pretender que todas as prestações positivas sejam reivindicadas por meio do Poder Judiciário e que todas elas sejam atendidas independentemente da questão financeira significaria

distanciar-se de qualquer fundamento de justiça, uma vez que “[...] a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá (e. g. quem tiver mais sorte na distribuição da demanda judicial, quem conseguir divulgação da mídia, quem reivindicar primeiro)”.

Machado (2006, p. 114) também trata do tema e ressalta que, de acordo com o princípio da igualdade, as políticas públicas devem atribuir uma mesma parcela de prestações positivas a todos, no sentido da universalidade, e, por esse motivo conclui que:

[...] decisões judiciais que concedem liminares para implementação de políticas públicas, que não foram discutidas e aprovadas na seara competente, ocasionariam a preterição de outras, que por sua vez foram discutidas e aprovadas e, mais do que isso realizam atribuição de direitos subjetivos a determinados indivíduos, em prejuízo de outros, na mesma situação de fato e de direito.⁴⁶

Essas considerações nos levam a concluir que o tipo de pleito judicial evidenciado pelas duas pesquisas aqui destacadas pode agravar ainda mais a distribuição dos direitos sociais, se considerarmos que os cidadãos menos favorecidos, de regra, têm menor acesso ao Judiciário.

A essa conclusão se chega quando é levado em consideração, também, o dado relativo aos resultados da aplicação dos recursos públicos na área social.

Não obstante a quantidade dos gastos sociais no Brasil estejam de acordo ou até mesmo acima dos padrões internacionais, os efeitos desses gastos sobre os principais indicadores de bem-estar social ficam muito aquém do esperado⁴⁷.

⁴⁶ O referido autor cita duas decisões que, no seu entender, são capazes de gerar essas discriminações: uma decisão que determinou a recuperação de determinado trecho da rodovia federal e outra que determinou a concessão de remédios não constantes nas políticas públicas definidas pelo Legislativo e pelo Executivo.

⁴⁷ A essa conclusão se chega quando se analisam os estudos existentes a esse respeito. A amostra da Cepal (LANZANA, 1999, p. 30) demonstrou que: “(a) em termos de mortalidade infantil, a Colômbia está mais bem posicionada que o Brasil; b) com 19% de analfabetismo, o país fica mais bem posicionado apenas que Guatemala (35%), Nicarágua (34%) e El Salvador (29%); c) em mortalidade infantil, o país fica à frente apenas da Bolívia, Guatemala, Equador, Peru e Nicarágua; d) em expectativa de vida, é o 9º colocado entre os 13 países; e) no item percentual da população infantil imunizada, o Brasil (com 79%) está empatado com a República Dominicana e à frente apenas da Bolívia (78%), Guatemala (76%), Equador (74%) e Colômbia (74%); e f) a taxa de desnutrição no Brasil é superior à observada nos seguintes países: Chile, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Jamaica, Peru e República Dominicana”. O índice de desenvolvimento humano (IDH), indicador que

Após apresentar dados sobre os gastos sociais e os seus resultados, que revelam que as famílias com maior renda *per capita*, apesar de representarem uma parcela menor da população, ficam com a maior porcentagem dos gastos sociais feitos pelo governo, Lanzana (2005, p. 31) esclarece que:

A conclusão que se pode tirar desses números é que o Brasil gasta muito mal na área social, isto é, a qualidade dos gastos sociais deixa muito a desejar. Na realidade, essa situação parece explicada pelo fato de os gastos sociais não atingirem exatamente quem mais precisa deles (ou seja, os grupos menos favorecidos e mais vulneráveis da sociedade), além da baixa eficiência dos programas sociais do governo⁴⁸.

Assim, se os gastos públicos na área social, realizados por meio das políticas públicas que, por sua natureza, deveriam atuar universalmente, acabam não atingindo, de maneira igualitária, todos os contemplados constitucionalmente pelos direitos sociais, o que dizer então das decisões judiciais que analisam situações particulares?

Considerando que as pesquisas a respeito dos gastos públicos, realizados por meio das políticas sociais, revelam que os mais necessitados são aqueles que são menos beneficiados com gastos públicos, é muito provável que, da mesma maneira, a distribuição dos direitos sociais, por meio da atuação do Poder Judiciário, não beneficie os mais

mede a qualidade de vida, também revela que os efeitos dos gastos públicos não atingem os resultados desejados. A pesquisa revelou também que o Brasil “[...] não é considerado como de alto desenvolvimento (acima de 0,800), como é o caso do Chile (0,844). O Brasil é considerado de médio desenvolvimento (mais de 0,500 e menos de 0,800), mas, com 0,747, fica atrás da Costa Rica (0,797) e da Colômbia (0,764)”.

⁴⁸ O referido autor esclarece que o Banco Mundial, ao analisar a distribuição do gasto público por faixa de renda familiar, verificou que: [...] enquanto os 41% mais pobres da população (residentes nos domicílios com renda mensal per capita até meio salário mínimo) recebem apenas 20% do total, as famílias de maior renda (com mais de dois salários mínimos per capita) ficam com 34% do total dos gastos sociais feitos pelo governo, embora representem apenas 16% da população total. Isso significa que os gastos sociais do setor público brasileiro crescem com o nível de renda da família: em 1989, eles eram de aproximadamente 110 dólares anuais per capita entre os mais desfavorecidos (indivíduos vivendo em domicílios com renda mensal per capita de até um quarto do salário mínimo), mas chegavam a 737 dólares anuais per capita para os mais “ricos” (aqueles em domicílios com renda per capita maior que dois salários mínimos).

Também esclarece que, em relação à área educacional, as distorções também são flagrantes. De acordo com o Banco Mundial: [...] os domicílios mais pobres do país (até um quarto de salário mínimo per capita), nos quais vivem cerca de 19% da população brasileira, recebem apenas 15% do total dos gastos do setor público em educação. Considerando os gastos públicos nos três níveis de educação, constata-se que, no agregado, as famílias mais ricas terminam ficando com o dobro do que recebem as famílias de renda mais baixa. E como as últimas têm tamanho médio bem superior ao das primeiras, verifica-se que uma criança que nasce em família de alta renda recebe, em média, quatro vezes mais em subsídio do governo para sua educação do que uma criança de família pobre.

necessitados. Isso porque, como vimos, na maioria das vezes, os direitos sociais estão sendo pleiteados como meros direitos individuais e por aqueles que têm maior acesso ao Poder Judiciário, quais sejam, os menos necessitados. Com efeito, a via judicial tem, ainda, maiores chances de agravar a má distribuição desses direitos.

Tendo em vista que as ações coletivas têm maiores chances de ser instrumentos eficazes para garantir que os direitos sociais sejam oferecidos a todos os membros de uma comunidade e não apenas a um determinado número de indivíduos, propomos, no próximo capítulo, o estudo do controle judicial das políticas públicas exercido por meio das ações coletivas.

CAPÍTULO 4 - CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DAS AÇÕES COLETIVAS E AS LIMITAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 O Uso das Ações Coletivas

Como vimos, as ações coletivas, quando propostas com objetivo de obter tutela de dimensão coletiva que vise a assegurar benefícios a toda uma comunidade e não apenas a determinados indivíduos, têm maiores chances de ser instrumentos eficazes para o exercício do controle judicial das políticas públicas.

Sendo assim, neste capítulo propomos estudar alguns aspectos dessas tutelas coletivas que, no nosso entender, revelam os limites da atuação do Poder Judiciário no exercício do controle judicial das políticas públicas, o que justifica a necessidade de estudar esse controle com vista ao seu aprimoramento.

Neste capítulo, faremos uma análise de duas ações judiciais que, no nosso entendimento, nos ajudam a visualizar e compreender os limites da atuação do Poder Judiciário.

Antes, porém, apresentaremos alguns dados relativos ao uso das ações coletivas que nos deixarão atentos para o uso corporativo dessas ações. De outra parte, também analisaremos outros dados que nos deixarão esperançosos. Além disso, todos esses dados adiante analisados revelarão também a importância do estudo que propusemos no próximo ponto.

Apesar do número de ações que pretendem obter uma tutela coletiva ainda ser reduzido em relação ao número das ações que demandam tutelas individuais, esse número vem aumentando, o que justifica uma atenção maior por parte dos estudiosos do direito.

Os dados que a seguir comentaremos confirmam a nossa percepção de que as ações que pretendem obter tutela coletiva, em especial as relacionadas à satisfação dos direitos sociais, vêm aumentando⁴⁹ e de que esse aumento tem influenciado as decisões político-administrativas acerca das políticas públicas.

O primeiro dado importante que entendemos merecer destaque diz respeito aos autores que mais aparecem no pólo ativo das ações coletivas. Em pesquisa realizada por Vianna e Burgos (2003), constatou-se um significativo aumento da presença da sociedade civil no cenário das ações civis públicas⁵⁰.

Nessa direção, vem se verificando uma presença significativa de autores que até então costumavam aparecer timidamente no pólo ativo das ações civis públicas. De acordo com a pesquisa, o Município do Rio de Janeiro propôs 7,1% das ações civis públicas, as Associações de Moradores 7,1%, o Ministério Público 14,2%, as ONGs, também 14,2%, e os Sindicatos e Associações Profissionais 57,1%. (VIANNA e BURGOS, 2003, p. 432)

Esses dados, que revelam uma maior participação da sociedade civil na propositura das ações civis públicas⁵¹, podem significar que essas ações podem estar a caminho de superar

⁴⁹ Krell (2002, p. 104) já se referiu à crescente utilização da ação civil pública, seja por parte do Ministério Público, seja pela sociedade civil, na defesa dos chamados direitos difuso, que também inclui a defesa dos direitos sociais.

⁵⁰ A referida pesquisa apurou que, das 185 ações públicas ajuizadas no período de 1996 a maio de 2001, 37,7% foram ajuizadas por organizações da sociedade civil. Das associações originárias da sociedade civil, 64,3% foram propostas por associações de consumidores.

⁵¹ É importante destacar que o aumento da participação da sociedade civil nas ações civis públicas está diretamente relacionado à ampliação do rol de legitimados para a propositura desse tipo de ação.

Não é demais lembrar que a Lei nº 6938/91, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, considerada um marco jurídico na defesa de direitos difusos, previa, em seu art. 14, § 1º, que apenas o Ministério Público tinha legitimidade para propor a ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Posteriormente, a Lei nº 7347/85, que dispõe sobre a ação civil pública, ampliou o rol de legitimados e, juntamente com o Ministério Público, passaram a ser legitimados para sua propositura: a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e as associações.

o desafio apontado por Kazuo Watanabe (2001), qual seja, o de melhorar a organização da sociedade civil em defesa dos interesses metaindividuais, melhoria essa que não teria sido atingida nos quinze primeiros anos de vigência da lei da ação civil pública⁵².

Para que seja alcançado este objetivo, é preciso que a sociedade civil participe ativamente das discussões acerca das políticas públicas (sejam elas realizadas na esfera judicial ou na esfera extrajudicial) contribuindo para que essa discussão se realize da maneira mais ampla possível e levando em consideração os diversos anseios da sociedade. No âmbito judicial, isso pode ocorrer quando os legitimados para a propositura das ações coletivas participam do controle judicial das políticas públicas propondo as ações ou agindo como intervenientes.

No que diz respeito às ações populares, Vianna e Burgos (2003) esclarecem que, a exemplo do que já ocorre com as ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs), a maioria dos autores populares são parlamentares de esquerda. Isso indica que as ações populares também estão se convertendo em instrumentos utilizados pelas minorias parlamentares para serem ouvidos no interior da sociedade.

Outro aspecto relevante das ações coletivas diz respeito ao seu objeto. Ao analisar os objetos das ações civis públicas, a referida pesquisa revelou:

[...] um conjunto de ações com perfil inovador, nas quais o que está em jogo é a postulação para aquisição de novos direitos seja através da reclamação contra a omissão do Poder Público – bastante frequente na área de meio ambiente e na de criança e juventude – seja judicializando itens das políticas públicas. (VIANNA E BURGOS, 2003, p. 464)

Assim, ficou demonstrado que o número das ações que têm como tema o controle da administração pública e as políticas públicas vem aumentando no Município do Rio de

Recentemente, a Lei nº 11.448/07 incluiu a Defensoria Pública no rol dos legitimados para propositura da ação civil pública.

