

O ESTADO JUDICIÁRIO E SUA RELAÇÃO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS STATO MAGISTRATURA E LA SUA RELAZIONE CON ORDINE PUBBLICO

Estefânia Naiara da Silva Lino¹

Resumo: O presente trabalho foi desenvolvido tendo como método dedutivo, e tem como objetivo geral propor discussão acerca da relação do Poder Judiciário com a realização das políticas públicas. Como objetivo específico o presente trabalho visa analisar os efeitos da intervenção do Judiciário nas políticas públicas abordando os impactos das decisões na sociedade, no orçamento público, e principalmente na efetivação dos direitos fundamentais. Nesta linha a abordagem busca ainda fazer um confronto entre o conceito de política pública e se a partir deste conceito seria correto dizer que o Judiciário é competente para traçar políticas públicas, ou se seria um erro pensar desta forma. Logicamente não deixamos de pensar a questão no que se refere ao equilíbrio entre os poderes e eventuais reflexos no plano democrático. Ao final chega-se a uma conclusão onde entende-se que conseguimos fechar o raciocínio.

Palavras-chave: Estado; Poder Judiciário; Democracia; Direitos Fundamentais

Sommario: Questo lavoro è stato sviluppato come un metodo deduttivo, e mira a proporre la discussione generale del rapporto della magistratura, con il raggiungimento di politiche pubbliche. Obiettivo specifico questo lavoro è di analizzare gli effetti di un intervento giudiziario nelle politiche pubbliche affrontare gli impatti delle decisioni in materia di società, il bilancio pubblico, e in particolare nella realizzazione dei diritti fondamentali. Questo approccio linea cerca anche di fare un confronto tra la nozione di ordine pubblico e da questo concetto sarebbe corretto dire che la magistratura è competente a redigere l'ordine pubblico, o se sarebbe un errore pensare in questo modo. Naturalmente non penseremo la questione per quanto riguarda i rapporti di forza e possibili effetti sul piano democratico. Alla fine si arriva a una conclusione che significa che possiamo chiudere il ragionamento.

Parole chiave: Stato, la magistratura, la democrazia, i diritti fondamentali.

1. Introdução

O Estado como detentor da força foi o ente criado pelo homem para melhorar a vida em sociedade. Logicamente o homem ao criar o Estado não pensou em torna-lo um fim em si

¹ Possui graduação em Administração pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2006) e graduação em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2007). Especialista em auditoria e planejamento tributário. Mestre em direito. Foi consultora - Ativa Soluções Empresariais - ME LTDA, profissional liberal, advogada - Ordem dos Advogados do Brasil, professora contratada pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, tutela jurisdicional, análise econômica do direito e direito ao desenvolvimento. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5563702005484074>

mesmo, pois neste caso não haveria lógica na existência deste ente político. Nesta linha é função/objetivo do Estado garantir uma melhor condição social ao seu criador, o homem.

Num segundo momento histórico o homem lutou para ter o reconhecimento de uma gama de direitos que lhe propiciassem um rol protetivo frente ao Estado. Isto porque o Estado havia de desvirtuado com relação ao seu objetivo originário. Dessa forma nasceram, de lutas, os direitos fundamentais para proteção do cidadão frente aos abusos do Estado.

Ocorre, que a efetivação dos direitos fundamentais necessariamente passa por aspectos orçamentários que por vezes fogem da alçada do Poder Judiciário, que nem por isso deve deixar de atuar com vistas a satisfação dos direitos fundamentais, sobretudo, os de segunda dimensão. Neste sentido as decisões têm esbarrado em questões fáticas relacionadas à disponibilidade orçamentária, o que torna a decisão algo difícil.

E esta dificuldade gera problemas de ordem democrática, pois os escolhidos para decidir acerca de questões orçamentárias não são os juízes e sim os parlamentares e os membros do executivo. Nesta linha é interessante pensar o conceito de política pública para saber de quem é a competência para traçar e implementá-las para efetivação de direitos.

