

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS CONTROVERSOS E PARÂMETROS DE LEGITIMIDADE

Everton Lima da Cruz

Acadêmico do 3º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente artigo avalia a questão do controle judicial de políticas públicas sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo ou Neoconstitucionalismo. Postula a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição como uma decorrência natural do reconhecimento da força normativa desta. Discute os principais aspectos controversos da atuação do Judiciário no controle das políticas públicas, tais como a chamada dificuldade contramajoritária e a violação do Princípio da Separação dos Poderes. Considera a possibilidade de alegação de escassez de recursos para a implementação dos Direitos Fundamentais em face do dever estatal de concretização dos objetivos prioritários do Estado delineados pela Constituição. Estabelece critérios capazes de garantir a legitimidade do controle judicial. Demonstra que a *judicial review* corresponde a um mecanismo essencial para a concretização dos Direitos Fundamentais e para a consolidação da própria Democracia.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Controle de políticas públicas. Papel do Judiciário. Democracia.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No panorama delineado pelo Constitucionalismo contemporâneo é recorrente a discussão em torno da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na delineação e no modo de execução políticas públicas. A importância do assunto e a intensidade do debate derivam justamente do fato de tais políticas se prestarem basicamente a dois papéis: a consolidação de Direitos Fundamentais e a concretização dos objetivos primeiros da República Federativa do Brasil delineados no artigo 3º da Lei Maior promulgada em 1988¹, sobretudo no que diz respeito à construção de uma sociedade materialmente justa e igualitária.

As políticas públicas têm direta relação com a atividade promocional do Estado, podendo ser definidas como o conjunto de atividades realizadas pelos Poderes Públicos com o objetivo de garantir a concreta realização da igualdade entre os membros da sociedade com base nas diretrizes delineadas pela Constituição.

Não existe pacificação em relação ao tema tanto na jurisprudência quanto na doutrina, de modo que é comum que os debates relacionados posicionem de um lado aqueles que enxergam no controle judicial um mecanismo necessário à concretização dos ideais da Democracia e do outro os que o consideram um risco à manutenção do próprio processo democrático.

A questão claramente envolve tanto aspectos políticos quanto jurídicos, estando localizada numa “zona cinzenta” entre os dois universos, devendo, portanto, ser pensada de modo abrangente.

Visando ao reconhecimento da legitimidade da interferência judiciária nas citadas *policies*, o presente trabalho procura demonstrar que tal atividade corresponde a uma decorrência natural do modelo complexo e dinâmico de Estado que surge a partir do posicionamento da Constituição no centro do ordenamento jurídico e no topo da hierarquia normativa, isto, que o controle judicial de políticas públicas é uma consequência natural do Neoconstitucionalismo.

¹ Art. 3º, CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”



Assentadas estas idéias, cumpre avaliar brevemente o papel do Judiciário no intervalo histórico que vai do Antigo Regime a desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo.

2 PROGRESSÃO HISTÓRICA DAS INTERAÇÕES ENTRE O JUDICIÁRIO E OS DEMAIS PODERES ESTATAIS: DO ESTADO ABSOLUTISTA AO NEOCONSTITUCIONALISMO

As Revoluções Liberais ocorridas no Séc. XVIII ocasionaram a queda do estado Absolutista, que tinha como principal característica a concentração de todo o Poder Público nas mãos de um único indivíduo, detentor da prerrogativa de não apenas propor e sancionar leis, mas de deliberar sobre quando e como estas deveriam ser aplicadas. O acúmulo de poder nesse modelo de Estado está de certa forma sintetizado pela celebre frase atribuída a Luis XIV *L'État c'est moi*. Em tal conjuntura não é possível falar de nada mais que uma plena subordinação do Poder Judiciário ao arbítrio do soberano.