⁵² Outros autores revelam essa mesma preocupação. Mancuso (2001, p. 750), por exemplo, também apresenta a mesma preocupação e sustenta que seria importante uma distribuição mais equilibrada, no que concerne às iniciativas judiciais, mediante uma participação mais expressiva dos demais entes co-legitimados (entes políticos, associações, órgãos públicos e agências governamentais).

Janeiro. As primeiras, que tinham como objeto o controle da administração pública, passaram de 1,1%, no período de 1986 a 1996, para 5,9%, no período de 1997 a 2001; e as segundas, que tinham como objeto às políticas públicas, de 2,3% para 7,5%, no mesmo período⁵³. (VIANNA E BURGOS, 2003, p. 464)

Como se pode observar, embora as ações civis públicas tenham nascido com o objetivo primordial de tutelar o meio ambiente, tem-se verificado um aumento no espectro de seu objeto. Observa-se que a ação civil pública, como deveria ser desde o início, tem sido utilizada para questionar diversas relações jurídicas relativas ao meio ambiente e ao consumidor, desde as mais tradicionais até as menos tradicionais (em termos de tutela coletiva), como aquelas em que se pretende obter do poder público prestações positivas capazes de garantir a efetivação dos direitos sociais (por intermédio do questionamento das políticas públicas) ou outros direitos de *status* positivo.

Sobre as ações civis públicas que tiveram como objeto a discussão das políticas públicas, os dados levantados por Vianna e Burgos (2003, p. 477-478), apesar de animadores em alguns aspectos, ainda revelam a tendência de se utilizar uma ação coletiva para obter tutela de interesses materialmente individuais.

Essa tendência deve-se ao fato de que, das ações civis públicas que tiveram como objeto discussão acerca das políticas públicas, 57,1% delas disseram respeito às privatizações. Dessas ações que discutiam privatizações, 87,5% foram propostas pelos sindicatos e pelas associações profissionais. A relação entre o tema privatizações e a qualidade dos autores verificou-se tanto nas ações civis públicas como nas ações populares, que também foram propostas por indivíduos ligados a entidades de classe.

⁵³ Os objetos das ações civis públicas foram apurados em dois períodos diversos. De 1997 a 2001 e de 1986 a 1996. No primeiro período, apurou-se que as ações que tinham por objeto questões ambientais correspondiam a 35,4% do total; as que diziam respeito ao consumidor correspondiam a 34,9%; as que discutiam questões afetas à criança e ao adolescente totalizaram 12,9%; as que discutiam políticas públicas, 7,5%. Já aquelas que envolviam assuntos relativos à administração pública correspondiam a 5,9%. Sobre as questões afetas aos idosos, chegam a 1%. Outros assuntos foram objeto de 1% das ações civis públicas. No segundo período, os objetos foram: administração pública, 1,1%; políticas públicas, 2,3%; criança e adolescente, 9,1%; consumidor, 36,7%; meio ambiente, 47,1%; e outros, 3,4%.

Essas constatações revelam que as ações coletivas que discutiam as privatizações buscavam prioritariamente assegurar interesses de uma determinada categoria que não necessariamente representariam a vontade de toda sociedade, no caso, a carioca.

Por outro lado, a pesquisa revela dados animadores. Ela acusou que 21,4% das ações civis públicas que versam sobre as políticas públicas discutiam as políticas sociais⁵⁴.

Entre as ações que versam sobre políticas sociais, duas demonstram a importância dessas ações civis públicas para a satisfação dos direitos sociais: a) uma delas teria sido proposta pelo Ministério Público Estadual, que teria sido provocado pelo Conselho Tutelar da Zona Sul do Rio de Janeiro. Essa ação questionava a falta de vagas em creches municipais da região e, conseqüentemente, pleiteava a construção, pela Prefeitura, de creches e escolas, inclusive com a especificação dos bairros que deveriam ser contemplados; b) a outra, também proposta pelo Ministério Público Estadual, tinha como réu o governo estadual. Nesta ação, discutia-se a omissão do poder em relação às políticas de saúde (VIANNA E BURGOS, 2003). Essas duas ações tiveram a liminar deferida.

Cumprido esclarecer, no entanto, que a referida pesquisa, apesar de ter destacado essas ações civis públicas que discutiam políticas sociais e pleiteavam tutelas de dimensão coletiva, não esclareceu qual foi o percentual dessas ações, assim como não esclareceu se as ações civis públicas que discutiam políticas sociais também foram utilizadas para pleitear direitos sociais em benefício de uma pessoa determinada.

Por fim, embora a pesquisa revele que as ações civis públicas que discutiam políticas sociais representavam apenas 1,6% do total das ações analisadas, esses tipos de ação revelam uma face inovadora de tais ações, qual seja, a de procurar garantir, por meio delas, além da limitação do exercício dos poderes, a satisfação dos direitos de *status* positivo, pressuposto indispensável para a existência de uma democracia social.

⁵⁴ A pesquisa revelou também que 7,1% das ações civis públicas discutiam decisões administrativas, e 14,2%, a realização de obras.

Na mesma direção, os objetos das ações populares também foram analisados por Vianna e Burgos (2003, p. 416), o que revelou que a maior área de atuação das ações populares ainda é da moralidade pública, que corresponde a 64,4% das ações analisadas. Em relação às ações populares observou-se também uma face mais inovadora, ou seja, a sua utilização para a discussão de políticas públicas. Essas ações que discutem as políticas públicas versam, por exemplo, sobre a omissão dos poderes públicos e correspondem a 13,5% das ações populares examinadas.

Como se vê, as ações populares têm se mostrado capazes de garantir ao cidadão a possibilidade de fiscalizar a atuação do poder público.

Quanto ao objeto dessas ações populares, apurou-se, no trabalho ora analisado, que elas também foram utilizadas de maneira expressiva para discutir privatizações e terceirizações realizadas pelo Poder Público (40% delas). Essas ações que tinham como objeto às privatizações e as terceirizações, não conseguiram impedi-las, representando, no entanto, um importante instrumento de protesto da sociedade civil.

Já em relação às ações populares que tinham como objeto questões ligadas às políticas públicas, 26,6% delas questionavam decisões administrativas. Esses dados, por sua vez, demonstram que as ações populares podem estar servindo para questionar a organização político-administrativa do Estado. (VIANNA E BURGOS, 2003, p. 426-427)

No gênero ora analisado, aparece outro tipo de objeto, qual seja, a qualidade dos serviços públicos. Essas ações corresponderam a 26,6%. (VIANNA E BURGOS, 2003, p. 427). Nessas ações, reivindicou-se, por exemplo, um melhor funcionamento de um hospital público municipal, o cumprimento de lei estadual que prevê horário integral para os estudantes dos Centros Integrados de Educação Pública (CIEPs).

Apesar de os autores da pesquisa terem esclarecido que as ações populares com esse objeto não passaram de 3,6% do total, podemos dizer que elas também podem revelar-se

instrumentos para a cobrança da ampliação do acesso aos direitos sociais reconhecidos pela Constituição Federal.

Por fim, a pesquisa apurou que 6,6% das ações populares na área das políticas públicas discutiam o aumento de tarifas públicas.

Como se infere, o trabalho realizado por Vianna e Burgos (2003), apesar de realizado apenas no Município do Rio de Janeiro, é capaz de demonstrar que as ações coletivas, além do seu uso mais tradicional, como na defesa do meio ambiente e da moralidade pública, também têm se demonstrado um instrumento capaz de garantir a participação do cidadão nas decisões políticas, sobretudo por meio da cobrança da satisfação dos direitos sociais.

Mas será que o Poder Judiciário é capaz de dar uma solução adequada para essas ações coletivas que, cada vez mais, vêm sendo utilizadas para discutir políticas públicas?

Tentaremos responder a essa pergunta no próximo ponto, que terá o objetivo de despertar a atenção dos estudiosos do direito para a necessidade de aprimoramento do controle judicial das políticas públicas.

Pretendemos demonstrar que, em razão do importante papel que as ações coletivas que discutem políticas públicas podem desempenhar no universo das demais ações coletivas, é imprescindível que se promova o seu aprimoramento.

4.2 As limitações do uso das ações coletivas no exercício do Controle Judicial das Políticas Públicas

Como vimos, além do uso mais tradicional das ações civis públicas, isto é, para a defesa da moralidade pública e do meio-ambiente, elas têm sido utilizadas para provocar a implantação das políticas públicas ou para discutir as medidas a elas relacionadas.

Essa atuação do Poder Judiciário, no entanto, difere da sua tradicional atuação, qual seja, aquela voltada à resolução de disputas provadas entre interesses de partes individuais. Como lembra Salles (1999, p. 31), foi com a introdução das ações coletivas em nosso sistema judicial que o poder jurisdicional passou a atuar sobre o interesse público, com fundamento nos valores consagrados no sistema judiciário, decidindo, entre vários interesses antagônicos na sociedade, qual deles deve prevalecer em uma dada situação concreta.

Como demonstraremos nesta parte do trabalho, essa nova missão do Poder Judiciário de analisar decisões coletivas, por intermédio das ações coletivas, encontrará vários obstáculos.

Essas ações coletivas, que muitas vezes discutem as políticas sociais, diferenciam-se das tradicionais ações, nas quais se discutem relações jurídicas de natureza privada. Se, por um lado, essas ações que versam sobre as relações privadas, de regra, resolvem-se pela entrega do bem da vida a uma das partes, por outro, as decisões judiciais que têm como objeto as políticas públicas envolvem critérios de justiça distributiva e, conseqüentemente, não podem ser resolvidas da mesma maneira.

Como vimos, a Constituição de 1988 reconheceu um amplo sistema de direitos antagônicos entre si, sistema esse que inclui o reconhecimento de um rol de direitos sociais direcionados ao atendimento das diversas demandas da sociedade.

Outra característica importante das políticas públicas diz respeito ao fato do acerto de suas decisões depender de informações qualificadas sobre todos os interesses envolvidos no problema que se pretende solucionar. Essas decisões também exigem que se conheçam as possíveis alternativas para solucionar o problema em pauta, bem como que se conheçam os seus possíveis resultados. As decisões acerca de uma política pública precisam ser tomadas em consonância com as decisões adotadas por outras políticas delas dependentes direta ou indiretamente.

Por outro lado, também como vimos, além de o Poder Público ser instado a satisfazer simultaneamente todos os direitos sociais assegurados constitucionalmente, ele (Poder Público) é obrigado a fornecê-los de maneira universal, ou seja, a todo cidadão contemplado pela Constituição.

Assim, diante de um contexto marcado pelo pluralismo e pela escassez de recursos, qualquer discussão acerca da prioridade na implantação de uma ou de outra política pública ou ainda sobre a adoção de uma ou de outra medida envolverá, necessariamente, interesses de diferentes grupos e categorias de pessoas.

Em razão disso, ganha relevância a questão da legitimidade para a propositura das ações coletivas. A essa conclusão se chega porque, para que seja possível ao Poder Judiciário tomar uma decisão coerente e democrática, é preciso que todos os grupos de pessoas interessadas no deslinde da questão possam ser ouvidos. É preciso que os diversos interesses presentes na sociedade possam estar representados judicialmente, não sendo suficiente o sistema bilateral (parte autora de um lado e parte ré do outro), típico das ações individuais.

Da mesma maneira, nas ações que têm por objeto a tutela coletiva, é de extrema importância que o seu procedimento permita a colheita de todas as informações necessárias a uma decisão democrática.

Outro aspecto relevante diz respeito à execução das tutelas coletivas. Como vimos, os direitos sociais, para serem satisfeitos, exigem programas de natureza continuada, permanente, ou seja, a sua satisfação não se dá por meio de um só ato, como, de regra, ocorre com as tutelas tradicionais.

Em razão disso, é necessário que o Poder Judiciário esteja aparelhado para acompanhar e exigir o cumprimento de suas decisões sobre as políticas públicas.

Em razão da falta de aparelhamento judicial necessário para acompanhar o cumprimento das decisões judiciais, verifica-se, na prática, que muitas dessas decisões

acabam resultando em inócuos pedidos de prisão das autoridades responsáveis pelo cumprimento das decisões que determinam a realização de atos materiais necessários à satisfação de direitos de *status* positivo.

Em virtude de a concretização dos direitos sociais depender de recursos materiais e humanos, bem como de planejamento prévio, as ordens judiciais que determinam a adoção de providências para a sua concretização dificilmente são cumpridas em curto prazo.

Essas exigências da tutela coletiva revelam os vários limites do Poder Judiciário para enfrentá-las, em especial, aquelas que dizem respeito aos direitos sociais.

