

# **O JUDICIÁRIO DIANTE DAS DECISÕES DE EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO**

THE JUDICIAL DECISIONS OF EFFECTIVE PUBLIC POLICIES IN THE  
STATE OF DEMOCRATIC RIGHTS

Autores: Guilherme Bittencourt Martins<sup>1</sup>

Roberto Carlos Ferreira Soares<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na área de concentração “Sistema Constitucional de Garantias de Direito” do Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru, pós-graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica pela Anhanguera/Uniderp, Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. É Advogado, e membro efetivo da Comissão OAB Vai à Escola da 21ª Subseção /Bauru. Bauru/SP – Rua Antonio Pereira, 374 – Telefone (14) 3238.4578 – CEP – 17051-290 - E-mail [guilhermebm@hotmail.com](mailto:guilhermebm@hotmail.com)

<sup>2</sup> Mestrando em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP), pós-graduado em Administração de Recursos Humanos (Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (Anhanguera/Uniderp), pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Psicólogo e Advogado. Bauru/SP – Avenida antonio Requena Nevado, 11-35 – Telefone (14) 3238.7536 – CEP 17055-040 - E-mail [rocafeso@adv.oabsp.org.br](mailto:rocafeso@adv.oabsp.org.br)

## RESUMO

O presente trabalho aborda o papel do Judiciário no enfrentamento de questões que envolvam as políticas públicas, cujo tema é controvertido pela doutrina que ora tende pela participação na solução diante da omissão do legislador ou do administrador, ora pondera que o Poder Judiciário deve pautar pela referência constitucional para que a autonomia judicial esteja limitada aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios constitucionais, abstendo-se de envolvimento de decisões políticas que são de competência dos representantes eleitos pela maioria, o que afasta a aptidão do Judiciário que responde para prevenção de arbitrariedades diante de situações sociais que preservem a garantia da ordem jurídica constitucional do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Judiciário, Políticas públicas, Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

This paper discusses the role of the Judiciary in tackling issues involving public policy, whose subject is the controversial doctrine that tends either by participation in the solution before the legislative omission or administrator, now argues that the judiciary should be guided by constitutional reference that judicial independence is limited to the normative content to the rules and constitutional principles, refraining from involvement in political decisions that are the responsibility of the

representatives elected by the majority, which removes the ability of the judiciary to respond to prevention arbitrariness facing social situations that preserve the guarantee of constitutional law in a Democratic State.

**Keywords:** Judiciary, Public Policy, Fundamental Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe importantes inovações jurídicas que possibilitam, ainda hoje, discussões sobre a efetividade de direitos que estão previstos no texto constitucional, mas permanecem distantes do alcance da maioria dos participantes da sociedade contemporânea.

O constituinte originário ao apresentar a estrutura dos poderes, apoderou da concepção da independência e relação de harmonia entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, como forma de cooperação com funções que coordenam a participação de suas ações em diversos assuntos de interesse da sociedade.

A estratégia adotada deriva da prevenção do fortalecimento ou da supremacia de um dos poderes sobre os demais, mesmo porque a sociedade evolui conforme suas relações sociais vão se adaptando aos certames tecnológicos, interagindo com culturas, costumes diferentes e no enfrentamento de questões sociais reclamadas e suprimidas pelo passado.

O cenário atual aponta uma omissão legislativa em temas que o constituinte originário entendeu que seria dirimida ao longo do tempo, na medida em que a sociedade fosse amadurecendo.

A expectativa do direito efetivado, muitas vezes pela regulação de uma legislação ordinária, na maioria dos casos não ocorreu, resultando uma omissão do legislativo.

Diante desse cenário, o cidadão tem acionado o Judiciário para buscar a efetivação de seu direito negado pelos seus representantes eleitos, justificando seus apelos baseando na competência constitucional designada para proteção das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.

Segue que as questões levadas ao Judiciário muitas vezes carregam teor político que em alguns casos relacionam as questões que envolvem políticas públicas.

Para compreender esse panorama, a primeira parte trata de ponderar o papel do Judiciário enquanto agente garantidor de direitos fundamentais, percorrendo diversos pensamentos de doutrinadores, para no momento seguinte aportar na participação do Judiciário nas decisões de questões que envolvam as políticas públicas diante do realce na concentração da atividade jurisdicional desenhada na Constituição, dentro de um cenário democrático, visando à preservação da ordem jurídica.