Para tanto pautamo-nos no método dedutivo e tivemos como e tem como objetivo geral discutir o Poder Judiciário e sua posição institucional com relação a concretização das políticas públicas, e como objetivo específico o presente trabalho visa analisar os efeitos da intervenção do Judiciário em tais políticas. Ao final pudemos apresentar os resultados como se verá.

2. Estado e Poder

Antes de iniciar a discussão sobre o tema é importante analisar o Estado, pois as políticas públicas são reflexos diretos de sua atuação ou omissão. Nesta linha é fundamental que de início se estude os elementos constitutivos do Estado. Segundo o professor Paulo Bonavides (2010) o Estado é composto pelos seguintes elementos: povo; território; e poder.

O povo é elemento indispensável, pois é dele que nasce a vontade política, é dele que surge o contrato social em que o homem cede fração de sua liberdade para a constituição do ente político que deverá nortear a vida em sociedade. E justamente por isso o Estado nasce com a função precípua de atender aos anseios do povo.

Não há a possibilidade de existir Estado sem território. É condição indispensável que o Estado tenha uma delimitação espacial para que o povo tenha condição de buscar melhor condição de vida. Ademais, o território é crucial para que se consolide o terceiro elemento que

é o poder, ou seja, o poder nasce da vontade do povo em viver em sociedade e se exerce em espaço delimitado.

O poder é fruto da vontade do povo e deverá ser usado para a realização do interesse social. Dessa forma, o povo após a constituição do contrato social cede parte de sua liberdade para a constituição do Estado (ROUSSEAU, 2003), e com isso surge a necessidade de atribuir esse poder aos encarregados de gerir a coisa pública e ordená-la de modo e perseguir e alcançar o bem comum.

Ocorre, que o poder não deve ser atribuído a um único indivíduo, pois segundo a lição de Aristóteles (2007) a concentração do poder em mão única pode dar margem a uma aparecimento de uma tirania e isso é ruim para a vida em sociedade. Nesta linha, a História apresenta muitos exemplos em que a concentração do poder levou o povo a ser oprimido veja-se o Absolutismo.

Logo, viu-se a necessidade de dividir o poder para evitar que a concentração pudesse prejudicar o direito de um cidadão. Como referencial não se pode deixar de citar um dos pensadores que contribuíram para a divisão do poder que foi o Barão de Montesquieu (2002) contribuindo com a concepção de que era necessário alguém que criasse a lei, alguém que executasse a lei, e alguém encarregado de julgar os conflitos.

A divisão do poder em Executivo; Legislativo e Judiciário é fruto de um movimento de contenção do poder que em dado momento fundamentos os maiores abusos contra o povo. Tais abusos levaram o povo a promover a quebra de paradigmas contra a dominação opressora como na da Magna Carta em 1215 na Inglaterra, além da Revoluções Americana e Francesa.

Esse processo de limitação do poder é definido por Uadi Lammêgo Bulos (2007) como constitucionalismo. De forma, que o constitucionalismo veio para limitar o poder e garantir direitos aos indivíduos, pois esta deve ser a busca constante do poder, buscar e não suprimir direitos do cidadão. Sendo assim, a separação do poder nasce contra a opressão e visa a garantia de direitos necessários a uma melhor condição humana.

Dessa maneira, o Estado deverá realizar a busca do bem comum usando o poder para conseguir isso. E quando se diz que o poder tem essa função é importante destacar que não é o poder executivo somente, mas todos eles devem perseguir o bem comum, cada um em seu limite, perseguir o bem comum no Brasil significa realizar os objetivos da República expressos na Constituição Federal: *“Art. 3º 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”.

E as formas para alcançar tais objetivos são as ditas políticas estatais, ou as ditas políticas públicas que segundo Ada Pellegrini Grinover podem ser definidas da seguinte forma: *“Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado”* (GRINOVER, 2011, p. 129).