Vários autores abordam esses limites do Poder Judiciário. Krell (2000, p. 47) aborda a questão sobre o ponto de vista da tradição e da cultura jurídica. Para ele, as “normas constitucionais sobre direitos fundamentais contêm, por natureza, conceitos vagos, abstratos, de textura aberta, que constituem fórmulas valorativas” e, por isso, “não podem ser interpretadas adequadamente mediante os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica”.

Segundo o referido autor (2000, p. 47):

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da Magistratura Brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito, especialmente durante o tempo autoritário.

Em sua concepção (2000), o Poder Judiciário brasileiro ainda não teria assumido o papel de “arquiteto social” e, conseqüentemente, não pretende ser responsabilizado por uma possível convulsão financeira nos orçamentos públicos. No entanto, de acordo com a opinião do autor (2000, p. 52), já se verificaria um “progresso de erosão da rigidez lógico-formal em razão das exigências de justiça distributiva e, por conseqüência, dos imperativos de racionalidade material”.

Na mesma oportunidade, conclui o autor (2000) que a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileira estariam atravessando uma fase de transição entre um tratamento

tradicional lógico-formal dado às normas garantidoras dos direitos de *status* positivo e a aplicação de métodos modernos de uma interpretação material-valorativa.

Além da tradição lógico-formal e da cultura jurídica, os limites de atuação do Poder Judiciário podem ser vistos ainda sob vários aspectos.

No entanto, as pesquisas que realizamos para a elaboração desse trabalho levaram-nos à conclusão de que os limites institucionais-estruturais são os que merecem maior atenção de nossa parte.

A forma como o Poder Judiciário está organizado e a sua estrutura evidenciam que a arena judicial não é a mais adequada para se promover discussões sobre políticas públicas.

Os autores latinos, Adramovich e Curtis (2002), ao escreverem sobre o Poder Judiciário argentino reconhecem que, apesar dos obstáculos da atuação do Poder Judiciário não constituem barreira intransponível para a discussão judicial da violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, existem fortes argumentos para se afirmar, em termos gerais, que um processo judicial não é adequado para discutir temas que exijam decisões sobre o destino de recursos orçamentário (ou seja, se devem ser destinados prioritariamente para atender as demandas de um ou outro grupo social) ou que envolvam discussões sobre a estrutura ou a execução de uma política pública.

Além da ausência de tradição ativista no Poder Judiciário argentino, os autores questionam também em que medida o processo judicial, como mecanismo de solução de conflitos no qual uma parte ganha e a outra perde, pode ser idôneo para resolver uma situação na qual confrontem numerosos interesses individuais e coletivos.

Nessa direção é que propomos a análise dos limites institucionais-estruturais, por entendermos que ela é de grande importância para o estudo do controle judicial das políticas públicas.

Lopes (2006), por sua vez, aborda vários limites do Judiciário para enfrentar o desafio da justiça distributiva. Entre eles, julgamos relevante destacar “o processo contraditório bilateral”, o “aparelho insuficiente” e “a inércia institucional”.

Nesse contexto, o referido autor destaca que o Judiciário tem dificuldades para fazer a justiça distributiva, tendo em vista que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais, ou seja, aqueles nos quais está em disputa uma coisa que não pode pertencer, simultaneamente, a dois indivíduos. Nesses conflitos bilaterais, embora circunstâncias atenuantes ou agravantes possam interferir na maneira de ser promover a divisão, ela sempre ocorrerá.

A tradicional estrutura bilateral do contraditório judicial está, no nosso entender, diretamente relacionada a outro limite também apontado por Lopes (2006), qual seja, o aparelho insuficiente.

Sobre esse limite, o autor (2006) ensina que a justiça distributiva exige do Poder Judiciário a capacidade de obter informações que vão além dos limites materialmente impostos pela organização dos tribunais e juizados de primeiro grau.

O autor em questão diz que no sistema eminentemente cartorial, de *paper pushing*, o processo tem impedido as inspeções judiciais, a oralidade, o debate e a proximidade empírica entre Justiça e partes. A esse limite estariam também relacionadas as dificuldades do Poder Judiciário em promover a execução das suas decisões que determinem a implementação de políticas públicas.

A esse respeito, Lopes (2006, p. 238), em outra passagem da mesma obra, afirma que Gerald Rosenberg aborda cinco constrangimentos institucionais-estruturais. Entre esses constrangimentos estaria o fato de, aos tribunais, faltarem os meios institucionais (como um corpo técnico) para executar e monitorar decisões que exijam programas de ação continuada, ou seja, políticas públicas.

Sobre o assunto, também encontramos os ensinamentos de Cappelletti (1993) a respeito da posição de Lord Devlin, no sentido de que a possível incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do direito seria um de seus limites.

De acordo com essa posição, o juiz seria um legislador aleijado, uma vez que, para a criação do direito, são necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza.

O referido autor (1993, p.87) nos alerta para o fato de que os juízes:

[...] não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, freqüentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos.

Em razão dessa limitação, os juízes acabam dependentes das informações trazidas aos autos pelas partes, e, por isso, recorrem principalmente à “argumentação dos advogados”, estando a dificuldade no fato dos representantes das partes estarem vinculados aos interesses delas, que, por sua vez, estão interessadas “na decisão do seu caso e não no desenvolvimento do direito”. (CAPPELLETI, 1993, p. 87)

O autor (1993, p. 88) também ressalta o problema da execução das decisões judiciais de caráter político. Segundo ele, a dificuldade de monitorar a execução de suas decisões ocorre em razão de o Poder Judiciário ter a sua disposição “escassos instrumentos para lhes assegurar a execução e de geralmente ele ser carente de qualquer possibilidade de observar e controlar, caso por caso, tal execução e seus efeitos”.

Mas essas limitações não param por aí. Um terceiro limite à atuação do Poder Judiciário que propomos estudar aqui diz respeito à sua inércia institucional. Sobre esse ponto, Lopes (2006) ensina que, ao contrário do Legislativo e do Executivo, o Judiciário é

inerte e só atua mediante provocação dos interessados, e que esses interessados têm pretensões do ponto de vista de suas relações individuais.

O autor (2006) nos lembra que no estado de bem-estar social, em que estão em jogo questões comuns que envolvem a distribuição de riqueza e de riscos, a iniciativa de alguns pode significar, imediatamente, a lesão de outros. A essa dificuldade, o autor acresce a falta de meios, de conhecimento e de acesso à justiça que atingem os indivíduos mais necessitados, fato que, segundo a sua opinião acertada, provocaria a construção de uma jurisprudência a partir de pontos de vista determinados e limitados apenas aos grupos sociais que tiveram acesso à máquina judicial.

Lopes (2006, p. 238), em outra passagem da mesma obra, destacando os ensinamentos de Gerald Rosenberg, lembra que, “como os tribunais não podem agir de ofício” e só atuam mediante provocação, “os programas de reforma” não apenas não podem ser executados por eles, como também não podem ser iniciados por eles. Por esses motivos, sustenta que os tribunais agem tão-somente conforme interesses episódicos e descoordenados. Ainda segundo Gerald Rosenberg, tendo em vista o fato de o Poder Judiciário não ter uma agenda de reforma própria (por ele elaborada), as suas decisões não têm unidade.

Como se infere desses ensinamentos, a natureza dos direitos discutidos por meio das ações coletivas requerem do Poder Judiciário um tratamento diverso daquele despendido às ações tradicionais. No entanto, o exercício desse tratamento específico encontra seu desafio maior nos limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário.

Como vimos, em razão de as decisões sobre as políticas públicas exigirem informações e cálculos afetos a diversas áreas das ciências, a matéria probatória nessas ações coletivas passa a ter grande relevância, já que dificilmente se obterá uma decisão judicial confiável e democrática sem que estejam presentes todos os dados necessários e importantes para a solução da lide. Tendo em vista também que, de regra, todas as decisões acerca de uma

política pública envolvem interesses conflitantes, entendemos que o problema da obtenção das informações necessárias está relacionado tanto aos instrumentos processuais e administrativos disponíveis, quanto à existência de agentes auxiliares do juízo capacitados e empenhados na busca dessas informações. Entendemos que o problema da obtenção das informações necessárias para a adoção de uma decisão judicial segura também tem relação direta com a questão da legitimidade das partes e da possibilidade de formação de litisconsórcio nas ações coletivas.

Como já demonstramos neste trabalho, muitas vezes as decisões judiciais proferidas no exercício do controle judicial das políticas públicas podem provocar a alocação de recursos públicos. Assim, caso aceitemos como correta a manutenção da utilização dessas decisões, será imprescindível considerar a necessidade de buscarmos uma abertura do debate judicial realizado nos autos dessas ações judiciais.

Não é demais lembrarmos aqui que, quando a decisão acerca de uma política pública ocorre na instância política, podemos contar com os instrumentos tradicionais que permitem ao cidadão recorrer aos seus representantes eleitos e constrangê-los a decidir a favor de seus interesses. Por outro lado, aos representantes é possível encomendar inúmeras pesquisas, pareceres, laudos, convocar audiências públicas, sempre com o objetivo de conhecer as diversas medidas que podem ser adotadas para a solução do problema social sem estar sujeito às regras processuais, especialmente àquelas referentes à produção de provas, típicas da esfera judicial.

A possibilidade de realização de uma ampla análise das prioridades sociais permite ao administrador e ao legislador alcançarem um conhecimento global da realidade a transformar, o que lhes permite, a nosso ver, tomar uma decisão mais adequada e justa diante das inúmeras demandas sociais e dos vários meios disponíveis para se buscar a concretização dos diversos direitos positivos.

Diversa, porém, é a amplitude da discussão realizada nos autos de uma ação judicial. Não se pode negar a possibilidade dos atos processuais revelarem apenas parte da realidade fática, normalmente a mais favorável à pretensão dos grupos interessados no deslinde da ação.

O publicista suíço J. P. Muller citado por Sarlet (2005, p. 35), com muita propriedade, já abordou essa questão sustentando que:

[...] falta aos Juízes a capacidade funcional necessária, para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.

Conforme se pode concluir, como a estrutura funcional do Poder Judiciário e os instrumentos judiciais disponíveis às partes para provocar a sua atuação foram pensados para solucionar os conflitos tradicionais, quais sejam, aqueles em que estão em disputa interesses particulares de partes individuais, é natural que o aludido Poder encontre limitações para solucionar os conflitos coletivos utilizando-se daquela mesma estrutura funcional e procedimental criada para solucionar aqueles conflitos individuais.

Os conflitos coletivos envolvem discussões sobre políticas públicas, que, como vimos no capítulo II, têm uma lógica particular que precisa ser considerada nas hipóteses em que elas forem questionadas judicialmente.

Como se pode verificar, quando uma política pública é submetida à discussão judicial, ficam evidenciados os limites da atuação do Poder Judiciário, especialmente quando as possíveis medidas a ela relacionadas são submetidas às análises consequencialistas que necessariamente precisam ser realizadas pelo julgador, caso ele pretenda proferir uma decisão justa e democrática.

Esses limites ficarão mais bem demonstrados no item seguinte, quando analisaremos duas ações civis públicas que, ao serem julgadas, no nosso entendimento, exigiam do julgador ponderações sobre os efeitos de suas decisões.

Após essas análises, procuraremos demonstrar como é possível garantir que o controle judicial das políticas públicas seja exercido de forma mais adequada, mais segura e mais democrática, ou seja, como é possível amenizar os efeitos dos limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário adotando-se uma nova postura em relação aos conflitos coletivos e utilizando-se os institutos processuais e administrativos já existentes no direito brasileiro.

4.3 Análise de Casos: Duas ações civis públicas que demonstram os limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário

Analisaremos, neste capítulo, duas ações civis públicas que revelam os limites apontados no item anterior. Posteriormente à análise das duas ações civis públicas, nos dedicaremos a demonstrar como é possível amenizar os efeitos dos limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário utilizando-se os institutos processuais e administrativos já existentes no direito brasileiro.

Passemos, então, à análise ora proposta. A primeira das ações civis públicas foi proposta no ano de 2003, na Justiça Federal de Presidente Prudente, pelo Ministério Público Federal em face da União, e recebeu o nº 2003.61.12.00.8832-2. A segunda ação civil pública foi proposta no ano de 2005, na Justiça Federal de Marília, tendo as mesmas partes. Esta ação recebeu o número 2006.61.11.001047-3. A petição inicial dessa segunda ação, de acordo com o informado pelo seu subscritor, foi elaborada a partir daquela ação civil pública proposta em Presidente Prudente.

