

AS POLÍTICAS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO

*Débora Lopes Miranda*¹

*Rubens de Lyra Pereira*²

RESUMO

Os assuntos afetos as políticas públicas têm assumido alto destaque nos últimos anos, tendo como conseqüência, por exemplo, a saúde pública, com alta demanda no serviço público e números catastróficos de ações judiciais em busca da tutela de um direito fundamental violado, que podem ser observados em vários debates e conferências em todo o país. As políticas decorrentes da judicialização visam à conscientização da população para a importância da proteção dos direitos fundamentais, tendo os Tribunais, pelo princípio da imparcialidade e discricionariedade atuado frente à inércia do Poder Legislativo e Executivo em matéria de sua competência. Desta forma resta evidente que o Poder Judiciário tornou se palco das demandas afetas aos direitos humanos, tendo como último suspiro o Supremo Tribunal Federal.

Palavras chaves: Judicialização; Políticas Públicas; Discricionariedade; Imparcialidade; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The affects public policy issues have assumed high prominence in recent years, and as a consequence, for example, public health, with high demand in the public service and catastrophic numbers of lawsuits seeking guardianship of a violated fundamental right that can be observed in several debates and conferences around the country. Policies resulting from legalization aimed at public awareness of the importance of protection of fundamental rights, and the courts, the principle of impartiality and discretion acted against the inertia of the Legislative and Executive Branch on matters within its competence. Thus it is evident that the judiciary has become the scene of demands deriving from human rights, with the last breath the Supreme Court.

Key words: Legalization; Public Policy; discretion; impartiality; Fundamental Rights.

¹ Graduada em Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Gestão Pública de Gênero e Raça. Mestranda em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF.

² Graduado em Direito. Especialista em Segurança Pública, Cultura, Cidadania e Direitos Humanos. Mestrando em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF.

INTRODUÇÃO

Atualmente é muito comum testemunhar a integração do Poder Judiciário com os outros poderes, a cada dia o Poder Judiciário esta sendo chamado e motivado a solucionar litígios de proveniência de questões políticas em sua esfera. Não somente direitos difusos e coletivos, mas também os direitos fundamentais, que deveriam ser resolvidos em esferas políticas, entretanto, quando se deparam com alguma irregularidade, inconstitucionalidade ou mesmo a carência do mínimo, o judiciário, ou melhor, o Supremo Tribunal Federal não veicula outra hipótese que não seja decidir o mérito, seja provocado por uma ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ou mesmo pelo pleito de uma concessão de medida liminar.

A cada dia é possível ver novas políticas publicas, novas leis sendo aprovadas no senado, mas nem todas sendo colocadas em prática. Na realidade a impressão que se tem é que estas leis são feitas apenas para demonstrar a sociedade que o Brasil não está tão decadente como apresenta, e que as providencias estão sendo tomadas.

Tais demandas, para melhor entendimento, podem ser separadas na seguinte ordem: A classificação em interesse difuso, coletivo e individual homogêneo existente na legislação brasileira, merece uma observação particular diante dos litígios que envolvem a Administração Pública. Haverá interesse difuso sempre que desta ação ou omissão administrativa, resultar um dano a um bem pertencente, de forma indivisível, a toda sociedade, como, por exemplo o meio ambiente. Haverá interesse coletivo quando o dano atingir apenas um segmento da sociedade também de forma indivisível, e, finalmente, haverá interesse individual homogêneo quando

atingir de forma análoga, direitos individuais de um elevado número de pessoas.³ Por sua vez, as políticas decorrentes da judicialização são materializadas quando os tribunais efetivam os direitos fundamentais aos pleiteantes.

De maneira geral é fácil exercer o direito ao pleito judicial, pois a Constituição Federal ampara o ser humano por ser detentor de um direito fundamental, direito máximo amparado na Carta Magna, assim, na maioria dos casos os magistrados tendem a deferir todas as demandas pleiteadas neste sentido, entretanto, a cada liminar, a cada sentença, o rombo que os cofres públicos tem sofrido é lastimável, sendo que na verdade o estado não esta conseguindo suportar o fardo a que lhe compete e suprir as necessidades dos usuários, gerando prejuízos a comunidade, neste sentido tem se o entendimento do doutrinador Barroso⁴ (2009, p. 26):

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Todas estas questões de impacto econômico são maciçamente ventiladas, entretanto, o ordenamento jurídico em geral, preocupado em conceder o direito fundamental acaba criando este circulo vicioso que não satisfaz o problema em grande escala. Os litígios veiculados aos direitos fundamentais deveriam ser

³ Revista de Direito do Estado, Ano 2, nº7 (julho/setembro 2007) – Rio de Janeiro, Ed. Renovar, página 259, Silva, Ricardo Perlingeiro Mendes.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas

resolvidos na esfera política, para que existisse uma repartição justa da verba pública, todavia a omissão da Administração Pública obriga o Judiciário a mergulhar em esfera oposta, ocasionado os inúmeros pleitos judiciais, como por exemplo, a área da saúde pública.