Logo, percebe-se que as decisões do Poder Judiciário são formas de realização de políticas públicas, neste conceito, segundo a lição citada acima. Essa constatação na verdade se apresenta de maneira bastante pertinente, pois por certo tempo teve muita força no Brasil a ideia de que o Judiciário não poderia interferir porque com isso estaria usurpando função do Executivo.

Aqueles que se mostraram contrários a atuação do Poder Judiciário se fundam em ponderação pertinente, cite-se o Professor Dr. Edinilson Donizete Machado que em sua tese alertou para um dos problemas que podem surgir da atuação do Judiciário em políticas públicas, pois por vezes o Judiciário tem feito escolhas políticas e não jurídicas, e que por isso cria um poder para a democracia, uma vez que o povo confere aos seus representantes a tomada de decisões políticas (MACHADO, 2006).

Inicialmente é preciso deixar algo claro: “o fato de os juízes não serem eleitos pelo voto direto do povo não significa que não sejam representantes do povo”. Ademais, após provocado é dever do juiz decidir. Por outro lado existiria um problema de cunho democrático que se refere ao fato de que quando o Judiciário determina que o Executivo faça algo isso pode desmontar uma política orçamentária predeterminada e que se realizada atenderia a muitos cidadãos e não somente aos que se socorrem da justiça

O direito colide com a reserva orçamentária, não com outros direitos. Assim, o direito fundamental deve ter sua densidade determinada caso a caso, na colisão com suas restrições, não com outros direitos que, afinal, devem ser implementados na mesma medida. (CALIL, 2012, p. 158).

Esse fato tem sido definido como a judicialização da política por parte dos estudiosos, as tal fenômeno é tratado por Ada Pellegrini como a “Politização do judiciário” que ao que se nota começa a se dar conta de seu papel nesta busca em realizar o bem público. Ademais,

frise-se raciocínio descrito anteriormente que é a o fato de que a divisão do poder nasceu para garantir direitos e não para restringi-los.

Segundo o professor Luiz Roberto Barroso a primeira grande causa da judicialização foi a **redemocratização**; e a segunda grande causa foi a **constitucionalização abrangente**; a terceira grande causa **é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade** que é dito eclético pois conjuga a possibilidade de controle difuso característico do direito americano e do direito europeu a possibilidade de controle via ADI diretamente no STF, e com grande rol de legitimados, art, 103 da CF/1988 (BARROSO, 2011).

3. Direitos Fundamentais

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 27) as classificações são muitas, tais como direitos do homem, direitos subjetivos públicos, direitos humanos, liberdades públicas, direitos individuais, direitos humanos fundamentais. Ingo ainda analisa o problema dentro do próprio texto constitucional (SARLET, 2009, p. 27)

[...] Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º Inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV).

O pesquisador Ingo Wolfgang fez opção pela terminologia “direitos fundamentais” (SARLET, 2009, p. 27). Mas então é importante que se faça alguma digressão sobre a expressão direito fundamental. Porém, existe ainda aqueles que entendem que o que classifica um direito quanto fundamental é a sua previsão constitucional conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (LEITE; SARLET, 2009, p. 119)

Se a constituição é o fundamento do poder, o direito que advem deste fundamento é dito fundamental. Não necessitando que esteja apenas no artigo 5º da CF/88, pois eles se encontram por todo o texto constitucional.

Segundo os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (DIMOULIS; MARTINS, 2008) a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo como forma de limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado sobre o indivíduo. Porém, nem sempre é adequado que o Estado não atue sobre o indivíduo, pois em dado momento será necessário que o Estado atue diretamente para atender o indivíduo.