Podemos dizer, então, que as duas ações civis públicas são praticamente idênticas. Elas buscavam, entre outros pedidos, a eliminação do limite orçamentário para a realização de atendimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde - SUS - nas suas respectivas regiões. Ambas as ações sustentavam que a prestação de serviços de saúde por meio do SUS estava prejudicada, na região das referidas subseções, em razão do limite de verbas ser insuficiente para o atendimento da demanda ali existente. Esse limite é determinado pelo critério populacional.

Essas duas ações revelam vários aspectos do limite do Poder Judiciário no exercício do controle judicial das políticas públicas, em especial as sociais.

O primeiro deles, no nosso entendimento, diz respeito às dificuldades encontradas pela magistratura brasileira, bem como dos representantes judiciais das partes envolvidas para decidir questões acerca dos direitos sociais, tendo em vista a sua tradição formalista.

A essa conclusão chegamos quando constatamos que as duas ações civis públicas, com o mesmo objeto, foram decididas de maneira muito diferente, sendo certo que as suas fundamentações limitaram-se à análise da legalidade, motivo pelo qual as duas decisões, no nosso entendimento, não estão em harmonia com a natureza dos direitos sociais.

O juiz federal de Presidente Prudente indeferiu de plano a petição inicial com fundamento no art. 295, I e II, e seu parágrafo único, I e III, combinado com os arts. 286 e 267, incisos I e IV, todos do Código de Processo Civil.⁵⁵

⁵⁵ Art. 295. A petição inicial será indeferida:

- I - quando for inepta;
- II - quando a parte for manifestamente ilegítima;
- (...)

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

- I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;
- (...)
- IV - o pedido for juridicamente impossível.

Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:

- I - nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados;
- II - quando for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito;
- III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

- I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

O pedido principal, qual seja, a eliminação do teto físico orçamentário para a realização de atendimentos médicos, foi reconhecido como juridicamente impossível pelo juiz de Presidente Prudente, de acordo com a seguinte fundamentação:

O pedido principal que versa sobre vedação de limite ou teto físico ou orçamentário para a entrega de verbas é juridicamente impossível. Uma das mais antigas e relevantes restrições aos dispêndios da Administração Pública, nas esferas, é a de só realizar despesas com prévia dotação orçamentária (Constituição Federal, art. 167, II). O sistema único de saúde também depende de fonte de financiamento, com previsão orçamentária de seus recursos (Constituição Federal, art. 198, § 1º e art. 105, *caput*). Orçamento é planejamento; sem isso a ação estatal ficaria desordenada, podendo, a médio prazo, tornar a situação mais caótica do que o quadro pintado na inicial. Portanto, a condenação almejada é proibida na própria Constituição Federal. Seja qual for o motivo, a Administração Pública não pode realizar despesas ordinárias se não houver dotação orçamentária para tanto. É de se lembrar também que o Código Penal (art. 359-D) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 24 da Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000) proíbem o que se almeja no pedido principal.

Como se infere, o MM. Juiz se limitou a analisar a questão sob a ótica da legalidade, não dando sequer oportunidade ao autor de demonstrar, no decorrer da ação, a viabilidade de seu pedido.

Já o juiz federal de Marília/SP ficou muito à vontade ao decidir liminarmente pelo deferimento do mesmo pedido de eliminação do teto orçamentário. Esse deferimento deu-se nos seguintes termos:

Passo a analisar o pedido principal de antecipação de tutela. Pretende o Ministério Público impor ao órgão de saúde da União a obrigação de repassar ao gestor municipal da saúde as verbas do SUS relativas a tantos quantos forem os procedimentos médicos realizados pelos prestadores de serviço conveniados, sem o limite ou teto físico orçamentário. A Constituição, por obra da Emenda nº 29/00, tem em seu texto transitório a seguinte previsão: “Os recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei”. (art. 77, § 2º, do ADCT – g.n.) E, enquanto não regulamentado o disposto no artigo 198, § 3º da CF, acrescido também pela mesma emenda, diz: “Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro

(...)

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo”. (art. 77, § 4º, ADCT)

Pois bem, os dispositivos em exame apenas procuraram constitucionalizar a previsão do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 8.142/90, isto é, enquanto não regulamentada a aplicação dos critérios de estabelecimento de valores a ser transferidos aos Municípios, o único critério a ser fixado é o número de habitantes. Acontece que não se tem notícia de regulamentação dos critérios do artigo 35 da Lei nº 8.080/90 e, agora, do art. 198, § 3º, da CF. Portanto, a questão – ao contrário do que alega a União – não se fixa na inexistência de dinheiro para o custeio da saúde, mas sim de critério de fixação ao teto.

É óbvio que a necessidade de créditos orçamentários é imperiosa para a consecução de direitos, mesmo de índole fundamental, pois não se pode perder de vista que a nossa Constituição é do tipo dirigente, uma vez que as suas disposições se dirigem ao futuro, à melhoria da sociedade, devendo ser aplicadas na medida do possível para a consecução do prognóstico constitucional do art. 3º da CF.

Aliás, o artigo 167, II, CF, como bem disse a União, expressamente veda a assunção de despesas ou de obrigações que excedam os créditos orçamentários.

Porém, como visto, além da necessidade de que o prazo para a regulamentação desses critérios para a fixação do valor a ser repassado aos municípios não goza de razoabilidade (desde pelo menos 1990 aguarda-se regulamentação, ao menos no âmbito infraconstitucional), também verifico que a questão relativa ao teto não se prende na inexistência de créditos orçamentários, mas sim, como dito, a fixação única e exclusiva pelo critério populacional.

Ora, o critério populacional – como único e exclusivo – não atende a demanda dos hospitais de Marília (fls. 43 a 45, 47 a 49, 50, 51 a 84, 87 e 88, 89 a 92, 98 a 101). E para chegar a essa conclusão, não é necessário prévio procedimento, sob o crivo do contraditório, uma vez que a constatação formulada em expediente do autor é meramente indiciária, sobre a qual permitiu-se ao réu a análise e a contra-prova (fls. 106), apenas para a formação da convicção judicial no exame liminar.

É na fase de sentença que os elementos colhidos, juntamente com outros, serão observados à luz do contraditório e da ampla defesa a serem descortinados no trâmite processual. A análise para a liminar não é, portanto, exauriente.

De toda sorte, não parece infactível a constatação jornalística de fls. 103⁵⁶.

Logo, se a questão do teto fixado não diz respeito à ausência de créditos orçamentários, não se vê justificativa plausível para tal delimitação. O artigo 198 da Constituição Federal em sua redação originária não estabelecia esses limites, especificando, inclusive o atendimento integral (art. 198, II, CF). As delimitações, em contradição com a diretriz ainda vigente do atendimento integral, foram obras da Emenda Constitucional nº 29/00, que conferiu à Lei Complementar os critérios de rateio e os limites percentuais para a participação da União nos serviços de saúde (§§ 2º e 3º do artigo 198).

Logo, a princípio, o direito fundamental da saúde, atrelado ao direito à vida, não poderia ser restringido por obra de modificação posterior, já que assim agindo, a reforma constitucional elaborada pela Emenda nº 29/00, feriu o princípio do não-retrocesso social e, ainda mais, ofendeu a cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, IV c/c art. 5º, *caput* e 6º, da CF.

Por fim, o juiz federal de Marília condenou a União a tomar:

[...] as providências de sua alçada para repassar ao gestor municipal da saúde as verbas do SUS relativas a tantos quantos forem os procedimentos médicos realizados pelos prestadores de serviço conveniados atuantes na cidade de Marília, em função da demanda eventualmente existente, sem qualquer limite ou teto.

Como se verifica, embora essa decisão proferida na ação civil pública proposta em Marília tenha tomado direção completamente oposta à tomada pela decisão proferida na ação de Presidente Prudente, ela também se limitou a analisar a questão sob o ponto de vista da legalidade, não apresentando qualquer análise sobre o seu impacto.

Destaque-se que essa liminar já foi confirmada por sentença proferida nos autos da referida ação civil pública. Em relação ao pedido principal, a sentença, após compartilhar os fundamentos lançados na decisão antecipatória, ficou assim fundamentada:

Merece acolhimento, por outro lado, o pedido deduzido no item “a” do “pedido principal” contido na inicial.

Os argumentos tecidos pela ré, no que concerne à ofensa aos princípios constitucionais da separação de poderes, da igualdade, da democracia e da reserva orçamentária, já foram objeto de exaustiva apreciação em sede liminar. Urge, assim, tecer breves considerações.

Não há como prevalecerem os princípios invocados pela requerida quando confrontados com princípio da dignidade humana e o direito fundamental à saúde, intrinsecamente vinculado ao direito à vida.

Na decisão liminar, deliberou-se pela inconstitucionalidade do artigo 77, §§ 2º e 4º, do ADCT, introduzido no texto constitucional pela EC nº 29/2000.

Penso, porém, que não há, em si, inconstitucionalidade nas normas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 29/2000, visto que, em verdade, elas não limitam o direito à saúde, imanente à condição humana. Antes, impõe limite mínimo de recursos a serem aplicados, o que, a par da própria natureza do direito à saúde, deixa estreme de dúvidas que não pode haver limite máximo.

Devem, assim, ser devidamente interpretadas as disposições do art. 77 do ADCT introduzidas pela Emenda Constitucional nº 29/2000: os §§ 2º e 4º da referida disposição constitucional transitória estabelecem aplicações mínimas de recursos públicos nos serviços de saúde. Isto quer significar que não há, como não poderia haver, limitação máxima de recursos públicos que devam ser aplicados na saúde.

Assim, inconstitucionais são os atos, legais, normativos ou administrativos, infraconstitucionais que estabelecem limites máximos de recursos aplicáveis à saúde pública, o que acabaria por excluir parcela da população da fruição de direito individual fundamental à existência digna, qual seja, o direito à saúde.

A presente ação civil pública, assim, como se infere da inicial, não se presta, com efeito, ao único propósito de declaração de inconstitucionalidade de

uma norma, assunto objeto de controle de constitucionalidade concentrado, a cargo, no âmbito federal, do Supremo Tribunal Federal. Antes, visa a dar efetividade a direito fundamental individual, de aplicabilidade imediata (art. 5º, caput e § 1º, e art. 198, inc. II, todos da Constituição Federal de 1988). Assim, não há que se cogitar em teto ou qualquer elemento limitador ao acesso aos serviços de saúde, sendo defeso ao Poder Público eximir-se da obrigação de prestação integral desses serviços, sob o argumento de ausência de previsão no orçamento. Essa, aliás, a ordem constitucional emanada do art. 196, CF.

Como se infere, em relação ao Município de Marília/SP, ficou estabelecido um critério próprio para o recebimento dos recursos públicos provenientes do SUS, qual seja, o sugerido pelo Ministério Público Federal e acolhido pelo Judiciário.

De acordo com o critério acolhido pelo juiz, a União deverá repassar ao Município de Marília a importância que for necessária para realizar todos os procedimentos médicos que forem necessários para atender a demanda da população local.

Uma análise parcial da realidade em questão parece autorizar a conclusão de que é sustentável o afastamento do limite financeiro estabelecido legalmente para a determinação dos valores a serem gastos na saúde pública, em cada Município, na hipótese em que ele impossibilite a efetivação do direito à saúde (art. 196).

No entanto, se analisarmos a questão sob o ponto de vista da igualdade e da universalidade do acesso às ações e serviços de saúde, bem como se considerarmos os efeitos da decisão judicial, fica difícil manter incólume a fundamentação apresentada tanto pelo juiz que concedeu a liminar, como pelo juiz que proferiu a sentença na ação civil pública proposta em Marília-SP.

De acordo com o que determina o art. 77, § 4º do ADCT c/c o § 2º do mesmo artigo, enquanto não for regulamentada a aplicação dos critérios para o estabelecimento de valores a serem transferidos aos Municípios, será utilizado o critério do número de habitantes existentes no Município.

Essa regra também é prevista pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 8.142/90, que determina que enquanto não for regulamentada a aplicação dos critérios previstos no artigo 35 da Lei nº 8.080/90, será utilizado, para o repasse de recursos, exclusivamente o critério estabelecido no § 1º do mesmo artigo, qual seja, o número de habitantes existentes no Município⁵⁷.