A reação ideológica aos abusos *Ancien Régime* desencadeou-se com as propostas iluministas e liberais de criação de mecanismo que privilegiassem a liberdade individual ante a atividade discricionária do Estado. Entre tais propostas o Princípio da Separação dos Poderes como forma de minimizar a possibilidade de tirania por parte de um só ou mesmo por parte de uma minoria privilegiada. Nas palavras de Montesquieu (1973, p. 157): “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.

No modelo que se seguiu, o chamado Estado Liberal, caberia ao Judiciário o papel de mero aplicador das leis elaboradas pelo Legislativo, sem efetuar qualquer interferência sob pena de ferir o ideal de liberdade. Mais uma vez afirma Montesquieu (1973, p. 157):

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.



Durante o período em que perdurou o Estado Liberal é possível perceber uma submissão das funções estatais, sobretudo do Poder Judiciário, à atividade legiferante. Isso se dá principalmente devido a perspectiva de que seria mais justo e livre de arbitrariedades nocivas um governo fundado no império das leis que aquele erigido sobre o império dos homens. A supressão da atividade criativa do judiciário neste período se deve acima de tudo à desconfiança sobre os juizes construída ao longo do Antigo Regime. Em relação a este ponto afirma Norberto Bobbio (2006, p. 29): “com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas e aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado”. Surge então o mito do juiz neutro, executor mecânico das deliberações legislativas.

A liberdade almejada neste período consubstancia-se nos chamados Direito Fundamentais de Primeira Geração, ou de Primeira Dimensão, impositivos de limitações ao Estado como meio de garantir a liberdade individual, compreendida nesse contexto como indissociável da livre atuação econômica e do pleno usufruto da propriedade (DIMOULIS; MARTINS, 2011).

A percepção de que a mera não-intervenção estatal era insuficiente para garantir a igualdade substancial entre os indivíduos ocasionou o desenvolvimento de uma segunda dimensão de direitos destinados a convocar novamente o Estado a agir sobre a ordem social. Ao lado do desejo de concretização da liberdade individual surge o apelo de igualdade material. Na definição de Ivan Horcaio (2008, p. 645): “A segunda geração dos direitos fundamentais é fundada no ideário da igualdade, significa uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão, e não mais para deixar de fazer alguma coisa”.

O surgimento dos Direitos Fundamentais de Segunda Geração marca a passagem do modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado Social, tendo sido as primeiras constituições a incluir tais elementos no âmbito de sua jurisdição a do México de 1917 e a de Weimar de 1919.

Com o Estado Social multiplicaram-se as áreas de atuação do poder público e o Executivo passou a exercer um papel predominante sobre os demais Poderes, na mesma medida em que passou a controlar a quase totalidade das novas funções conquistadas pelo Estado (CLÈVE, 1993). Nesse paradigma o Judiciário permaneceu restrito à função de aplicador de leis, cabendo à administração pública a concretização das normas de desenvolvimento social, muitas vezes consideradas como não mais que metas programáticas.

É a partir da segunda metade do século XX, com o advento do que



viria a ser chamado de Neoconstitucionalismo, que ocorre uma mudança significativa na concepção das funções inerentes ao Judiciário. Nesse novo contexto as constituições passam a ter reconhecida a sua força normativa e o seu caráter condicionante dos textos legais. A partir daí, conforme lição precisa de Luís Roberto Barroso (2007, p.2): “A validade as leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais”.

Esse novo modo de conceber as constituições entrelaça definitivamente Direito e Política, ocasionando a inevitável subordinação dos Poderes Constituídos ao texto da Carta Magna e à consequente revista das ações públicas pelo Judiciário, como afirma o professor Eduardo Cambi (2007, p. 12): “A *judicial review* aproxima o Direito da Política, permitindo que as ações governamentais sejam contestadas perante o Poder Judiciário”.

Para compreender melhor os desdobramentos dessa supremacia da Constituição perante o Estado cumpre avaliar de modo mais detido a forma como a ela se vinculam os Poderes Públicos.