## **2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO VETOR DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL**

A defesa dos direitos fundamentais deve ser constante em qualquer ordenamento do Estado. Essa constante vigilância deve ser mais acentuada quando os valores da ordem jurídica se encontram em conflito com a vontade da maioria popular.

A história demonstra que quando fatores desestabilizadores da sociedade se acentuam, como por exemplo, crise econômica, com o consequente aumento da massa de desempregados, miséria, violência, crime organizado, ataques às instituições e autoridades dos poderes da República, a importância de uma justiça forte, independente, imparcial e principalmente, capaz de transmitir credibilidade e esperança a essa massa popular que clama por justiça, assume caráter fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o descrédito da população na justiça, diariamente ofendida dentre muitas razões resulta da demora da prestação jurisdicional, do acesso a justiça, ou então simplesmente pela razão da omissão estatal, pela falta de efetivação de direitos que estão assegurados no texto constitucional.

O poder concentrado nas mãos dos representantes da maioria, dos sujeitos eleitos pelo povo, sem qualquer controle, representaria um modelo de Estado que persegue apenas a governabilidade.

Ao contrário, uma sociedade com uma Constituição definida quanto aos seus direitos fundamentais e um tribunal com amplas atribuições de controle significam o modelo de Estado voltado para a proteção dos princípios de direito, e não para decisões de governabilidade, a decisão política do momento.

Apontamento interessante por parte de Oscar Vilhena Vieira quando pondera que a regra da maioria como forma de expressão da vontade política implica em menores atribuições de tribunal de perfil constitucional, porém estando edificado o rol de princípios e direitos fincados na Constituição, representa uma defesa contra decisões majoritárias políticas.(VIEIRA. 1994, p.25).

Para Alexandre de Moraes, a legitimidade da justiça constitucional se constrói pela necessidade de exigir que o poder público em qualquer de suas áreas de atuação, paute-se pelo respeito aos princípios objetivos e os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, como forma de garantir a legitimidade da credibilidade outorgada pelas urnas.(MORAES, 2000, p.76).

A Constituição está constantemente sendo testada pelas condições de fato que são apresentadas por uma sociedade que está em constante transformação, fazendo com que os questionamentos provoquem interpretações e mudanças que proporcionem um conforto social.

Neste sentido, importante que fique registrado a necessidade de estabelecer instrumentos garantidores diante da turbulência globalizada de

interação de culturas e reivindicações, mecanismos de proteção que possam efetivamente guardar e proteger os princípios fundamentais que foram estabelecidos pelo poder originário quando da elaboração da Constituição.

Essa configuração de proteção foi delegada aos tribunais responsáveis por sua guarda e fiscalização diante de uma Constituição que tem características de compromisso na esfera econômica e social com programas de governo e metas a serem alcançadas.

Os tribunais com jurisdição constitucional passam a exercer competências, entre as quais zelar pela aplicação da Constituição e garantir o direito diante do legislador omissor, com base em normas de conteúdo aberto, ou ainda a partir de normas de conteúdo conflitante, resultantes do caráter.

A atribuição de competência da função judiciária emana da própria Constituição que difundiu entre seus órgãos que compõem uma das funções tripartidas do poder soberano do Estado, com a finalidade de promover a justiça, pela aplicação da lei e da guarda dos princípios constitucionais, mediante os instrumentos constitucionais de controle difuso ou concentrado.

A justificativa aponta que na medida em que o povo elege seus representantes pelo voto, que por sua vez são aptos para criarem as leis, é formalmente a expressão soberana da vontade do povo que diretamente

submete ao protetor da juridicidade, como destaca o Prof. Edinilson Donizete Machado:

A função jurisdicional deverá estar limitada à vontade soberana do povo, por meio da Constituição, que nos dias atuais exerce força normativa pelas regras e pelos princípios, dos quais cabem revisões da compatibilidade vertical pelo Judiciário, que no caso concreto, quer no abstrato.(MACHADO, 2011, p.<sup>67</sup>)

A ideia do controle pelo Judiciário é a de que a Lei Fundamental não pode ser violada pela legislação de maioria transitória, pois a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, votada e aprovada pela maioria transitória não pode ser dita como antidemocrática, isso porque sua autoridade lhe é conferida pela vontade superior do povo, cristalizada nos princípios constitucionais.