É importante esclarecer que, nos termos do mencionado art. 35 da Lei 8.080/90, para a distribuição dos recursos destinados às ações de saúde será utilizada a combinação de vários critérios, segundo análise técnica de programas e projetos. Esses critérios são os seguintes: perfil demográfico da região; perfil epidemiológico da população a ser coberta; características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais; previsão do plano quinquenal de investimentos de rede; ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas do governo.

No entanto, de acordo com o § 1º do referido art. 35: “metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio”.

Esse dispositivo, porém, precisa ser interpretado em conjunto com o art. 36 da Lei nº 8.080/90 que prevê que:

O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

A interpretação conjunta dessas normas leva a concluir que, diante das necessidades infinitas da política de saúde e das disponibilidades limitadas de recursos públicos, é

⁵⁷ Art. 35, § 1º da Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes: “Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio”.

imprescindível que sejam estabelecidos critérios para a divisão dos recursos destinados à saúde.

Sendo assim, parece-nos difícil concordar com a idéia de que a questão discutida na ação civil pública proposta em Marília não esteja relacionada à “existência de dinheiro para o custeio da saúde, mas sim de critério de fixação ao teto”, como fundamentou o juiz que concedeu a liminar.

No nosso entendimento, precisa haver um ou vários critérios para a divisão dos recursos justamente porque não existem recursos públicos suficientes para satisfazer toda a demanda por atendimento público de saúde.

Como se viu, segundo as regras que disciplinam o assunto, uma vez regulamentados os critérios definidos no art. 35 da Lei 8.080/90, metade dos recursos devem ser divididos de acordo com o critério populacional e metade de acordo com os critérios constantes daquele dispositivo. No entanto, enquanto não regulamentados aqueles critérios, deve-se observar apenas o critério populacional, que, por sinal, é razoável.

Concordamos que apenas a utilização do critério populacional não seja o ideal para se conseguir alcançar uma divisão justa dos escassos recursos destinados à saúde pública.

Apesar de os Municípios mais populosos necessitarem de mais recursos que os Municípios menores, outros fatores, com certeza, interferem na demanda por serviços públicos de saúde. Podemos citar como exemplo o perfil epidemiológico de cada localidade, pois o tipo e a variedade de doenças apresentadas em cada região sem dúvida refletem na quantidade dos recursos necessários ao atendimento da demanda.

Há que se considerar, ainda, que, apesar do direito à saúde ser assegurado a todos, em localidades mais carentes, a demanda por serviços públicos tende a ser maior. Em razão desses e de outros fatores, apenas o critério populacional não garante uma divisão justa dos referidos recursos públicos.

Por outro lado, o afastamento do único critério atualmente utilizado para a repartição dos recursos destinados à saúde sem dúvida pode piorar ainda mais a divisão dos direitos sociais.

Assim, ao afastar o único critério existente para a divisão dos recursos destinados à saúde, o juiz federal em questão criou um privilégio em relação aos municípios de Marília em detrimento de todos os beneficiários do SUS residentes nos demais Municípios existentes no país.

Como se pode verificar, os juízes que apreciaram a ação civil pública em trâmite na justiça federal de Marília (aquele que apreciou a liminar e aquele que proferiu a sentença) analisaram a questão apenas sob o prisma da legalidade, que, em tese, garante o direito à saúde a todos os municípios de Marília. Por outro lado, os mesmos juízes não ponderaram a respeito da universalidade e do gozo simultâneo dos direitos sociais, bem como não ponderaram sobre as conseqüências de suas decisões.

Essas análises, a nosso ver, são indispensáveis quando se decide sobre direitos sociais. Assim, no nosso entendimento, era indispensável considerar na decisão se, em razão do acesso universal e igualitário previsto constitucionalmente para as ações e serviços de saúde, era possível à União cumprir a decisão judicial de afastar o critério populacional utilizado para a divisão dos recursos destinados à saúde caso ela abrangesse todos os Municípios brasileiros.

Essa análise, no nosso entendimento, faz-se necessária tendo em vista que os direitos sociais devem ser usufruídos de forma coletiva e devem obedecer à lógica da justiça distributiva.

Verifica-se, pois, das decisões proferidas na ação civil pública proposta na Justiça Federal de Marília/SP, que os juízes contentaram-se com a informação de que os recursos repassados pela União, por meio do SUS, ao Município em questão, de acordo com o critério

populacional, não eram suficientes para o atendimento das demandas por serviços de saúde. Ou seja, os referidos juízes entenderam que essa informação era suficiente para afastar o referido critério.

Como se infere, a análise das decisões judiciais proferidas na ação civil pública de Marília/SP permite-nos identificar certos limites enfrentados pelo Poder Judiciário nas decisões que envolvam critérios de justiça distributiva.

Analisando as referidas decisões judiciais, podemos verificar com nitidez três limites denominados institucionais-estruturais: a inércia institucional do Poder Judiciário, o processo contraditório bilateral e o aparelho insuficiente e seus efeitos.

Sabemos que a distribuição dos recursos da saúde é um problema nacional (e também mundial)⁵⁸ e, portanto, exige a adoção de critérios que atendam as diversas características das diferentes regiões brasileiras. Como em toda análise acerca dos direitos sociais, o caso observado exige, por parte dos administradores dos interesses públicos, decisões que levem em conta a igualdade e a universalidade desses direitos.

Por essa razão, não se pode admitir que as decisões judiciais acerca dos direitos sociais sejam tomadas de acordo com interesses episódicos e isolados dos demais, como se verifica na ação civil pública ora examinada.

Também, como vimos, o Poder Judiciário só age mediante provocação e, por isso, suas decisões sobre políticas públicas não têm unidade. A falta de unidade dessas decisões

⁵⁸ Como nos lembra Gustavo Amaral (2001, p. 23): “A questão do acesso a tratamentos médicos é problema do mundo inteiro. Mesmo nos Estados Unidos, país que gasta 13,6% de seu PIB em saúde, ou US\$ 1 trilhão por ano, o maior gasto nesse setor, seja em termos absolutos, seja em termos relativos, o problema é grave, com 17% da população não possuindo nenhum tipo de seguro-saúde, só sendo atendidos em emergências, clínicas de caridade ou, obviamente, se pagarem. Mesmo para aqueles que têm cobertura do Medicaid a situação não é rósea. Embora haja tratamento assegurado à grande maioria dos mais pobres, não se consegue debelar eficientemente a cárie infantil que em 80% dos casos ocorre num subgrupo que corresponde a 25% do total de crianças de 5 a 17 anos, ocasionando um total de 52 milhões de horas de aula perdidas por ano. Há demandas judiciais pugnando por tratamento médico custeado pelo Estado, quando este não é dado satisfatoriamente, mas os tribunais fazem o exame caso a caso, ora prestigiando os critérios de escolhas, ora invalidando-os porque não razoáveis”.

judiciais deve-se ao fato de que o Poder Judiciário decide de acordo com a parcela da realidade que lhe é apresentada pelas partes.

Na ação civil pública ajuizada em Marília, o Ministério Público Federal apresentou ao Judiciário os interesses da população do referido Município. A investigação promovida pelo Autor apurou apenas a realidade dos usuários do SUS residentes na referida cidade, quando, na verdade, em razão da natureza do objeto da lide, ela apenas poderia ter sido desenvolvida regularmente se fossem considerados os interesses dos demais Municípios brasileiros.

A esse respeito, não é demais lembrar que no Brasil existem muitos Municípios que possuem uma população ainda mais carente que a população do município de Marília/SP.

Os limites do Poder Judiciário, no que diz respeito à sua inércia constitucional, *in casu*, ficam ainda mais evidenciados se considerarmos que o autor não pretendia, com a ação, encontrar um critério melhor para a divisão dos recursos públicos, mas tão-somente eliminar o existente.

Sendo assim, além da alteração da forma como foi elaborado o pedido, para amenizar as deficiências impostas pela inércia institucional do Poder Judiciário, era indispensável que a ação tivesse sido proposta no Distrito Federal, de acordo com o previsto no artigo 93, II, da Lei nº 8.078/90, uma vez que os danos eventualmente advindos do critério de distribuição dos recursos públicos destinados à política de saúde impugnados na ação são de âmbito nacional.

No entanto, mesmo que a ação civil pública analisada tivesse sido proposta com o objetivo de encontrar os critérios que melhor distribuíssem os recursos públicos destinados à saúde pública e mesmo que ela tivesse sido proposta na capital do país e seus efeitos atingissem todos os brasileiros que utilizam os serviços do SUS, o aparelho judiciário se mostraria insuficiente para proporcionar ao Poder Judiciário a possibilidade de agir

globalmente e de maneira proporcional à complexidade envolvida na escolha dos critérios de divisão dos recursos destinados à saúde.

Isso se diz porque os critérios escolhidos pelo art. 35 da Lei 8.080/90 para a distribuição dos recursos da saúde, que ainda precisam ser regulamentados, dão conta da complexidade da questão. Assim, para serem estabelecidos os critérios que melhor atendam o problema da disponibilidade de recursos e da infinidade de demandas seria necessária uma análise completa de vários aspectos envolvidos na política pública de saúde, determinando como cada um deles poderia estar representado na combinação de critérios a ser estabelecida de acordo com o mencionado dispositivo legal.

Essa análise, por sua vez, necessitaria de um ambiente que permitisse uma ampla discussão a respeito dos critérios que poderiam ser utilizados para obter uma justa divisão dos recursos públicos.

É fácil de constatar que o Poder Judiciário teria dificuldades de encontrar o critério adequado, tendo em vista a sua estrutura funcional e as regras processuais que ele precisa observar para promover o andamento da ação.

Sem dúvidas, o Poder Judiciário teria grande dificuldade de determinar qual seria, por exemplo, o peso do perfil epidemiológico da população para a determinação do critério a ser escolhido para a divisão dos recursos públicos em relação a cada programa ou projeto.

A mesma dificuldade se verifica em relação ao desempenho técnico, econômico e financeiro do ente federado, critério também previsto pelo mencionado artigo 35 como um dos que devem ser observados na definição da combinação de critérios.

Evidente que, nos autos de um processo judicial, observando-se as regras processuais, em especial aquelas referentes à produção de provas, dificilmente se conseguiria chegar a uma combinação de vários critérios para a distribuição dos recursos públicos que observasse as regras prevista no artigo 35 da Lei nº 8.080/90.

À mesma conclusão se chega quando se observa o comando legal previsto no artigo 35 da mesma lei, já mencionado, que exige que o processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde seja realizado depois de ouvidos seus órgãos deliberativos e por meio da compatibilização das necessidades da política de saúde com as disponibilidades de recursos.

Como se pode observar, a questão discutida nas ações civis públicas ora analisadas demonstra que, para a sua solução, são necessárias informações a respeito de fatores sociais, econômicos e políticos, como ocorre em qualquer discussão acerca de uma política pública.

Essas informações, imprescindíveis à ponderação a respeito da melhor medida a ser adotada para a divisão dos recursos públicos, precisam ser obtidas por intermédios de técnicas e pesquisas específicas afetas a diversas áreas das ciências.

É evidente que o levantamento desses dados exige um procedimento muito mais amplo que aquele que pode ser oferecido pelos procedimentos judiciais, tendo em vista principalmente a regras da produção de provas e a inexistência de funcionários capacitados para desenvolver as funções acima referidas.

Por outro lado, os titulares dessas informações são vários, assim como são vários os titulares dos interesses envolvidos na solução da demanda, o que exigiria a participação de inúmeros representantes judiciais.

No caso analisado, não verificamos a observância das condições necessárias que permitissem uma discussão democrática e segura acerca da política de saúde, consideradas as peculiaridades próprias de toda a política pública.

No entanto, entendemos que, apesar do Poder Judiciário não ser o Poder mais preparado para decidir questões afetas a uma política pública, é possível que ele exerça um controle mais adequado em relação a ela se forem utilizados alguns institutos processuais e

administrativos já existentes no direito brasileiro e se for adotada uma nova postura em relação aos conflitos coletivos.

Sem, no entanto, pretender dar todas as soluções possíveis ao problema da limitação funcional-estrutural do Poder Judiciário decidir conflitos coletivos, partiremos para o último item do nosso trabalho com o objetivo de demonstrar como é possível democratizar o debate judicial sobre as políticas públicas.