Nesta linha Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins apresentam a concepção de Georg Jellinek que criou uma forma de entender quanto o Estado deverá ou não atuar. Tais esferas são o Estado (**E**) e o Indivíduo (**I**). Com isso surgem três categorias de direitos fundamentais ditados pela forma de interação entre as duas esferas citadas. São elas:

a) Direitos de *Status* Negativos: Aqui a esfera (**E**) não pode interferir na esfera (**I**). Neste caso o indivíduo irá repelir o Estado com os meios jurídicos cabíveis. Um exemplo é o fato de o Estado promover a censura a imprensa, seja por meio da criação de um órgão para tanto ou por meio do Poder Judiciário (DIMOULIS; MARTINS, 2008).

b) Direitos de *Status* Positivos; Sociais: Aqui a esfera (**E**) deve interferir na esfera (**I**). Tais direitos possibilitam ao indivíduo exigir do Estado uma atuação direta que melhore as condições básicas de vida. O termo direitos sociais se justifica porque seu objetivo é a melhoria de condição de grande parte da população. E o instrumento para realizar isso são as políticas públicas (DIMOULIS; MARTINS, 2008).

As prestações estatais que buscam concretizar esses direitos se dividem em duas categorias ou espécies: 1º) material: são ações fáticas positivas, e estão relacionadas ao oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não dispõem de condições de adquiri-los no mercado, por exemplo, alimentação, saúde, educação. 2º) formal: se concretizam na criação de normas jurídicas que visem tutelar os interesses individuais. Estes direitos são encontrados em textos dos séculos XVIII e XIX e amplamente garantidos no início do século XX na Rússia pós-revolução.

c) Direitos de *Status Activus*, políticos, ou de participação: Nesta categoria a esfera do Indivíduo (**I**) interfere na esfera do Estado (**E**). Tal categoria de direitos permite a participação do indivíduo no processo de determinação de vontade da política estatal, de forma ativa.

Como exemplo destes direitos tem-se: o sufrágio (direito de escolher os representantes); o referendo (direito de participação na formação da vontade política); iniciativa popular (§ 2º do artigo 61 da Constituição Federal); orçamentos participativos dentre outros. Ao longo da História foram sofrendo evoluções como, por exemplo, a diminuição da idade para votar, e o voto feminino (DIMOULIS; MARTINS, 2008).

Nesta esteira, Robert Alexy (2008) também trabalhou quando seria necessário ao Estado agir ou de recolher. Logo, ele elabora um conceito sobre o que seria o direito de proteção percebe-se o quão pertinente é essa análise para a abordagem do tema deste trabalho, pois, é um direito que pode ter várias faces, ou seja, qualquer direito que tenha que ser tutelado poderá ser analisado a luz destes ensinamentos, vejamos

Por ‘direito a proteção’ devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas. O que há de comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a garantia da exigibilidade e da realização dessa demarcação, é uma das tarefas clássicas da ordem jurídica (ALEXY, 2008, p. 450).

Então, esse direito a uma tutela positiva do Estado é o tipo de tutela que cidadão tem direito em relação ao poder público brasileiro, tendo em vista, frise-se, que o nosso texto constitucional é claro no sentido de qual o papel do Estado, garantir direitos.

Robert Alexy (2008, p. 451) ainda ensina que o direito a proteção, ou melhor, a análise desse direito deve levar a consideração de três problemas relacionados ao tema, que são a existência, a estrutura e a justiciabilidade desses direitos. A existência de um direito deve ser considerada basicamente porque é o ponto de partida para que se efetive a sua proteção.

Ademais, cite-se dois aspectos relativos ao direito de proteção, um substancial e um estrutural. O primeiro está ligado a existência de direito a ser protegido e como deverá ser tutelado. Com relação ao aspecto estrutural que se fragmenta em duas questões, ou frentes, “*A primeira diz respeito a saber se existem direitos subjetivos a proteção ou apenas normas que prescrevem que o Estado proteja os indivíduos, sem a eles conferir um direito subjetivo*” (ALEXY, 2008, p. 451).

A segunda questão abordada por Robert Alexy é a seguinte: “*caso os direitos a proteção existam, sua natureza é, de fato, distinta da dos direitos de defesa de tipo clássico*”? (2008, p. 451). A resposta a tal questão diz respeito a uma distinção entre os direitos de defesa e direitos de proteção.