Essa construção somente se consolida pela importância das cláusulas constitucionais serem efetivamente protegidas por um mecanismo que esteja fora das disputas do poder, um órgão que tenha como finalidade proteger esses princípios fundamentais, conforme ensina Dworkin:

A existência da jurisdição constitucional como instituição política tem, precisamente, a missão que é ao mesmo tempo, sua fonte de legitimação de fazer com que os problemas mais fundamentais, os

conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade, sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não definitivamente resolvidos na arena das disputas do poder.(DWORKIN, 2000, p.93).

Caso não houvesse essa autovinculação, a Constituição poderia ser facilmente manipulada para atender aos interesses de apenas algumas das forças políticas que atuam na sociedade.

No Estado Democrático de Direito, o caráter de norma fundamental que a Constituição deve ter, dentro do escalonamento hierárquico da ordem jurídica, pode ser visto como um sistema de bloqueio à atuação estatal, como uma espécie de garantia que a sociedade determina como um mínimo necessário a manutenção do Estado de Direito.

Sem embargo ao exposto, Canotilho ilustra:

Assim como Ulisses se atou aos mastros do navio para evitar o chamamento das sereias, também as pessoas se auto vinculam a si próprias para evitar conflitos ou assegurar com mais operatividade as suas preferências. As sociedades e os indivíduos auto vinculam-se através de uma constituição a fim de resolver os problemas resultantes da

racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades.(CANOTILHO, 2000, 1385)

Em reforço ao pensamento do lusitano, os perigos do Poder Legislativo são apontados pelos ensinamentos do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

[...] os governos constituídos por eleição, quando não refreados, não são menos suscetíveis de se excederem do que os originários de designação hereditária. Acima da vontade do parlamento, devem sempre pairar os direitos da personalidade humana, desde que o Estado é um meio do qual o bem comum dos indivíduos membros da sociedade é o fim. Governar é servir, na frase dos escolásticos.(MELLO, 1980, p.59)

O constitucionalismo moderno não é uma simples limitação à regra da maioria, como ensina Oscar Vilhena Vieira:

É evidente que a regra da maioria desempenha papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais; porém, a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade e, portanto, a manutenção de

certos direitos é essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido, o pré-comprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se autodestruírem, enquanto seres igualmente livres e portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana.(VIERIA, 1999, p.226)

Assim, assume o controle de constitucionalidade o papel do mais importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas, chegando mesmo a ser considerado como “elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”(MOREIRA, 2001, p.44)

Aponta ainda o mesmo autor:

É que, por intermédio da sua constitucionalização, determinados princípios e direitos são subtraídos do embate político cotidiano, ficando preservados contra maiorias legislativas ocasionais. A rigidez constitucional, pressuposto da supremacia de Lei Maior, e os mecanismos de controle da constitucionalidade representam, assim, os limites institucionais do poder da maioria.(BINENBOJIM, 2001, P.45)

A sobrevivência do pacto do poder constituinte originário depende da adoção de um modelo ideal em que o constitucionalismo prevaleça sobre o regime adotado, consolidando a máxima contida na formulação do Estado Brasileiro como sendo a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.<sup>3</sup>

Significa dizer que os princípios consagrados pelo poder originário são fundamentais, que devem estar acima das deliberações produzidas inclusive por maiorias qualificadas, ou mesmo pela totalidade representativa dos cidadãos, de tal sorte que as decisões dos tribunais representem a vontade espelhada no texto constitucional, prevalecendo o entendimento estampado pelos princípios constitucionais.

O Judiciário assume função primordial dentro da harmonia dos poderes, em razão dessa tarefa singular de controlar os atos dos demais poderes.

Dessa forma, a responsabilidade do Judiciário, diante de situações sociais, é de garantir a preservação da ordem jurídica constitucional, do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>3</sup> Refere-se ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Isso não significa a instalação de um governo de juízes e tampouco a tirania da magistratura. O Judiciário com o controle da constitucionalidade nas mãos, não está acima dos outros poderes.