4.4 A Possível Abertura Democrática do Debate Judicial sobre as Políticas Públicas

Como vimos no segundo capítulo, as políticas públicas surgiram como instrumentos de concretização dos direitos sociais. Elas se apresentam como um conjunto heterogêneo de medidas, uma vez que são compostas de normas e atos jurídicos que se submetem a regime jurídico diverso. Isso, por si só, justifica a maior complexidade do seu controle judicial em relação às outras demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

As normas e atos jurídicos que compõem as políticas públicas, como vimos, têm um objetivo específico que as unem, qual seja, o de proporcionar uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social de uma comunidade.

Por esse motivo, ao proceder ao controle, o Poder Judiciário precisa realizar cálculos acerca dos possíveis resultados de sua decisão com vista ao atendimento das metas previstas para a referida política pública.

Essa análise consequencialista, por sua vez, depende da quantidade e, sobretudo, da qualidade das informações sobre os fatos envolvidos na satisfação do direito social, objeto da lide, disponíveis ao juiz no momento da decisão.

Como os interesses envolvidos nas políticas públicas são antagônicos e como essas políticas requerem um processo público que permita a participação de todos os interessados, é importante que a decisão judicial seja tomada após todos os representantes judiciais dos interessados terem a possibilidade de manifestar sobre o objeto da lide.

Ocorre, porém, que, como vimos, em razão dos limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário, a obtenção de todas as informações necessárias fica prejudicada, impedindo-se, assim, que a decisão judicial seja adotada em um ambiente democrático que permita uma decisão precedida de uma análise globalizada do problema.

Em razão dessa realidade e considerando que o controle judicial das políticas públicas é um acontecimento inevitável, ao menos até que a política, com seus instrumentos mais tradicionais, dê sua resposta à crise da democracia representativa, afigura-se necessário uma mudança de postura dos representantes judiciais das partes, dos membros do Ministério Público, dos membros Poder Judiciário e de seus auxiliares em relação aos conflitos coletivos que lhes são apresentados.

Essa mudança de postura, no nosso entendimento, depende primeiramente de uma conscientização a respeito da peculiaridade dos conflitos coletivos e de sua complexidade.

De início, é necessário que os profissionais do direito se conscientizem de que os conflitos sociais não podem ser tratados como meros interesses particulares e que isso depende de um novo proceder, principalmente em relação às ações coletivas.

Reconhecemos, no entanto, que já existem procedimentos que podem nos auxiliar nessa necessária mudança de postura, os quais, por sinal, já foram viabilizados por alguns estudiosos do direito.

Como já concluímos, é necessário obter todas as informações a respeito do problema social que pretendemos resolver com a ação judicial, esteja o problema relacionado à fase da definição ou à fase da execução da política pública. A obtenção dessas informações, que são

importantes para qualquer decisão sobre determinada política pública, também depende da oitiva dos vários segmentos da sociedade.

Por isso, entendemos que os procedimentos investigatórios ou simplesmente qualquer conduta que objetive a colheita das informações necessárias ao esclarecimento do objeto da lide têm importância salutar para o aprimoramento do controle judicial das políticas públicas.

Entendemos que não só o Ministério Público deve conscientizar-se da importância de se colherem as informações necessárias para a propositura de uma ação judicial que vise à solução de um conflito coletivo. Os outros legitimados para a propositura de uma ação coletiva também precisam estar cientes dessa importância.

É, porém, o Ministério Público (que, inclusive, é o autor que mais aparece no pólo ativo das ações que discutem conflitos coletivos) que, atualmente, está mais bem preparado para dar o exemplo de seriedade e espírito democrático na condução das ações coletivas.

É importante lembrar que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 129, a possibilidade de o Ministério Público utilizar-se de amplos poderes investigativos, assim como a possibilidade de instaurar inquérito civil⁵⁹ para subsidiar a propositura de ação civil pública.⁶⁰

⁵⁹ Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzili (2005), o “inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público; seu objeto é, basicamente, a coleta de elementos de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a seu cargo. Nesse sentido, ele se destina, pois, a colher elementos de convicção para que o Ministério Público possa identificar ou não a hipótese em que a lei exige sua iniciativa, como para a propositura de alguma ação civil pública para a defesa do patrimônio público, do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural e a outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”. Segundo os ensinamentos do autor, o “inquérito civil também serve para que o Ministério Público colha elementos de convicção que lhe permitam desempenhar algumas atuações subsidiárias, como a tomada de compromissos de ajustamento, a realização de audiências públicas, a emissão de relatórios e recomendações. Nesses casos, não se afasta a possibilidade de o inquérito civil servir também de base para a propositura de ação civil ou ação penal pública”.

⁶⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

A Lei nº 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, em seu artigo 25, IV, também inclui, entre as funções do Ministério Público, a de promover o inquérito civil.

Na mesma direção, a Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 7º, previu a possibilidade de o Ministério Público da União instaurar inquérito civil e outros procedimentos correlatos, bem como a possibilidade de requisitar diligências investigatórias e a instauração de procedimentos administrativos, podendo acompanhá-los e neles produzir provas.

O artigo 8º da referida lei também prevê que, no exercício de suas atribuições, o Ministério Público poderá, por exemplo, requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; requisitar informações e documentos a entidades privadas; realizar inspeções e diligências investigatórias; ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

A Lei Complementar nº 734/93, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, tem previsão similar à da Lei Complementar nº 75/93. De acordo com o artigo 104 desta lei, existe a possibilidade de se instaurarem inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos. O referido artigo também prevê inúmeros poderes investigativos, a exemplo dos acima citados, constantes da Lei Complementar nº 75/93.

É importante frisar, ainda, que esses dispositivos legais estão devidamente regulamentados em atos normativos expedidos pelos órgãos superiores dos respectivos Ministérios Públicos. No âmbito do Ministério Público Federal, é a Resolução nº 87/06, do

Conselho Superior do Ministério Público Federal, que regulamenta a instauração e a tramitação do inquérito civil público. Já no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, é o Ato normativo nº 487/06, do Colégio de Procuradores de Justiça, que disciplina o inquérito civil e demais investigações do Ministério Público na área de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, as audiências públicas, os compromissos de ajustamento de conduta e as recomendações.

Caso assim pretendam agir, os membros do Ministério Público, utilizando-se das regras ora destacadas, podem contribuir para o aperfeiçoamento do controle judicial das políticas públicas por meio da obtenção de informações necessárias ao esclarecimento de qualquer questão a elas afeta, possibilitando, assim, uma ampla discussão, inclusive a respeito dos resultados que podem advir de um eventual provimento judicial.

Na fase extrajudicial, oportunidade em que não precisam ser observadas as regras processuais alusivas à produção de prova, é possível investigar com maior amplitude os motivos que eventualmente levaram à omissão do Poder Público, assim como é possível identificar os motivos que justificaram a decisão político-administrativa questionada.

Na fase extrajudicial, o Ministério Público pode valer-se livremente de exames, perícias, documentos, inspeções que podem esclarecer em que circunstâncias foram adotadas as decisões relativas a uma determinada política pública, o que dá a ele a possibilidade de realizar uma análise globalizada da questão. Conseqüentemente, os elementos colhidos na fase extrajudicial podem contribuir para uma correta formulação e delimitação dos pedidos que eventualmente precisarão ser formulados na ação civil pública a ser proposta.

Para instruir os inquéritos civis e demais procedimentos investigativos, o Ministério Público pode também realizar audiências públicas.

É importante destacar que a utilização de audiências públicas, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, está prevista na própria Lei Complementar

734/93, em seu artigo 113⁶¹, e regulamentada pelos artigos 60 a 65 do ato normativo nº 484/2006⁶², já mencionado. No âmbito do Ministério Público Federal, as audiências públicas estão regulamentadas pelo artigo 22 da Resolução nº87/2006⁶³.

Além de objetivarem a discussão acerca do cumprimento dos direitos individuais e, sobretudo, dos sociais, e, assim, colherem os elementos necessários para subsidiar a atuação dos membros do Ministério Público, as audiências públicas permitem a participação da sociedade nas decisões a serem adotadas por aqueles membros, democratizando, assim, a tomada de decisão.

Com efeito, a utilização das audiências públicas, além de contribuir para o aspecto informativo do inquérito civil público e demais procedimentos investigativos, por serem

⁶¹ Art. 113. O inquérito civil instaurado para apurar violação de direito assegurado nas Constituições Federal e Estadual, ou irregularidade nos serviços de relevância pública, pode ser instruído através de depoimentos colhidos em audiência pública.

⁶² Art. 60. Audiências públicas são reuniões organizadas e presididas pelo Ministério Público, abertas a qualquer pessoa do povo, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

§1º. As audiências públicas têm por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem decisão do órgão do Ministério Público quanto à matéria objeto da convocação.

§2º. Os órgãos do Ministério Público podem realizar audiências públicas no curso de inquérito civil ou antes de sua instauração.

Art. 61. As audiências públicas serão precedidas da expedição de edital de convocação do qual constará, no mínimo, a data, o horário e o local da reunião, o objetivo e a forma de cadastramento dos expositores e da participação dos presentes.

Art. 62. Ao edital de convocação será dada a publicidade possível, sendo obrigatória sua publicação no Diário Oficial do Estado e sua afixação na sede da Promotoria de Justiça, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis.

Art. 63. Da audiência será lavrada ata circunstanciada, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar de sua realização.

§ 1º. A ata e seu extrato serão encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça ou a quem este indicar, no prazo de 5 (cinco) dias após sua lavratura, para fins de conhecimento, providências e publicação.

§ 2º. A ata, por extrato, será afixada na sede da Promotoria de Justiça e será publicada no Diário Oficial do Estado.

Art. 64. Se o objeto da audiência pública consistir em fato da atribuição de mais de um Promotor de Justiça, o órgão do Ministério Público que teve a iniciativa do ato comunicará sua realização aos demais membros do Ministério Público, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis.

Art. 65. O resultado da audiência pública não vinculará a atuação do órgão do Ministério Público.

⁶³ Art. 22 - Os órgãos de execução do Ministério Público, no âmbito do inquérito civil, poderão realizar audiências públicas, com a finalidade de defender a obediência, pelos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública e social, dos direitos e garantias constitucionais.

§ 1º - As audiências serão precedidas da expedição de edital de convocação, a que se dará publicidade, bem como de convites, nos quais constarão:

I - a data e o local da reunião;

II - o objetivo;

III - a disciplina e a agenda da audiência.

§ 2º - Poderá ser disponibilizado material para consulta dos interessados na participação da audiência.

§ 3º - Da audiência será lavrada ata, a que se dará publicidade.

instrumentos de democracia participativa, permite a democratização do debate judicial acerca das políticas públicas.

Não é demais lembrar que a função do Ministério Público é agir como representante da sociedade e não em substituição dela, por isso é importante que ele faça uso de instrumentos que permitam a manifestação dos diversos seguimentos da sociedade a respeito das questões que seus membros se propõem a questionar e resolver.

A adequada utilização dos inquéritos civis públicos⁶⁴ e demais procedimentos investigativos também permitem que surja o compartilhamento de responsabilidades entre os diversos autores envolvidos nos complexos problemas que surgem nas sociedades atuais, como nos ensina Vianna e Burgos (2002).

A discussão do problema social que se pretende resolver, quando bem administrada na fase extrajudicial, pode possibilitar a realização de acordos, formalizados por meio dos compromissos de ajustamento de condutas. Destaque-se que os termos de compromisso de ajustamento de conduta também estão expressamente previstos em lei e regulamentados por atos editados pelo próprio Ministério Público, e, diferentemente dos inquéritos civis, podem ser realizados por todos os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública e não apenas pelo Ministério Público⁶⁵.

⁶⁴ Referimos-nos a uma utilização adequada do inquérito civil e dos demais procedimentos investigativos porque, na prática, verificamos o uso inadequado desses procedimentos, principalmente, do inquérito civil. Apesar de algumas pesquisas apontarem para uma maior utilização desses procedimentos investigativos e do direcionamento dos esforços dos membros do Ministério Público no sentido de realizar acordos políticos no bojo desses procedimentos (sobre o assunto ver, Vianna e Burgos, 2003), a atuação do Ministério Público na condução dos inquéritos civis tem sido, muitas vezes, alvo de críticas.