3 VINCULAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS À CONSTITUIÇÃO

Na perspectiva contemporânea prevalece a ideia de que todos os atos governamentais devem estar de acordo com os mandamentos da Lei Maior, sob pena de padecerem de vício formal ou material. Tal preceito encontra-se na base do Neoconstitucionalismo, sendo algo do qual não se pode prescindir sem negar simultaneamente a normatividade de uma constituição e a pretensão de cumprimento da mesma. Na doutrina estrangeira tal idéia foi expressa nos seguintes termos por José Gomes Canotilho (2008, p. 1200): “Qualquer constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante ², aplicam as normas da constituição” (grifos no original). Assim, Legislativo, Executivo e Judiciário estão, no constitucionalismo contemporâneo, submetidos ao dever de atuar sempre em sintonia com o que determinam as constituições.

Em relação à atividade legislativa, essa nova postura faz com que não apenas o processo de produção normativa esteja submetido às regras impostas

² *Sic.*



pela Constituição, como também gera a obrigatoriedade de que o produto desta atividade esteja em conformidade com a Lei Maior, em outros termos, o dogma da liberdade absoluta do legislador é plenamente rompido e este passa a atuar adstrito aos princípios constitucionais (ALMEIDA³). Em virtude dessas imposições, e em decorrência do reconhecimento da aplicabilidade das normas constitucionais na resolução de conflitos, o Judiciário passa a atuar no sentido de extirpar do ordenamento todos os dispositivos legais dissonantes da Norma Fundamental. De fato:

A concepção de constituição como norma jurídica suprema criou as condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis. Somente há supremacia da Constituição quando se extraem conseqüências concretas para as normas com pretensão de validade opostas à Carta – i.e. Quando se pode expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em contradição com a Lei Maior. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 268)

A obrigatoriedade de conformação aos dispositivos constitucionais braça também o Executivo. Nesse sentido leciona Eduardo Appio (2007, p. 112): “os princípios constitucionais vinculam o próprio conteúdo dos atos administrativos, os quais devem estar permeados pelos valores consignados pelo constituinte, sob pena de nulidade”.

A administração pública não pode agir à revelia da Constituição. Os órgãos vocacionados para por em prática os objetivos fundamentais expostos na Carta Magna não podem atuar em detrimento desta. Suas ações, ao contrário, devem não apenas restringir-se às fronteiras de sua competência como devem se conformar com as metas que lhes são traçadas. Em outras palavras, a Constituição não apenas impõem limites, mas também deveres de atuação aos órgãos da administração (BARROSO, 2007).

Em termos simples, no estado Constitucional de Direito, seja por meio de ação ou abstenção, os titulares dos cargos do executivo assumem, ao serem empossados, a obrigação de cumprirem e defenderem a Constituição federal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

De igual forma, o Judiciário submete-se à Lei Maior, não podendo

³ Documento on-line, não datado e não paginado.



inclusive esquivar-se da apreciação de qualquer tema envolvendo lesão ou ameaça a direito que lhe seja apresentado, conforme disciplina o inciso XXXV do art. 5º da Carta Maior⁴.

Tal previsão de atuação abre espaço para que os juízes possam ingressar no terreno das políticas públicas de maneira mais ativa, na medida em que a proibição do *non liquet* os obriga a se manifestarem toda vez que um demanda envolvendo as citadas políticas for submetida à apreciação, rompendo assim com a figura de executor mecânico e impessoal da lei para assumir uma postura de partícipe criativo das transformações sociais. Atuando por intermédio do controle judicial não só da constitucionalidade da lei formal, mas também das questões materiais inerentes às políticas públicas, o magistrado deixa de ser o aplicador formal da lei para se tornar um agente construtor da sociedade (ALMEIDA⁵).