O problema da saúde existentes no país é fato antigo, tanto é que em décadas passadas já foi caso de polícia, hoje em dia as enormes filas em frente aos hospitais em busca de atendimento médico e medicamentos disponíveis estão cada vez maiores. Na realidade, quem detêm uma posse maior, também detêm o poder e em conseqüência conseguem manter um plano de saúde particular, sem necessitar dos serviços do SUS (Sistema Único de Saúde).

Na maioria dos casos, os dependentes do SUS são em sua grande maioria, pessoas com poderes aquisitivos menores, que por si só sofrem uma discriminação social, entretanto, a legislação defende o acesso universal aos serviços de saúde, o que partindo desta premissa, todos possuem direitos iguais e para tanto é dever do estado garantir os serviços de saúde a todas as pessoas indiferente de sua classe social, através do SUS, o problema é que o estado não consegue suprir a demanda de maneira eficiente, o que por este motivo, o usuário pleiteia no judiciário, como ultima esperança, o direito de obter um medicamento que não conseguiu adquirir de forma administrativa, por se tratar de uma medicação talvez escassa ou talvez pesada aos cofres públicos, ou até mesmo pleiteia um leito nos hospitais para uma cirurgia ou outro tratamento imediato que não pode esperar.

No mesmo sentido, pode se observar nos escritórios de advocacia em geral, que os clientes que ali se encontram possuem uma mínima noção de seus direitos a ponto de procurar um profissional, ocorre que para muitos, a via judicial é a única possível, sendo que o desespero se impera nestes casos, e de certa forma, compreensível, uma vez que trata da vida de uma pessoa que pode estar em estado terminal, todavia, não são apenas os magistrados que não possuem um conhecimento amplo em questões como economia, políticas públicas ou serviços públicos para proferir

sentenças que podem gerar prejuízo ao Estado. A peneira nestes casos deveria ser feita pelos obreiros do direito, quais sejam, os advogados, entretanto, em muitas ocasiões, não possuem conhecimento técnico, por militarem em outras áreas, ou pouco conhecimento nestas questões, mas, por instinto de justiça e penalizados com a situação do cliente terminam por efetivar a lide, sem observar os critérios necessários.

Este processo de judicialização é sem dúvida benéfico à sociedade, uma vez que, uma nova forma de satisfazer a necessidade se alastra no ordenamento jurídico, entretanto, tal ativismo judicial não pode ser visto como meio principal, mas sim como alternativa de soluções de conflitos políticos. É necessário ter esta consciência para que não haja desrespeito aos outros poderes e em conseqüência, a arrogância jurídica.

2 – A INDEPENDENCIA JUDICIAL E A DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Para fazer uma análise concisa pode se observar um pouco da história que reflete o tema, no caso das políticas públicas, estas foram concebidas na Constituição de 1988, através dos direitos sociais, entretanto, nas constituições democráticas republicanas de 1891, 1934 e 1946 já haviam fragmentos de seu surgimento.

A Constituição Federal de 1988 foi o marco no Brasil, momento em que o país saiu de um regime autoritário para um regime democrático. Neste contexto de pós-repressão, o país em geral estava em clima de esperança imaginando o fim da crise econômica, social e política, crise esta devida a má organização política, momento em que a Administração Pública era questionada. O artigo 6º da presente Constituição prevê o que pode se observar quanto aos Direitos Sociais e Garantias

Fundamentais, e posteriormente no artigo 196, de forma literal quanto ao direito à saúde:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com o advento da Carta Magna, a saúde e a educação foram postas como direitos universais, situação que ensejou a proteção das políticas públicas relativas a tais temas. Entretanto, não só estes, mas outros como o Meio Ambiente, sendo a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei Federal n.º 6.938, além da Política Nacional de Recursos Hídrico, que também teve sua notoriedade mediante a Lei Federal nº 9.433.