Para Hugo Nigro Mazzilli (2005), o inquérito civil, por um lado, não tem sido utilizado em sua plenitude, uma vez que, não raro, deixa de ser usado para investigar o mau funcionamento dos serviços públicos, enquanto em outras hipóteses eles são indevidamente instaurados para investigar critérios que a lei colocou na exclusiva esfera de discricionariedade do administrador. Segundo o autor, por outro lado, o uso inadequado e sem embasamento dos inquéritos civis e das ações civis públicas, bem como o exibicionismo de alguns integrantes da instituição, têm provocado danos de difícil mensuração para os investigados ou réus.

⁶⁵ O compromisso de ajustamento de conduta em matéria de danos a interesses transindividuais é uma espécie de composição extrajudicial da lide, criada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), por meio do seu artigo 113, que introduziu o § 6º ao artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública. De acordo com esse dispositivo legal, “os órgãos públicos legitimados [à propositura da ação civil pública] poderão tomar dos legitimados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Ademais, como vimos, a própria natureza dos direitos sociais indica ser o acordo a maneira mais adequada para pôr fim às questões de índole coletiva. Macedo Júnior (2005) lembra que a idéia da distribuição justa e equitativa dos ônus e lucros sociais substitui a noção de troca do direito clássico pelos acordos de solidariedade. Segundo o autor, neste sentido, “o direito social passa, cada vez mais, a ser o resultado de um equilíbrio entre interesses conflitantes formalizados como um acordo que sempre implicará em sacrifícios mútuos”.

Vários são os direitos sociais reconhecidos constitucionalmente e todos eles são de fruição universal e simultânea. Os conflitos acerca dos direitos sociais são plurilaterais, ou seja, envolvem interesses de diferentes grupos de pessoas. Assim, ao contrário das demandas por direitos individuais, a solução dos conflitos coletivos não se efetiva com a simples entrega do bem da vida a apenas um grupo de indivíduos. Por isso, é que sustentamos que a solução negociada desses interesses é a melhor alternativa.

A opção pela solução negociada também é justificada pela existência dos limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário para decidir os conflitos coletivos já abordados. Como vimos, a ausência de meios institucionais para o judiciário monitorar o cumprimento das decisões judiciais resulta, muitas vezes, em ineficazes ameaças de prisão de determinados administradores, para que seja dado cumprimento a determinada decisão judicial.

Isso ocorre porque a satisfação dos direitos sociais depende de atividade permanente do Estado (que precisa de prévio planejamento) e também porque o Poder Judiciário, que foi desenhado para decidir conflitos individuais, não está aparelhado para acompanhar o cumprimento de suas decisões proferidas em relação àqueles direitos.

Uma ampla discussão na fase extrajudicial pode conscientizar as partes envolvidas no conflito que a melhor maneira é a transação, a concessão mútua. O compromisso assumido em ambiente de conscientização tem mais chances de ser cumprido, até porque é mais provável que fiquem acordadas apenas as medidas que possam ser cumpridas, inclusive

aquelas que demandam, por parte do Estado, planejamento financeiro. Há que se considerar, ainda, que os compromissos de ajustamento de conduta constituem títulos executivos extrajudiciais, e, por isso, uma vez descumprido, eles podem ser executados, sendo desnecessário que a ação se submeta à fase de conhecimento.

Essa conclusão, no sentido de que a solução negociada é a melhor medida para os conflitos de índole coletiva, já foi objeto de análise feita por Arantes (2002). O referido autor ressalta que, “após pouco mais de dez anos da edição da Constituição de 1988”, o Ministério Público, em um “sinuoso movimento”, tem privilegiado a fase pré-processual e se utilizado mais “dos chamados termos de ajustamento de condutas”. Na opinião do autor, essa conduta dos membros do Ministério Público deve-se à “lentidão do método judiciário” e aos “parcos resultados processuais das ações coletivas”.

Caso, no entanto, na fase extrajudicial, não se chegue à solução do conflito social, o papel do juiz passará a ser de extrema importância. No entanto, as informações já levantadas nos procedimentos investigatórios com certeza contribuirão para o exercício do controle judicial das políticas públicas.

É preciso, ainda, que o juiz se conscientize que o tratamento democrático ao objeto da lide precisa continuar existindo com a propositura da ação. É preciso não perder de vista que a fase probatória é o momento de se obter todas as informações necessárias para que ele possa promover a análise sobre as possíveis medidas a serem adotadas para solucionar o problema que se pretende resolver com a propositura da ação judicial, bem como para que seja possível analisar os efeitos de sua decisão em relação a todos os segmentos da sociedade, ou seja, em relação a todos os interesses envolvidos no objeto da lide.

Portanto, a sua conduta passiva em relação à atividade probatória não pode ser a mesma que ele, tradicionalmente, adota em relação às ações individuais que discutem

interesses disponíveis e que lhes são apresentadas; é preciso que o juiz considere o interesse público envolvido na discussão acerca das políticas públicas.

Como se verifica, tanto em relação à fase extrajudicial como em relação à fase judicial, é fundamental que os profissionais envolvidos no controle das políticas públicas se conscientizem de que essas têm uma lógica própria e que o seu ambiente próprio de discussão, a arena política, está cercado de instrumentos que existem em razão das suas características e das suas próprias exigências. Essa lógica, que exige instrumentos próprios que permitam a sua discussão, não pode ser desconsiderada pelos profissionais do direito na hipótese em que a opção seja pela promoção de sua discussão perante o Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O estudo realizado levou-nos a concluir que o Poder Judiciário tem, cada vez mais, interferido na definição e na execução das políticas públicas por intermédio de suas decisões judiciais – existentes em número significativo – que determinam, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não-incluídos nas políticas de medicamentos, a prestação de serviços educacionais e a realização de obras públicas, sem, no entanto, ter a preocupação adequada com a programação orçamentária.

Esse tipo de atuação do Poder Judiciário tem ocorrido principalmente pelo uso das ações coletivas. No entanto, as ações individuais que pleiteiam direitos sociais, como se fossem meros direitos individuais, também contribuem para a interferência do Poder Judiciário na condução das políticas públicas.

Essa interferência do Poder Judiciário brasileiro é, sem dúvida, um dos aspectos da judicialização da política no Brasil. As condições favoráveis ao surgimento da judicialização da política no Brasil são da mesma natureza daquelas observadas nas democracias mais avançadas, que já sofreram os efeitos do referido fenômeno; porém, no Brasil, esse fenômeno é contemporâneo ao processo de redemocratização do país, que vem sendo observado após a edição da Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 foi constituída por ideais políticos diversificados, por isso, ao mesmo tempo, um extenso rol de direitos sociais foi reconhecido, assim como também foram reconhecidos inúmeros outros direitos individuais.

Desse modo, e, nesse contexto, criou-se, na população brasileira, uma expectativa muito grande em relação à mudança social e econômica. No entanto, os poderes eleitos não foram capazes de atender a todas as demandas da sociedade, dando espaço ao surgimento da crise de representação política.

Diante dessa realidade, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público passaram a ser, para a população, a última esperança de ver concretizados os direitos sociais reconhecidos pela Constituição de 1988.

Ocorreu que os direitos sociais não-satisfeitos passaram a ser pleiteados perante o Poder Judiciário por meio dos advogados privados, dos defensores públicos e, notadamente, pelos membros do Ministério Público.

O fortalecimento de instituições como o Poder Judiciário e o Ministério Público, a maior organização da sociedade em torno dos seus interesses, a garantia da assistência judicial gratuita e a constitucionalização de vários instrumentos processuais destinados à defesa dos direitos, em especial daqueles que buscam a obtenção da tutela coletiva, permitiram o crescimento do número de ações judiciais que pleiteiam direitos sociais, e, portanto, em razão da natureza daqueles, acabaram questionando as políticas públicas.

A forma aberta e ampla como foram reconhecidos os direitos sociais, sem dúvida também contribuiu para a existência da realidade relatada no presente trabalho. A estrutura normativa daqueles direitos proporciona um alargamento da função jurisdicional, alargamento esse que permitiu que o Poder Judiciário, uma vez provocado para definir o conteúdo dos direitos sociais, interfira, ainda mais, na condução das políticas públicas pelos poderes eleitos.

Esses e outros fatores abordados no presente trabalho levam à conclusão de que, enquanto a política, nas suas formas mais tradicionais, não se mostrar capaz de atender as demandas mais básicas pela satisfação dos direitos sociais, o controle judicial das políticas públicas estará longe de ser modificado.

A questão principal, no entanto, é o fato do controle judicial das políticas públicas não estar sendo exercido de maneira adequada.

Chegamos à conclusão de que isso se deve a vários fatores que estão, de uma forma ou de outra, relacionado à lógica particular das políticas públicas.

Inferimos que a política pública é formada por um conjunto de normas jurídicas e atos jurídicos, administrativos ou não, que objetivam proporcionar uma melhoria nas condições de vida de todos os indivíduos de uma determinada comunidade, ou seja, melhorar algum aspecto social, econômico ou político.

As normas jurídicas que compõem as políticas públicas são formadas por diversos padrões normativos, a saber, regras, entre as quais estão aquelas que regulamentam a atividade financeira do Estado, princípios e políticas.

Esses diversos tipos de padrões normativos, juntos, tornam a atividade interpretativa muito complexa, já que os princípios exigem do intérprete avaliações de natureza moral, enquanto os padrões normativos denominados políticas vão exigir indagações de natureza consequencialista, ou seja, cálculos sobre os possíveis resultados de suas decisões, já que toda a decisão sobre determinada política pública precisa visar à melhoria das condições de vida da população.

Do estudo que fizemos sobre a política pública, deduzimos, também, que todos os contemplados constitucionalmente têm direito ao acesso universal e igualitário às ações realizadas pelo Estado na execução das políticas públicas, por isso, qualquer decisão acerca de medida relacionada a uma determinada política pública depende de uma análise global de todos os elementos que possam influenciar na condução daquela.

Tendo em vista que os direitos de *status* positivos exigem do Estado uma atuação contínua, deduzimos que outra característica importante das políticas públicas é o fato delas dependerem de prévio planejamento, inclusive financeiro.

Concluimos, ainda, que a política pública precisa ser expressão de um processo político. É muito importante que os diversos segmentos da sociedade, que representam os vários interesses envolvidos na execução de determinada política pública, possam participar

do processo deliberativo daquelas a fim de que, de alguma maneira, possam participar das decisões sobre a aplicação dos recursos públicos.

Essas características das políticas públicas, por sua vez, levam à conclusão de que a decisão a seu respeito, para ser segura e democrática, depende da obtenção de todas as informações a respeito das circunstâncias envolvidas no problema que se pretende resolver por meio da adoção da política pública em questão, bem como a respeito de todos os interesses, muitas vezes antagônicos, que dependem daquelas para serem satisfeitos.

Essas informações não estão afetas apenas às questões jurídicas relacionadas à interpretação das normas jurídicas, mas também às diversas áreas da ciência, estando relacionadas, portanto, às questões econômicas, sociais e políticas; muitas, difíceis de serem solucionadas.

Quando a decisão sobre as políticas públicas é tomada pelos Poderes Legislativo e Executivo, a tarefa destinada à obtenção dessas informações tem maiores chances de ser mais bem desenvolvida.

Pelos dados levantados em nossa pesquisa, chegamos a esta conclusão porque os poderes eleitos, em razão de suas principais funções, estão naturalmente mais envolvidos neste tipo de decisão. Embora suas decisões sobre as políticas públicas nem sempre representem a melhor escolha, a estrutura funcional desses poderes permite que, se assim desejarem, eles desenvolvam um sério levantamento de todas as circunstâncias relacionadas à solução dos problemas sociais, econômicos e políticos, bem como sobre os efeitos das medidas possíveis de serem adotadas para a solução daqueles problemas.

Como as decisões sobre determinada política pública dependem de conhecimentos interdisciplinares, os Poderes Legislativo e Executivo podem valer-se de estudos, pesquisas, pareceres, laudos, audiências públicas, com o objetivo de conhecer as diversas medidas que podem ser adotadas para a solução do problema social a ser atacado por determinada política

pública. A ação dos representantes eleitos, neste sentido, pode ser ampla e irrestrita, uma vez que eles não estão sujeitos às regras processuais, especialmente àquelas referentes à produção de provas, típicas da esfera judicial.

O mesmo não ocorre quando o Poder Judiciário se propõe a analisar determinada decisão ou medida relacionada a uma política pública específica, seja por meio da apreciação de uma ação coletiva ou de uma ação individual.