Evidentemente é preciso cautela ao estabelecer as fronteiras dessa nova função do Judiciário, de modo que não se deixe sem proteção os direitos assegurados constitucionalmente, nem tampouco se promova a criação de um Super-Poder, tão apto a cometer abusos quanto qualquer outro que não possa ser freado. Nesse sentido, é conveniente estabelecer parâmetros dentro dos quais será legítimo o controle judicial de políticas públicas. Antes porém é sensato procurar transpor os obstáculos que mais frequentemente são interpostos à esta modalidade de atuação judicial, tais como o princípio da separação dos poderes, a dificuldade contramajoritária e a alegação de reserva do possível.

4 ASPECTOS CONTROVERSOS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 O princípio da separação dos poderes

O modelo de tripartição das funções estatais proposto por Montesquieu no século XVIII tinha por objetivo coibir o poder de intervenção do estado sobre os interesses privados. Entretanto, é preciso ter em mente que a idéia de separação rígida proposta pelo filósofo iluminista associa-se à época

⁴ Art. 5º, XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵ Documento on-line, não datado e não paginado.



de sua formulação, estando portanto permeada por um sentimento de repúdio ao Absolutismo e das arbitrariedades decorrentes do acúmulo de poder.

Nos tempos atuais, malgrado seja ainda prudente a adesão ao princípio da separação, este precisa ser ponderado com o interesse de desenvolvimento social e o resguardo dos Direitos Fundamentais, de modo que um mecanismo desenvolvido com o objetivo de proteção da pessoa não possa como afirma Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008, p. 134) “servir, em sentido inverso às finalidades políticas de sua criação, de âncora para permitir abusos governamentais”.

Nessa perspectiva, desenvolveu-se o que se convencionou chamar de teoria dos *checks and balances*, que nada mais é que a imposição de um modelo dinâmico de interação entre os Poderes, de maneira que estes se regulam mutuamente através da interdependência e do desempenho de funções tradicionalmente consideradas atípicas. O próprio ordenamento jurídico brasileiro adota tal sistema ao atribuir, por exemplo, competência ao Executivo para decretar medidas provisórias (Cf. art. 62, CF) e ao Judiciário para editar súmulas vinculantes (Cf. art. 103-A, CF), atividades equiparáveis em sentido *lato* a atos próprios do Legislativo.

Evidentemente, não se busca com a adoção desse sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) gerar um contexto caótico em que as funções estatais se auto-sabotariam e no qual não haveria papéis definidos. O objetivo dessa ferramenta é permitir o desempenho harmônico das diferentes atividades governamentais, de modo que não se veja prejudicada a possibilidade de concretização dos direitos individuais e dos objetivos maiores de um Estado Constitucional de Direito.

A mitigação do princípio da separação em um ambiente em que a principal tarefa do Judiciário é garantir a efetivação dos direitos tutelados pela Constituição torna o controle judicial de políticas públicas uma ferramenta antes de mais nada necessária, razão pela qual não há porque ser mantida a idéia de que tripartição funcionaria como um obstáculo à tal atividade.

Sendo assim passemos à averiguação da possibilidade de quebra da legitimidade do processo democrático devido à interferência dos membros do Judiciário sobre as atividades dos representantes da maioria, a chamada dificuldade contramajoritária.

4.2 Dificuldade contramajoritária

Por dificuldade contramajoritária compreende-se a problemática do



Judiciário, cujos membros não são eleitos por sufrágio popular, interferirem sobre as determinações dos representantes eleitos do povo. A expressão foi cunhada por Alexander Bickel no decorrer dos anos 60 e conduz ao questionamento sobre até que ponto esta forma de atividade judicial não viciaria a legitimidade do processo democrático.

Vivemos num modelo de Estado democrático onde o povo, apesar de ser titular de todo o Poder, podendo inclusive exercê-lo diretamente em algumas hipóteses, elege sazonalmente representantes através de apuração da vontade da maioria, isso é o que se denomina Princípio Majoritário, e que é tido como um dos pressupostos sem o qual não pode haver Democracia. A despeito disso, é possível perceber que, mesmo sem serem eleitos, os agentes do Judiciário desempenham também um poder político. Afirma a doutrina:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. (BARROSO⁶)

De onde emanaria então a legitimidade de tal atuação?