Mas será que realmente existe essa diferença? Será que há uma lógica nesta contraposição? Ainda que pareçam estreitas as diferenças de fato podem ser demonstradas

Direitos a proteção e direitos de defesa foram contrapostos porque os primeiros são direitos a ações positivas, e os segundos, a ações negativas. A correção dessa contraposição pode ser colocada em dúvida. Nesse sentido, Dürig salienta ‘que também a ação positiva de ‘proteção’ é ação estatal *defensiva* e não uma *configuração* positiva’. Nessa afirmação é correto que o direito a proteção diz respeito a uma defesa. Mas com isso esgotam-se os pontos comuns entre o direito de defesa e o direito a proteção. O primeiro é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, o segundo é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham. A diferença entre o dever de se abster de intervir e o dever de cuidar que terceiros não intervenham é tão fundamental e repleta de consequências que, pelo menos do ponto de vista da dogmática, qualquer relativização nessa diferenciação é vedada. Por isso, a menção ao caráter defensivo pode, no máximo, ser compreendida no sentido de uma inserção dos direitos a proteção na tradição liberal, mas não no sentido de pertencer à classe dos direitos de defesa dirigidos contra o Estado. Não é possível concordar com Dürig quando ele afirma que os direitos a proteção não conduzem a uma configuração positiva. Na medida em que o legislador realiza demarcações entre esferas individuais, exigidas pelos direitos a proteção, ele configura uma parcela decisiva da ordem jurídica e, com isso, uma parte essencial da vida social. (ALEXY, 2008, p. 456).

Nesta seara pode-se dizer que o consumidor é um sujeito que faz jus a um direito de proteção, pois, o mesmo requer do Estado uma ação positiva, o que faz entender que exista uma obrigação do poder público em atuar para garantir tais direitos, não somente via legislação mas também via toda uma estrutura.

Das lições do autor podemos chegar a concepção de que os direitos de ações negativas, ou de defesa, são de execução mais fácil ao Estado. Tendo em vista em que em alguns casos bastaria o Estado se afastar da ação (ALEXY, 2008).

De maneira contrária os direitos a prestações, ou de proteção, encontram uma peculiaridade de que o Estado deve apenas agir, aqui não “interessa de que forma” o importante é que exista a ação; pode-se dizer que existe uma certa discricionariedade na escolha de qual o caminho a ser tomado para atingir o objetivo

Para seus destinatários, direitos de defesa são, dentre outras, proibições de destruir ou afetar negativamente algo. Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo. Se é *proibido* destruir ou afetar negativamente algo, então, *toda e qualquer* ação que represente ou produza destruição ou afetação negativa é proibida. De outro lado, se é *obrigatório* proteger ou fomentar algo, *nem toda* ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória. Assim é que a proibição de matar implica, ao menos *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar; já a obrigação de salvar não implica toda e qualquer ação de salvar. Se é possível salvar alguém que está se afogando seja nadando até ele, seja atirando uma bóia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma serão as três ações simultaneamente obrigatórias. Ao contrário, obrigatória é *ou* a primeira, *ou* a segunda *ou* a terceira ação. Mas isso significa que, se não houver motivos restritivos adicionais, o destinatário do dever de salvar tem

uma *discrecionariiedade*, no interior da qual ele pode escolher como pretende realizar seu dever (ALEXY, 2008, p. 461/462)

De fato essa *discrecionariiedade* não prejudica a efetivação do direito, pois, não exime o poder estatal de agir, na verdade lhe dá uma condição mais cômoda para atuar “dando-lhe liberdade para agir”. Essa “*discrecionariiedade*” é o que o autor defende ser o “*termo decisivo no que diz respeito a justiciabilidade dos direitos a ações positivas*”. (ALEXY, 2008, p. 462).