Da mesma forma, o Judiciário não está acima das premissas estampadas no texto constitucional que estabelecem o sentido de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Essas premissas são consubstanciadas nos princípios constitucionais, que não serão colocados na pauta dessa discussão, mas a título de ilustração da força vinculante que os princípios exercem na vida jurídica, merece destaque o pronunciamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

Após este esforço de sistematização, é preciso destacar o papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional, remarcando sua finalidade ou destinação. Cabe-lhes, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado. Eles fincam os alicerces e traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial.(BARROSO, 1996, p.291).

Os juízes interpretam simplesmente a lei. Não há oposição ao Poder Legislativo. Quem realiza oposição exerce uma vontade política e a

atividade do juiz não é discricionária, devendo julgar nos termos da lei, porque a função exercida é essencialmente judicial na motivação de interpretar os dispositivos legais, para aplica-los à demanda submetida à sua decisão.

A posição dos juízes estarem obrigatoriamente vinculados ao ordenamento jurídico, também faz sentido para o Mário Masagão:

Se há possibilidade de predomínio absoluto de um dos poderes com subjugação dos demais, é de convir que o judiciário seja o menos apto dos três para implantar supremacia. Ele não pode expedir normas gerais, como o poder legislativo. Está limitado a decidir dos casos singulares que lhe são posto. Ele não dispõe, como o poder executivo, da força, da legião de subordinados, para tornar efetivas suas decisões. Pelo contrário, quando se torna necessário o emprego da força, o poder judiciário tem de a solicitar ao poder executivo. A única força de que dispõe o poder judiciário, para se impor e para se fazer respeitar, é, em última análise, a força moral, o princípio de sua autoridade. Mas esta força ele tem que buscar, justamente, no respeito às leis e na manutenção estrita dos limites que lhe são assinados. A ideia da tirania do poder judiciário, nos regimes modernos, contém, em si, esta contradição: para que o poder judiciário se

torne um tirano, é de mister que ele se despoje do único elemento de que dispõe, para que se possa impor: a pureza de sua atitude moral.(MASAGÃO, p.144)

Portanto, toda decisão emanada do Judiciário deve observar em sua fundamentação, os princípios constitucionais, como também o direito material vigente, sob pena de ser nula a decisão, pois a competência da função judiciária está em dizer o direito de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais, mediante provocação das partes legítimas e interessadas, em casos concretos ou sobre lei em abstrato.

### **3. AS DECISÕES JUDICIAIS NO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Atualmente há uma discussão no meio acadêmico que irradia seus efeitos nos corredores dos tribunais com relação ao papel do Judiciário diante da omissão legislativa, quando chamado para prestar o serviço jurisdicional dentre muitas, com relevo nas questões das políticas públicas.

O escopo de políticas públicas está abrigado pelo atendimento de necessidades básicas da população, dentre outras, a saúde, a educação, a segurança, etc.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Não será objeto de discussão o entendimento de políticas públicas e nem seu alcance.

Segue a função jurisdicional é controlar a constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos produzidos pelo Legislativo ou pelo Executivo.

A ideia originária determina que o Judiciário cumpra sua função típica de controle do exercício do poder pautado na Constituição e sobre esta pedra angular assegura a segurança jurídica das relações que permeiam a sociedade.

O controle exercido mediante a referência constitucional é necessário para que a autonomia judicial esteja limitada aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios para prevenção de arbitrariedades.

O Prof. Bonavides ao escrever sobre o controle por um órgão jurisdicional frisa ao final:

Uma segunda técnica de controle da constitucionalidade da lei é aquela que entrega o exercício dessa competência a um órgão jurisdicional. Produz a adoção do sistema em apreço um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminentemente política.(BONAVIDES, 2000, p. 272)

A autonomia judicial deve ser limitada para evitar que o julgador não exteriorize sua vontade individualizada e nem restritiva para

que não prejudique a parte, mas deve pautar pela adesão aos princípios constitucionais consolidados no ordenamento maior.

A vertente aponta para os riscos da decisão judicial se afastar da referência normativa constitucional e aproximar-se da tentadora motivação política.

A aproximação política, representa uma voz na consciência do julgador que pode influenciar a tomada de decisão que no primeiro momento pode satisfazer a parte, mas distancia da finalidade com a qual define seu papel na estrutura do Estado Democrático de Direito.