A tarefa do Judiciário é justamente adequar as demandas que lhe chegam às expectativas do próprio povo manifestas pelo Poder Constituinte Originário por meio da Constituição e pelos demais representantes populares através dos códigos e dispositivos infraconstitucionais. Isso significa que no exercício de suas atividades, incluindo o controle judicial de políticas públicas, os magistrados e demais membros do Judiciário não executam a sua própria vontade política, não executam a imposição de um desejo particular sobre a vontade da maioria, mas tão somente concretizam as decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo (BARROSO⁷).

Sendo assim, na medida em que magistrados, membros do Ministério Público e demais atores do Judiciário ajam em conformidade com os preceitos legais e, sobretudo, constitucionais, não há que se falar em risco

⁶ Documento on-line, não datado e não paginado.

⁷ *Ibid.*



à legitimidade do processo democrático, mas em concretização da própria Democracia.

Dito isto, cumpre avaliarmos o dilema da limitação dos recursos públicos aptos a gerir a promoção dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas.

4.3 A questão da reserva do possível

Por reserva do possível entende-se a possibilidade de alegação de insuficiência de recursos para o implemento adequado de uma política pública destinada, correspondendo geralmente a uma pretensa limitação à exigência de consolidação de direitos constitucionalmente garantidos por motivos de escassez econômica.

Evidentemente, assim como o ordenamento não pode obrigar alguém a realizar o impossível, seria insensato exigir do Estado aquilo que está fora de suas possibilidades. Revela-se aí a agudez do problema, pois como afirmam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 99): “O ‘possível’ não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. Uma reflexão simples mostra que o Estado pode utilizar um amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação.”

A questão se torna ainda mais grave quando se verifica que o aparato de que dispõe o Judiciário não o habilita a averiguar com precisão a realidade da falta de meios. Desse modo, o agente judicial fica adstrito à investigação da objetiva inconstitucionalidade da omissão estatal. Ao invés de se perder na especulação sobre a existência ou não da insuficiência financeira, deverá avaliar se as ações ou omissões dos outros agentes governamentais estão em consonância com as prioridades estipuladas pela Constituição, sobretudo se afetam a realização de Direitos Fundamentais. Conforme posição doutrinária, “não cabe à autoridade jurisdicional mensurar as capacidades financeiras e prioridades políticas estabelecidas pelos demais Poderes para atender demandas baseadas em direito fundamental social. Só lhe cabe verificar a inconstitucionalidade da eventual omissão” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 101).

Decorre que ao exercer o controle de políticas públicas o Judiciário não deverá procurar demonstrar a existência de recursos, mas tão somente sopesar o interesse constitucional sobre a tutela do bem, a adequação social de provimento da demanda e a inadmissibilidade de retrocesso social pela alienação do mínimo existencial diretamente relacionado ao valor maior da dignidade da pessoa humana.



Ultrapassados então os obstáculos cuidemos da delineação dos critérios sem os quais será ilegítima qualquer interferência judicial nos campos do Legislativo e do Executivo.

5 PARÂMETROS DE LEGITIMIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

5.1 Excepcionalidade

Ao Judiciário não cabe a função de desenvolver e pôr em prática as políticas necessárias à concretização dos direitos fundamentais. Ainda que não possa se furtar ao dever de apreciar aquilo que lhe é trazido (art. 5º, XXXV, CF), sua interferência sobre a esfera dos demais poderes deve limitar-se às circunstâncias em que se possa verificar algum tipo de abuso por parte das autoridades estatais. Como ensina Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008, p. 131-132) “para ter legitimidade, o controle jurisdicional há de ser excepcional, devendo ter lugar apenas em caso de abusividade governamental.”