Após abordar Georg Jellinek e Roberta Alexy procurou-se lançar as bases para que se possa entender a missão do Estado de em dadas situações atuar diretamente na garantia dos direitos do cidadão.

4. Mínimo Existencial e Reserva do Possível

Ao intervir em uma política pública o juiz deve estar atento aos impactos de sua decisão. Esta que não somente poderá trazer reflexos positivos como a concessão de medicamentos a paciente com moléstia, mas também podem ocorrer impactos orçamentários.

Logo, é importante para o julgador conhecer instrumentos que o ajudem no ato de ponderação necessário ao julgamento. Nesta linha possuir o conhecimento do mínimo existencial e da reserva do possível é obrigatório dentro do sistema econômico que o Estado brasileiro se inseriu.

E segundo Eros Roberto Grau em obra intitulada “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, o Brasil fez opções que podem ser extraídas do texto constitucional; “a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista; - há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar; - a ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las. (GRAU, 2004, p. 314)”.

Se o Brasil é capitalista é necessário que ele respeite as regras do sistema no tocante a contas públicas, investimentos, gastos, para que sua “saúde econômica” não prejudique o sujeito mais interessado nesta saúde que é o cidadão. Afinal a política orçamentária é um meio de o Estado garantir os direitos conferidos pelo ordenamento jurídico nacional. Seria irracional pensar que a realização de direitos não gera despesas para o Estado.

Nesta linha o Estado deve ter planejamento para investir os valores arrecadados com os impostos para que se garanta o próprio princípio da eficiência. Nesta linha é preciso

adequar a garantia de direitos as condições materiais, isso é obrigação da Administração Pública.

O mínimo existencial nas palavras de Kazuo Watanabe “[...] diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos a educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso a justiça, a moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, a proteção à maternidade e à infância”. (GRINOVER; WATANABE, 2011, p. 219).

Ademais, o mínimo existencial pode variar no tempo, pois o que não possui condição econômica de ser feito hoje poderá vir a sê-lo no futuro, ou seja, não significa que deve-se dar ao brasileiro apenas o mínimo, mas sim partir de um mínimo que poderá ser aumentado a medida que as condições econômicas possibilitarem acúmulos futuros.

Pondera Ingo Wolfgang Sarlet (2010) que a adequação dos direitos fundamentais às condições materiais nasceu na Alemanha no período pós-guerra. De maneira que não se pode importar essa concepção de maneira integral para o Brasil, pois as condições socioeconômicas da Alemanha antes e depois da 2ª guerra mundial diferem da realidade brasileira, porém não impede que se façam ajustes a tal concepção para uma adequada ampliação.

Ingo Sarlet ensina que “o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof que considerou que a dignidade humana não está apenas em ser livre mas também em ter um mínimo de seguridade social (SARLET, 2010, p. 20).

No Brasil não existe uma previsão direta do mínimo existencial, seja constitucional, seja legal. Porém, os direitos sociais previstos no artigo 6º e o artigo 170, ambos da Constituição são de maneira indireta a expressão do mínimo existencial em nosso ordenamento (SARLET, 2010).

O mínimo existencial não pode ser estudado de maneira separada da reserva do possível, pois existe uma aguda discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca da possibilidade de utilização da reserva do possível como instrumento de limitação do mínimo existencial.

Nesta linha Ingo Sarlet ensina que assim como o mínimo existencial nasceu na Alemanha, a reserva do possível também possui neste país o seu berço, especialmente a partir do início dos anos 1970, “e de acordo com a noção da reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do

Estado, uma vez que seriam direitos sociais a prestações financiadas pelos cofres públicos (SARLET, 2010, p. 29).

Então, a reserva do possível deverá ser analisada sob três pilares: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2010, p. 30).

Ocorre, que o mínimo existencial e a reserva do possível podem dadas as características apontadas anteriormente ser postos em confronto e neste caso caberá ao Poder (Executivo, Legislativo, Judiciário) apreciar.