Concluimos, por meio dos dados doutrinários, dos resultados de pesquisas de campo já realizadas e das ações judiciais por nós analisadas, que o exercício inadequado do controle judicial das políticas públicas está relacionado, principalmente, aos limites institucionais-estruturais do Poder Judiciário para enfrentar os desafios impostos pelos conflitos coletivos, assim como aos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica ainda muito utilizados pelos juízes no exercício de sua atividade interpretativa.

Como o Poder Judiciário é uma instituição que foi estruturada para solucionar os conflitos bilaterais que envolvem a discussão de direitos individuais, ele não possui um corpo de auxiliares capazes de auxiliá-lo na tarefa de obter todas as informações necessárias para uma decisão democrática, segura e adequada acerca dos conflitos sociais que lhes são, atualmente, apresentados.

Também em razão de sua estrutura, o Poder Judiciário dificilmente consegue monitorar a execução dessas espécies de decisões judiciais, e, por isso, na prática, verifica-se que muitas dessas decisões acabam resultando em ineficazes pedidos de prisão de autoridades responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais que objetivam a relação, por parte do Estado, de atos materiais necessários à satisfação de direitos de *status* positivos.

As regras processuais, em especial as relacionadas à produção de provas e às relativas à intervenção de terceiros, também dificultam a obtenção de todos os elementos necessários à decisão.

A inércia do Poder Judiciário também impede o desvendar de todos os fatos imprescindíveis a uma análise globalizada dos problemas complexos relacionados a uma determina política pública, ou seja, que ultrapassem a questão jurídica.

Concluimos que, em razão desses limites, os juízes acabam reconhecendo apenas as informações trazidas aos autos pelos representantes das partes, o que lhes permite o conhecimento de apenas parte da realidade, ou seja, apenas aquele favorável aos interesses dos representados. O conhecimento de apenas parte da realidade do mundo dos fatos relacionados às políticas públicas permite que as decisões judiciais gerem efeitos indesejáveis em relação ao exercício igualitário e universal dos direitos sociais, uma vez que elas, embora não tenham unidade, acabam provocando a realocação de recursos públicos para o atendimento de interesses episódicos.

Dos dados abordados em nossa pesquisa, deduzimos que as ações individuais nas quais são pleiteados direitos sociais em favor de determinadas são aquelas que geram mais efeitos indesejáveis, embora as ações coletivas também, em algumas hipóteses, acabem gerando os mesmos efeitos.

Na maioria das vezes, nessas ações individuais, é dado aos direitos sociais tratamento de direito individual, não sendo, assim, dispensado a ele o tratamento jurídico condizente com a sua natureza coletiva.

Concluimos que, quando o Poder Judiciário dispensa aos direitos sociais esse tipo de tratamento, está assumindo o risco de concorrer para o agravamento das distorções já existentes na distribuição de tais direitos, uma vez que os indivíduos que mais precisam da atuação do Estado são aqueles que, em razão da sua situação de pobreza, têm menor acesso ao Judiciário.

As pesquisas a respeito da aplicação dos recursos públicos na área social revelam que o problema maior não é a quantidade de recursos públicos aplicados, mas sim o fato de esses

gastos não atingirem exatamente aqueles que mais precisam, além dos programas sociais apresentarem baixa eficiência.

Em razão disso, deduzimos que, se os gastos na área social, realizados por meio das políticas públicas – que, por sua natureza, deveriam atuar universalmente –, não conseguem atingir de maneira eficaz os mais necessitados, é muito provável que a distribuição dos direitos sociais, por meio da atuação do Poder Judiciário, na maioria das vezes também não consiga atingir os jurisdicionados que mais dependem da atuação do Estado para ter uma vida digna.

Deduzimos que isso se deve ao fato do Poder Judiciário não conseguir obter uma idéia suficientemente ampla da questão social que lhe permita decidir levando em conta o objetivo específico de toda a política pública, qual seja, proporcionar uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social em benefícios de todos os membros da sociedade.

Nossa pesquisa também nos permitiu chegar à conclusão que o exercício inadequado do controle judicial das políticas públicas deve-se ao fato de muitos juízes recorrerem apenas aos métodos tradicionais de hermenêutica jurídica, que não são adequados para a interpretação das normas jurídicas que compõem as políticas públicas em razão dos aspectos relacionados a sua estrutura normativa.

Por meio de nossa pesquisa, pudemos concluir que os limites do Poder Judiciário aqui analisados vão dificultar o exercício adequado do controle judicial das políticas públicas tanto nas hipóteses em que a questão estiver afeta à sua definição, quanto na hipótese em que a questão estiver relacionada a sua execução, bem como naquelas em que a alegação for de omissão dos Poderes eleitos.

Nas hipóteses em que o Poder Judiciário é questionado a respeito da constitucionalidade das escolhas realizadas pelos Poderes eleitos na definição das políticas públicas, por meio do exercício da discricionariedade política, é preciso que ele verifique se a

decisão questionada está ou não em expressa contradição às finalidades das normas constitucionais aplicáveis à espécie, se ela está em desacordo com os programas de governos propostos por representantes eleitos, assim como é necessário que faça um juízo de sua razoabilidade sem perder de vista que toda decisão tomada no processo de materialização das políticas públicas envolve escolhas sobre a destinação dos recursos públicos, sempre insuficientes, para o atendimento das demandas sociais reconhecidamente prioritárias.

Outras vezes, porém, a discussão judicial precisará responder se o exercício da competência discricionária, pelo administrador, foi realizado corretamente, ou seja, se o administrador optou pela medida que melhor atendia ao interesse público. Para tanto, além de confrontar o ato administrativo com o conteúdo legal estabelecido, o juiz precisa analisar os fatos que representam a utilidade pública que se pretende alcançar, em especial os relativos ao conflito de interesses envolvidos na questão, bem como as razões e as circunstâncias que justificaram a escolha do administrador.

Quando a discussão judicial acerca de determinada política pública envolver a análise da omissão do Poder Público, é necessário que o juiz conheça amplamente a realidade que poderia estar justificando a omissão, ou seja, é preciso que ele se empenhe em descobrir se há óbices orçamentários ou fáticos razoáveis que a justifiquem, sob pena de proferir uma decisão ilegítima.

Em razão dessas exigências aqui abordadas sumariamente, concluímos que, muitas vezes, o Poder Judiciário encontrará sérios obstáculos ao exercício democrático e seguro do controle judicial das políticas públicas, uma vez que, em razão dos limites de sua atuação, dificilmente conseguirá reunir todos os elementos capazes de lhe permitir uma análise global da questão social que lhe é apresentada.

A existência dos limites do Poder Judiciário abordados por nossa pesquisa permitiu que nós concluíssemos que é de fundamental importância para o aprimoramento e o exercício

democrático e seguro do controle judicial das políticas públicas uma mudança de postura de todos os profissionais do direito envolvidos no controle judicial das políticas públicas.

Essa mudança de postura depende da conscientização dos profissionais a respeito da peculiaridade dos conflitos coletivos e da sua complexidade, do convencimento de que os direitos sociais não podem ser tratados como se fossem meros interesses individuais.

Dos aspectos específicos das políticas públicas e das exigências que apontamos como necessárias para a realização de um debate judicial democrático e seguro acerca dos conflitos sociais, deduzimos que a promoção de uma prévia investigação séria e completa sobre os fatos envolvidos na questão a ser eventualmente apresentada para a decisão do Poder Judiciário é uma medida salutar ao aprimoramento do controle judicial das políticas públicas.

Considerando os limites da atuação do Poder Judiciário, na fase extrajudicial é possível que sejam colhidas todas as informações sobre os fatos a serem apreciados pelo Poder Judiciário, inclusive sobre os possíveis resultados das medidas que se pretendam requerer judicialmente.

Concluimos que é o Ministério Público (que, inclusive, é o autor que mais aparece no pólo ativo das ações judiciais em discussão) que melhor está preparado, ao menos atualmente, para dar o exemplo de seriedade e espírito democrático na condução das ações coletivas. Esse exemplo pode ser dado por meio da instauração de procedimentos investigativos, com o inquérito civil público, que permite aos membros do Ministério Público fazer uso dos seus amplos poderes investigativos para conscientizar as partes envolvidas no conflito da necessidade de encontrar soluções para os problemas sociais existentes, assim como permite o amplo debate das medidas possíveis de serem adotadas sem que precisem ser observadas as regras processuais típicas do processo judicial.

Concluimos, ainda, que a natureza dos direitos sociais releva que a melhor solução para os conflitos que os envolvam é a negociada. Em razão disso, também inferimos que a

instauração de procedimentos investigativos proporciona, na maioria das vezes, a realização de acordos que podem ser materializados por meio da realização dos termos de ajustamento de conduta.

Mesmo nas hipóteses em que a fase extrajudicial não proporcionou a realização de acordos, os elementos nela colhidos, sem dúvida, contribuiram para o regular desenvolvimento da futura ação judicial, sendo, no entanto, necessário que o juiz saiba da importância de democratizar também o debate judicial, que se tornará indispensável em razão da inexistência de solução negociada.

Parece-nos que outras medidas podem ser adotadas para a abertura democrática do debate judicial sobre as políticas públicas, que, no entanto, depende de mudanças das regras jurídicas hoje existentes. Essas medidas, porém, não foram objeto da nossa proposta, e, portanto, dependerão de outras pesquisas e análises.

Por fim, concluímos que, enquanto a política, em suas formas mais tradicionais, não apresentar uma resposta à crise da representação política, o Poder Judiciário continuará a ser provocado para fazer cumprir as promessas constitucionais de satisfação dos direitos sociais e não terá como se eximir dessa nobre função. Isso, no entanto, não exime os profissionais do direito de promoverem o necessário e adequado aprimoramento do exercício dessa função.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Discrecionabilidade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério público e política pública no Brasil**. São Paulo: Educ; Editora Sumaré; Fapesp, 2002.

_____. Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 14. n. 39. 1999.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças públicas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina Ação Civil Pública de Responsabilidade Por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens de Direitos do Valor Artístico, Estético, Histórico e Turístico e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.313**, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a obrigatoriedade do SUS de fornecer os medicamentos anti-retrovirais para todos os cidadãos e cidadãs que vivem com HIV e Aids.

_____. **Lei nº 8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Ato Normativo nº 484-CPJ**, de 05 de outubro de 2006. Disciplina o inquérito civil e demais investigações do Ministério Público na área dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, as audiências públicas, os compromissos de ajustamento de conduta e as recomendações, e dá outras providências.

_____. **Resolução nº 87**, de 03 de agosto de 2006. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Inquérito Civil.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo *versus* governo dos juizes: a *autopoiese* dos sistemas político e jurídico. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **A Judicialização da Política no Brasil**: Apontamentos para uma nova abordagem. Trabalho apresentado no 4º Encontro Nacional da ABCP, PUC, Rio de Janeiro, 2004.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 12. n. 34. p. 147-156.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. In: JAGUARIBE, Hélio [et al]. **Brasil, sociedade democrática**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1985.

_____. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: **Revista dos Tribunais**, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

CRITSINELIS, Marco Falcão. **Políticas públicas e normas jurídicas**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DANTAS, Humberto. **Democracia participativa**: uma nova forma de entendermos a democracia. Disponível em: www.al.sp.gov.br/web/instituto/democrac.htm. Acesso em: 10/04/2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Espetáculo da Paralisia**. Editorial, Jornal Folha de São Paulo. São Paulo, 31-08-2004, p. A2.

FERREIRA, Camila Duran [et al]. **O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: O caso AIDS**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sobreipea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>. Acesso em: 10/12/2006.

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

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, I. W. (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LANZANA, Antonio Evaristo Teixeira. **Economia Brasileira: Fundamentos e Atualidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, J. E. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e regras. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 40 n. 160 out./dez.2003.

_____. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, E. (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão judicial sobre políticas públicas: Limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: PUC, 2006 (Tese Doutorado)

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: **Revista de Cultura e Política**. nº 57. São Paulo: Editora Lua Nova, 2002.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da legislação e controle da constitucionalidade**. Correio Brasiliense em 14.09.1998, p. 06.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

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

PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 231: 217-267, jan/mar, 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: nº 97, 01-08, jul/set 1969.

SALLES, Carlos Alberto. Existe um processo civil de interesse público? In: **Revista de direito**. v. 1. n. 2. São Paulo: Universidade Ibirapuera, nov. 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A judicialização da política**. Portugal: Jornal Público, 2003. Disponível em: [http:// ces. pt](http://ces.pt). Acesso em: 30.06.2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 2. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck; [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, L. W. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.