Em sede jurisprudencial, a necessidade do caráter de excepcionalidade do controle judicial foi afirmada no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Celso de Mello, ao pronunciar seu voto em relação ao julgamento da ADPF 45⁸, nas palavras do pretor:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 45 MC/DF. Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. DJU. 04/05/2004. Informativo nº 345-STF.



constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Tais opiniões refletem claramente a necessidade de prudência na adoção da possibilidade do referido controle, pois, conforme dito anteriormente, não se almeja à criação de um Poder capaz de sublimar todos os demais ao bel-prazer, o que evidentemente fulminaria a Democracia e instituiria uma nova forma de ditadura. Em suma, compete ao Judiciário intervir nas *policies* apenas em caráter extraordinário, quando alguma ação ou omissão agrida ou ameace algum direito resguardado pela Constituição.

Paralelamente, é possível afirmar que o segundo critério de legitimidade do controle judicial de políticas públicas corresponde à avaliação razoável da pretensão que busca suprimimento, conforme análise a seguir.

5.2 Razoabilidade da pretensão individual ou social

Esse parâmetro relaciona-se diretamente com a problemática da reserva do possível e com o princípio da proporcionalidade, pois obviamente seria tão inadequado propor que todas as demandas sociais devessem ser atendidas pelos poderes públicos, ignorando quaisquer limitações, quanto seria inapropriado considerar as normas constitucionais alusivas a direitos sociais como meros pronunciamentos programáticos.

É imprescindível que haja uma proporção racional e aceitável entre os fins almejados e os meios postos em movimento. Nesse sentido afirma Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 19): “A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.

O significado claro disso é que as metas que se busca atingir devem estar plenamente de acordo com os objetivos prioritários do Estado delineados pela Constituição e os meios empregados devem ser suficientes para sanar as possíveis deficiências sem, entretanto, comprometer a operacionalidade do aparato estatal. Em termos diretos, não se pode dar excessiva proteção a interesses individuais em detrimento dos interesses globais. Conforme posicionamento de Barros (2008, p. 65): “Qualquer atuação em matéria de políticas públicas exige a compreensão do todo (do macro), sob pena de se obter mais retrocessos que avanços e esse, certamente, não pode ser o objetivo”.

Em síntese, para que haja legitimidade na intervenção judicial no



âmbito das políticas públicas é necessário que o magistrado avalie detidamente a razoabilidade da pretensão que lhe pede provimento como, a contrário senso, procure encontrar a justa medida de irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público (GRINOVER, 2010).

Estabelecido mais este parâmetro, vale atentar para o terceiro pilar sobre o qual se sustenta o controle judicial, a obrigatoriedade de conformação das decisões do Judiciário com as diretrizes constitucionais, ou a necessidade de fundamentação com base na Constituição.

5.3 Necessidade de Fundamentação Constitucional

Qualquer atuação judicial no campo das políticas públicas, para que seja legítima, deverá, obrigatoriamente, estar fundamentada na Constituição, pois não seria coerente propor uma intervenção do Poder Judiciário sobre a área de competência dos demais Poderes, com o intuito de adequar as atitudes destes ao que determina a Lei Maior, e estar a própria ação judicial desamparada pelo texto constitucional. Em termos diretos, os atores do poder judiciário só atuarão legitimamente no controle das *policies* quando forem capazes de fundamentar suas decisões racionalmente com base no que determina o texto constitucional (BARROSO⁹).

Não existe hierarquia ou submissão entre os Poderes, de forma que não se pode olvidar que qualquer pretensão de interferência entre eles deve estar embasada em algo que lhes seja superior e que lhes condicione, o que no atual modelo de Estado nada pode ser além da vontade soberana do povo consubstanciada no texto da *Lex Mater*. A própria Carta Maior de 1988 alude no inciso IX do seu artigo 93¹⁰ a necessidade de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade de tais atos quando aquela não estiver presente.