Para Mário Lúcio Garcez Calil a reserva do possível é na verdade uma limitação fática que limita o poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações positivas. E cita como exemplo a dívida pública nacional como um destes limites, e frise-se que esses limites fáticos não são direitos ou princípio, e sim meros limites (CALIL, 2012, p. 151).

5. O Poder Judiciário pode fazer política pública

Nada melhor que analisar os atos do Judiciário para entender suas atuações. Portanto, há que se ressaltar posicionamento do eminente Ministro Celso de Mello quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9 de 2004:

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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item nº. 5, 1987, Almedina, Coimbra), 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 constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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).

Ademais, segundo Ada Pellegrini Grinover (2011) é possível realizar políticas públicas também com as decisões do Poder Judiciário. Porém, ocorre que na ação de decidir para promover políticas públicas o julgador deverá levar em conta os impactos de sua decisão e, sobretudo saber aplicar as teorias do “mínimo existencial e da reserva do possível”.

Desta forma, segundo Kazuo Watanabe o mínimo existencial apresenta o limite ao próprio limite, pois no “[...] entendimento prestigiado pela jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, de que em relação ao “mínimo existencial” não é invocável pelo Estado a cláusula da “reserva do possível”. (WATANABE, 2011, p. 219).

Ademais, a separação do poder em três esferas nasceu para conter o ímpeto do Estado e com isso proporcionar direitos aos cidadãos e restabelecer a lógica da existência do Estado, qual seja, melhorar a vida do cidadão.

O fato de por vezes o cidadão votar em representante que não esteja preocupado em concretizar os objetivos da República não pode ser visto como uma pena, ou seja, o fato de escolhas ruins pela população não exime o Judiciário de atuar com vistas a quebrar os grilhões que prendem o cidadão. Nesta linha o STF se posiciona da seguinte forma

RE 642536 AgR / AP – AMAPÁ. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 05/02/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. AGTE.(S): ESTADO DO AMAPÁ / PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ / AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ / PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo

cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 5.2.2013.

Tal decisão não pode ser vista como uma forma de choque entre os poderes, pois quando o Poder Judiciário determina a adoção de medidas para a melhoria do sistema público de saúde local, faz isso pautando-se principalmente por previsões constitucionais, mormente as previstas no artigo 37 da CF/1988.

Dáí não há como entender que o simples ato de ação do judiciário que vise atender uma eficiente e adequada prestação de serviço seja uma afronta ao Poder Executivo e suas funções, afronta seria não agir. Na mesma linha o STF mais uma vez se viu de frente com outra decisão bastante polêmica, relacionada a educação infantil no município de São Paulo

ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. INTDO.(A/S): PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO. INTDO.(A/S): A C C E OUTRO(A/S). E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO

CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - Doutrina. Jurisprudência. **Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 23.08.2011.**

Importante destacar que em todas estas discussões o Poder Judiciário não inovou em nada. Ele foi provocado (princípio da Inércia) decidiu tomando por base o direito cristalinamente previsto no ordenamento jurídico nacional.

No contexto, pondera Ada Pellegrini (2011) que a intervenção do Judiciário deve ser feita seguindo três requisitos básicos que são: *(1º) Limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2º) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; (3º) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas* (GRINOVER, 2011, p. 132).

Frise-se que a mesma autora entende que é possível fazer política pública por intermédio de decisão/sentença judicial, e acima inclusive estabelece o que seriam os requisitos para essa atuação. Logicamente essa é uma vertente pensamento que analisa a atuação judicial.

O processo de produção do conhecimento fundado na dialética, o que é comum no direito, exige um contraponto, e para contrapor a ideia de Ada Pellegrini escolheu-se Ronald Dworkin. Nesta linha segundo Ronald Dworkin os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, enquanto argumentos de política são destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Equivale a dizer então que “os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Mas o que são os direitos e os objetivos, e qual é a diferença?” (DWORKIN, 2007, p. 141).