A forma de prevenir que efetivamente ocorra desvio na decisão judicial para o campo da política e, em especial o das políticas públicas, é a obediência aos comandos constitucionais para evitar a tentação de decisões subjetivas de caráter unicamente pessoal.(BONAVIDES,2000,p. 484).

Alexy propõem uma conexão entre o Direito e a razão apresentando elementos que definem o Direito: a legalidade em conformidade com o ordenamento; a eficácia social e a correção quanto ao conteúdo( ALEXY, 2001, p.33). Demonstra que o campo de incidência é o ordenamento estruturado a partir de um modelo de Estado constitucional democrático.

A leitura da teoria de Alexy trata da aceitação da existência de um sistema normativo que veicule princípios e regras do ordenamento que limite substancialmente pela função jurisdicional constitucional.

A posição de inclusive de relacionar a função jurisdicional ao ordenamento constitucional, condiciona a limitação da decisão dentro de parâmetros traçados pelo sistema normativo, como bem observa Canotilho:

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (diferente densidade semântica). Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturante, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno.(CANOTILHO, 2000, p.1099)

A decisão que observa o ponto de vista do ordenamento interno, através do crivo constitucional, reduz a probabilidade da demora da mora da prestação jurisdicional, na medida em que esteja embasada em princípios constitucionais que reforçam a blindagem da segurança jurídica.

A judicialização de decisões que tenham perfil político que permeiam as questões de políticas públicas se afasta da autonomia judicial que possui independência política, sendo nesse sentido por negociação e o compromisso que a decisão judicial não pode promover por faltar a legitimidade democrática.

Neste particular, o Prof. Edinilson Donizete Machado, entende a falta de legitimidade democrática está vinculada a escolha pela vontade da maioria, logo os juízes não teriam a vocação para realizar escolhas políticas em suas decisões quando exerce o controle jurisdicional, o que traduz no distanciamento de sua verdadeira função de colocar limites às possíveis arbitrariedades nas escolhas dos representantes eleitos pela vontade popular.(MACHADO, 2011, p.118).

A proposta refere-se ao afastamento da judicialização de decisões de tenham um cunho político, que implique ao Judiciário, com destaque ao Supremo Tribunal Federal, tendo o perfil de tribunal constitucional, a interpretação de questões que devem ser pautadas por princípios e pelas regras constitucionais que estão positivadas e distanciar das questões controvertidas políticas.

Neste patamar, o juiz é o julgador que avalia a conduta governamental e legislativa de acordo com a pauta constitucional.

Essa afirmação conduz a promoção da adequação da conduta de cada julgador de acordo com a vontade preordenada e não em manifestações atribuídas ao parlamento que resultaria o rompimento ao

princípio da igualdade, pois linha de argumentação quando recai nas políticas públicas, não pode afastar da ponderação ao princípio da igualdade, pois a busca da igualdade substancial representa a finalidade do sentido do bem almejado que somente o administrador público poderá conceder e não somente ser coagido pela expressão do mandamento judicial.

Norberto Bobbio ao analisar a igualdade, entende que existem quatro formas de igualdade, a saber: a igualdade de alguns em alguma coisa; a igualdade de alguns em tudo, igualdade de todos em alguma coisa e a igualdade de todos em tudo.(BOBBIO, 1992, p.298).

Ao olhar a preposição de igualdade de todos em tudo, representa a ideia de igualdade, pois a maioria das desigualdades são caracterizadas por serem de cunho social.

Dentro dessa perspectiva criada por Bobbio, o pensador Oscar Vilhena Vieira, apresenta a igualdade distributiva, que se define pela distribuição de direitos ou de recursos previstos pelo texto constitucional, através de critérios para distribuir recursos escassos entre os membros da sociedade, ou seja, a proposta implica na universalização de alguns recursos públicos, como educação básica, a saúde independentemente de mérito ou de necessidade.(VIEIRA, 2006, p.81).

Logo se percebe as opções políticas deveriam estar respaldadas pelo princípio da igualdade quer pela visão convencional de tratar os iguais

igualmente como aos desiguais desigualmente pelo critério da universalização da necessidade e da diferença.