A despeito da probidade que se atribui ao Judiciário, não seria adequado deixar decisões capazes de afetar diretamente a vida de grandes setores da sociedade à livre consciência dos magistrados, sem que houvesse um fio condutor capaz de guiar-lhes os passos no caminho seguro que leva

⁹ Documento on-line, não datado e não paginado.

¹⁰ Art. 93, IX, CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”



ao encontro da justiça substancial aplicável a cada caso.

Do que foi dito, deduzimos em síntese que seria temerosa e eivada de riscos qualquer iniciativa apartada das garantias de legitimidade enumeradas, além de que, dada a natureza essencialmente corretiva do controle judicial não podemos concebê-lo como uma panacéia apta a, sozinha, resolver todos os males e abusos governamentais, sendo adequado talvez pensar como o jurista italiano Mauro Cappelletti (1984, p. 21) para quem “mesmo a *judicial review* é apenas um instrumento nas mãos de humanos, e humanos, naturalmente, não são deuses”.

6 DISPOSIÇÕES FINAIS

O papel ativo e não meramente figurativo que a Norma Fundamental reclama no panorama neoconstitucional não permite que a interpretação intransigente de quaisquer dispositivos se oponha à sua concretização. Os poderes públicos não podem agir à revelia da imperatividade da Lei Maior.

O controle judicial de políticas públicas, ao contrário do que pretendem os seus críticos, pode corresponder a um instrumento de consolidação da Democracia e o Poder Judiciário, atuando no sentido desta consolidação, pode ser um veículo que assegure a correta manifestação dos preceitos constitucionais. O que não faz da atividade judicial uma função posicionada hierarquicamente acima das demais, pois seu exercício somente terá legitimidade quando tiver por intuito adequar materialmente a atividade estatal à forma regrada pela Constituição.

Diante disto tudo, é imprescindível ainda que não se perca de vista que todos os recursos, todas as ferramentas, todos os mecanismos postos à disposição tanto pelo Direito quanto pelo próprio Estado, têm como único fundamento, como única diretriz, a busca pela promoção do bem-estar e da dignidade na vida de cada pessoa. É somente com isso em mente, é apenas com a adoção desse objetivo, que poderão ser realizadas adequadamente as políticas capazes de auferir a materialização da justiça entre os homens.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário: Algumas Considerações.** Disponível em: <<http://>



portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/769506.PDF>. Acesso em 30 maio, 2011.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros Objetivos e Tutela Coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 04 jun, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Saber Ciências Sociais Aplicadas**: Revista do Centro Universitário do Estado do Pará. Belém, v. 6, n. 1-2, p. 7-33, jan.-dez. 2007.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.



CLÈVE, Clémerson Merlim. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 29 maio, 2011.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Abril: São Paulo, 1973.

CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES POLITIQUES PUBLIQUES: ASPECTS CONTROVERSÉS ET PA- RAMÈTRES DE LÉGITIMITÉ

RÉSUMÉ

Le présent article évalue la question du contrôle juridictionnel des politiques publiques dans la perspective du constitutionnalisme contemporain ou néoconstitutionnalisme. Il postule le lien des pouvoirs publics avec la Constitution comme une conséquence naturelle de la reconnaissance de la



force normative de celle-ci. Il discute les principaux aspects controversés du rôle du judiciaire dans le contrôle des politiques publiques, telles que la dite difficulté contre-majoritaire et la violation du principe de la séparation des pouvoirs. Il considère la possibilité d'allégation de fonds insuffisants pour la mise en œuvre des droits fondamentaux face au devoir de l'État de la concrétisation des objectifs prioritaires de l'État définis par la Constitution. Il établit des critères capables d'assurer la légitimité du contrôle juridictionnel. Il démontre que le *judicial review* correspond à un mécanisme essentiel pour la concrétisation des droits fondamentaux et pour la consolidation de la démocratie même.

Mots-clefs: Néoconstitutionnalisme. Contrôle de politiques publiques. Rôle du judiciaire . Démocratie.