Conforme observado, as garantias fundamentais estão amparadas na Constituição, e o Poder Judiciário tem submetido não somente direitos difusos e coletivos em sua esfera, como também os direitos e garantias fundamentais que deveriam ser objeto específico da Ciência Política. Esta discricionariedade de julgamento se torna necessária, quando o julgador, na maioria das vezes, se depara com a carência do mínimo, e no ato de representar o Estado, efetiva o exercício do direito fundamental que deveria ser automático ao postulante. Neste sentido, tem se a independência do Poder Judiciário da seguinte maneira:

A razão por que a independência judicial é de grande importância pública é que uma sociedade livre somente existe até onde é governada pela norma

legal ... a regra que obriga governantes e governados, ministrada imparcialmente e tratando igualmente todos aqueles que procuram seus recursos ou contra quem seus recursos forem ministrados. Conquanto vagamente possa ser percebida, conquanto possa ser o pensamento inarticulado, há uma aspiração nos corações de todos os homens e mulheres para a norma legal. Essa aspiração depende, para sua realização, de um competente e imparcial aplicação da lei pelos juízes. No sentido de desempenhar essa responsabilidade, é essencial que os juízes sejam, e sejam vistos, como sendo independentes. Nós nos tornamos acostumados à noção de que a independência judicial inclui a independência dos ditames do Governo Executivo ... Mas as decisões modernas são tão variadas e importantes que a independência deve ser predicado de qualquer influência que possa tender, ou ser razoavelmente pensada como tendente, a um desejo de imparcialidade na decisão feita. A Independência do Governo Executivo é a noção central, mas ela não é mais a única independência que é relevante⁵.

O Judiciário, diante da inércia do Executivo ou Legislativo, tem o poder dever de realizar a justiça ou no mínimo efetivar o direito a que compete ao ser humano, com toda a imparcialidade e independência que lhe é devida. “ É fácil concluir que a base fundamental do Estado democrático de Direito é a de oportunizar o controle dos atos dos poderes públicos a partir de uma parcela de poder do próprio Estado, o Poder Judiciário. Os atos de governo, por sua vez, são praticados no exercício de função puramente política, tais como o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, a sua sanção ou o seu veto etc. Nos termos do art. 5º, XXXV⁶, da Constituição Federal, tais atos se encontram sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário”. (Moraes, 2012, pag.34).

De tal forma, mesmo que haja a atuação do julgador, tal ato não é totalmente discricionário, conforme afirma o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁵ Comentários aos princípios de Bangalore de Conduta Judicial, apud, Sir Gerard Brennan, Chief Justice of Austrália.

⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

"Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato - e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto. (...) Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal'.

Neste sentido, o autor afirma que nenhum ato é totalmente discricionário, mas está vinculado com relação ao fim e a competência, pelo menos. Ou seja, mesmo que haja a discricionariedade do julgador em decidir assuntos que deveriam ser solucionados em esfera política, no mínimo, no âmbito de sua competência o mérito do ato deve ser observado. O autor alega ainda que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio e, de resto fundamental pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.

O autor alega ser necessária a investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato, o que justifica sua relevância, pois a ausência da efetividade dos direitos fundamentais é fato incontestável para justificar a discricionariedade do julgador, frente à omissão do Executivo e do Legislativo, tese em que coadunam os próprios Tribunais Superiores.

Noutro raciocínio, uma maneira realizada pelos vários movimentos sociais que lutam pela efetivação dos direitos fundamentais, para evitar todo este processo moroso é a realização de parceria com órgãos públicos, para que possa ser feito a criação de fóruns além de debates nas câmaras municipais, associação de bairros, escolas, e em todo meio de comunicação para que os direitos de igualdade e acesso universal aos direitos fundamentais, como a saúde sejam garantidos a todos. O princípio da igualdade, por exemplo, é consagrado nas Constituições brasileiras desde a época do Império, como princípio da igualdade perante a lei, assim, a lei trata a todos igualmente, sem levar em conta distinções.

A prescrição contida no caput do art. 5º. da Constituição de 1988⁷ afirma: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(…)” Esse princípio da igualdade é reafirmado dentro da Constituição por meio de muitas normas, como diz no mesmo art. 5º., I, ‘declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Os órgãos públicos, através dos movimentos sociais tem se empenhado muito para diminuir esta desigualdade, mas ainda não é suficiente, é preciso uma maior conscientização por parte da população quanto às demandas judiciais, e uma efetivação dos agentes políticos para garantir a efetivação desses direitos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

⁷ Constituição Federal da República de 1988 – Artigo 5º

Comentários aos princípios de Bangalore de Conduta Judicial, apud, Sir Gerard Brennan, Chief Justice of Austrália (NT: Presidente da Corte Superior da Austrália), **Judicial Independence. The Australian Judicial Conference**, a 2 de novembro de 1996, Canberra. Disponível em: www.hcourt.gov.au.

Constituição Federal da República de 1988

Mello, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, Editora Malheiros, 15ª Edição, páginas 395/396/836.

Moraes, Vânia Cardoso André de, **Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública, hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição**, Série Monografia do CEJ, Vol 14, 2012, pag.32

Revista de Direito do Estado, **A impugnação judicial dos atos administrativos na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**, Ano 2, nº7 (julho/setembro 2007) – Rio de Janeiro, Ed. Renovar, , página 259, Silva, Ricardo Perlingeiro Mendes.