Nesta linha de raciocínio, ao decidir sobre questões de políticas públicas, distribuindo direitos sociais individualmente, a decisão judicial rompe com o princípio da igualdade.

A delimitação do campo pelo princípio da igualdade atinge as políticas públicas a partir da atribuição de mesma parcela a todos, no sentido da universalidade.

O resultado traduz o fato que as decisões judiciais que concedem liminares para implementação de políticas públicas que não foram discutidas e aprovadas na seara competente ocasionam 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.

Na vertente contrária, Antonie Garapon apresenta uma concepção diferente, que diante da omissão Legislativa e do Executivo, ficam os juízes designados a promover a eficácia das normas constitucionais:

O juiz torna-se o novo ano da guarda da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em

posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia. Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os *petits juges* no livram dos políticos venais, e os grandes juízes, da própria política. A justiça participa dessa repulsa ao político tanto pelo desvio aristocrático como pela tentação populista. Mas, poderia o ativismo judiciário ser concebido sem o elemento novo que nossa democracia não consegue incorporar: a mídia?(GARAPON, 2001, p.74)

O entendimento de Cappelletti, também assinala que o Judiciário pode colaborar na implementação das políticas públicas, pois aponta que as funções exercidas pelos políticos estão descreditadas . (CAPPELLETTI, 1999, p.47).

Por outro lado, Loewenstein contraria a ideia do Judiciário ser o motivador para implementar políticas públicas:

La enseñanza que se puede sacar de los intentos hechos hajo Weimar y Bonn de judicializar la politica es que este processo solamente puede tener éxito cuando el conflicto no afecte a um interés vital de los detentadores políticos del poder. Si se otorga

el derecho a los tribunales de frustrar una decision politica del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del tribunal no sea respetada – com perjuicio para el Estado de derecho – o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por um acto judicial que, aunque revestido jurídico constitucionalmente, no es, en el fondo, sino um acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función. En el conflicto entre la idea del Estado derecho y el derecho y el deber del gobierno a gobernar, ambas partes tendrán que salir perjudicadas [...] (LOWENTEIN, 1986, p. 325)

A judicialização deve refletir somente a possibilidade de controle repressor das leis e normas que afrontem a texto constitucional e não questões que envolvem diretamente matéria que está delimitada pela política própria, pois os tribunais devem buscar a fundamentação no Direito.

Para Ricardo Maurício Freire Simões ao citar Dirley da Cunha Junior, explica que o Estado brasileiro defronta-se uma democracia que necessita atender a população com recursos essenciais e diante da inércia do Legislativo e do Executivo, teria a credibilidade de suprir mediante os instrumentos próprios configurados pelo texto constitucionais, dentre vários outros, citando o mandado de injunção.(CUNHA, 2004, p. 107).

Ainda assim, o Prof. Edinilson Donisete Machado ao abordar a atuação do Poder Judiciário, nos ensina que a democracia deve ser exercida pelas forças políticas e não seria o ideal o exercício da função legislativa por uma minoria respaldada pelo crivo jurídico.(MACHADO, 2011, p.149).

O autor ainda posiciona que “as decisões políticas devem estabelecer as metas para as áreas prioritárias de políticas públicas, entre inúmeras que poderiam ser tomadas e que vinculam toda sociedade.” (MACHADO, 2011, p.144-145).

Por certo que sendo tomadas metas definidas politicamente com bases nos princípios constitucionais e nas regras contidas na Constituição, facilitaria a atuação na cobrança dos resultados mediante a apuração do que foi realizado e o que deixou de ser feito.

A construção dessas metas passaria pela discussão ampla pela sociedade, através das propostas políticas retiradas de participações comunitárias e até mesmo de plebiscitos para definir políticas públicas de longo prazo que não estariam sujeitas aos mandatos políticos.

A fiscalização passaria ao Legislativo, através de atos normativos que estabeleceria o atingimento e as formas de cobrança dos resultados.

Cumprir que a função jurisdicional estaria na verificação no atendimento dentro da perspectiva da defesa dos direitos fundamentais regidos pelos princípios constitucionais.

É neste contexto que necessário reforçar a valorização do caráter normativo da Constituição Federal de 1988 que ao estabelecer no artigo 2º que os poderes são independentes e harmônicos entre si, reafirmou “as ideias de Montesquieu de órgãos distintos e autônomos [...], da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação.” (BASTOS, 1992, p. 300).

Essa concepção busca garantir que as funções dos poderes sejam cumpridas conforme o texto constitucional, fazendo com que uma não sobreponha a outra.

Ao propormos o estabelecimento de metas para as políticas públicas, resgata que a harmonia entre os poderes seja pelo perfil de coordenação entre si na medida em que participação nas funções está garantida pela repartição de competências no texto constitucional.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal de 1988 assegurou uma responsabilidade importante no tocante ao Judiciário, enquanto componente do quadro dos poderes independentes e harmoniosos entre si, de proteger e assegurar as garantias dos direitos fundamentais, colaborando para ajuste do Estado Democrático de Direito.

A configuração dessa missão, somente se concretiza na medida em que o tribunal constitucional se cerque dos princípios constitucionais proclamados pelo texto constitucional, estando afeto e regido nas suas decisões sob o manto referencial constitucional.

O Judiciário cumpre seu papel no Estado Democrático de Direito na proteção dos direitos fundamentais que foram proclamados pela leitura originária constitucional, possibilitando a defesa de direitos de minorias, diante de situações deflagradas pela maioria representativa.

Pode-se demonstrar que não há dúvidas que a fertilidade da competência de seus membros da esfera judiciária na busca da solução social, esbarra muitas vezes na falta de efetividade da concretização de suas decisões, mesmo porque não tem estrutura e muito menos detém recursos orçamentários para solução dos casos por si mesmo.

Nesta esfera, no enfrentamento da omissão legislativo, cumpre ao Judiciário garantir os direitos prejudicados mediante os instrumentos previstos no texto constitucional, desobstruindo os canais democráticos, assegurando os direitos fundamentais.

Com vista à seara doutrinária temerária de posições divergentes, é reconhecido que os recursos estatais são finitos, e coexistindo a obrigação de atender o particular, o Estado não tendo outra forma de compensação tributária, restringe seu alcance para distribuição, provocando prejuízos a outros também carentes que efetivamente nutrem da necessidade de atendimento de suas necessidades básicas.

O chamamento do Judiciário para compor a solução de questões de efetividade de políticas públicas distoa em alguns momentos pela utilização de motivação política na fundamentação das decisões que carecem do embasamento técnico de formação jurídica, logo a motivação judiciária está acima do teor político, cabendo a manutenção do estado constitucional.

Na contramão da direção, não poderia o Judiciário suplantar a visão constitucional da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

As decisões judiciais devem refletir o pensamento dos princípios constitucionais, possibilitando a certeza da manutenção do sistema social, assegurando a segurança jurídica, para que a sociedade desenvolva e mature o consenso da justiça social.

A clareza da mudança poderá ser evidenciada na medida em que haja a discussão desses pleitos com a sociedade, através de estratégias de envolvimento dos cidadãos na busca de um consenso que leve uma decisão política.

A utilização de instrumentos de acesso a direitos especificados pelo texto constitucional, não podem ser definidos como exauridos e muito menos de menor valor, mas de importância vital para assegurar o direito prejudicado e galgar discussões na sociedade visando sua melhoria na efetivação.

O estabelecimento de metas permeadas por políticas públicas consagradas por ampla discussão pela sociedade, com efetivas adesões populares, como os orçamentos participativos e os plebiscitos, podem resgatar para a fileira do compromisso aqueles cidadãos distantes do exercício da política enquanto forma de melhoria da qualidade de vida, reservando ao Judiciário a proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, o que se procura é que o Judiciário, antes de decidir movendo-se pela força política, deve exercer o direito e não promover escolhas políticas, tendo em vista a primazia dos princípios constitucionais.

## 5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996,

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional positivo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. trad. Aroldo Plinio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de principio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. trad. Maria Luiz Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

LOEWNTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. 4. Impresão. Espanha: Ariel Derecho, 1986.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed., São Paulo: Bushatsky, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares, **O principio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_ **A constituição e a sua reserva de justiça.** São  
Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: uma leitura a  
jurisprudência do STF.** 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

**Data do recebimento: 18/09/2013**

**Data de aceitação: 16/01/2014**