Logo, o conceito de política segundo Guilherme Amorim Campos da Silva dispõe que a expressão ‘política pública’ é redundante, mas importante para evidenciar o fim social buscado pela Constituição Federal, é qualificada ‘pública’ para estabelecer diferença entre políticas econômicas, ou mesmo empresarial. (2004, p. 103).

Para Fábio Konder Comparato (1998) a discussão em torno do conceito de política somente passou a fazer parte do objeto da teoria jurídica recentemente, pois ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial, pois somente com esse acontecimento percebeu-se que o Estado deveria ter um objetivo coletivo, ou seja, não devia atender apenas a direitos individuais. Daí a pertinência do conceito de Dworkin:

Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomina-se 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2007, p. 36).

Apesar de não muito claro, a primeira vista, o conceito de política de Dworkin é interpretado por Jean Carlos Dias autor se funda em dois aspectos principais: a existência de entidade capaz de produzir tais padrões (a comunidade política) e a identificação dos objetivos e a fixação dos meios para alcançá-los. E a autoridade necessária para tanto cabe essencialmente aos membros do Executivo e do Legislativo tendo em vista que são os legitimados democraticamente para essa missão (DIAS, 2007, p. 39).

Sendo assim, quando Dworkin estabelece que a política pode ser conceituada como um plexo de objetivos traçados por entidade(s) legitimada(s), trata o autor de diferenciar, justamente em vista dessa dimensão "coletiva" o conceito de "política do conceito de "princípio". "Daí por que as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva".

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito não é um fim em si mesmo, ele é uma ciência meio. Seu verdadeiro objetivo deve ser guiar a vida em sociedade com o escopo de fazer com que essa vida seja mais vantajosa ao homem do que o estado de barbárie anterior a sociedade organizada.

O Estado que criado com tal fim tem seu poder distribuído em três pilares, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário. Todos com a missão clara de garantir direitos ao cidadão. Logicamente cada poder tem sua função específica que ao ser cumprida está garantindo direitos aos cidadãos.

Quando se fala em política pública que seria o objetivo traçado pelo Estado é fundamental que se faça uma conceituação do que seja política pública. A discussão está em saber se o judiciário por suas ações é competente para realizar, interferir, modificar as políticas públicas. Segundo Ronald Dworkin isso não pode ocorrer, pois somente o Legislativo e o Executivo tem poder para tanto.

Dessa forma, o judiciário não pode fazer política pública, ele apenas atua fundando suas decisões em princípio, ou seja, quando ele determina a concessão de um medicamento, a melhoria das instalações do sistema de saúde, ou a matrícula de crianças na educação infantil, o judiciário se funda na resolução de um caso específico, não está ele interferindo em políticas públicas, efetivando direitos garantidos.

Ademais, é importante ponderar que a reserva do possível apresenta como limitação fática, ou seja, um problema meramente orçamentário e que não pode assumir contornos de princípio como querem alguns, pois neste caso seria irracional a existência do próprio Estado.

7. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES (384 a. C.). **Política**. Tradução de Politikon, cotejada com a tradução inglesa de Benjamin Jowet e a tradução francesa de M. Thurot. São Paulo: Martin Claret. 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

BULOS, Lammêgo Bulos. **Constituição Federal Anotada**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos Direitos Sociais: Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, Revista de Informação Legislativa 138:39-48. Brasília: Senado Federal, Abr./Jun. 1998. pp. 44 ss.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª edição. Malheiros Editores Ltda. São Paulo. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas /** Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão judicial sobre políticas públicas: limites institucionais democráticos e constitucionais**. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Professor Dr. Oscar Vilhena Vieira. São Paulo, 2006.

MÁXIMO, Wellton - Repórter da Agência Brasil. **Arrecadação federal em 2012 ultrapassa R\$ 1 trilhão, mas cresce abaixo do previsto pela Receita**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-01-23/arrecadacao-federal-em-2012-ultrapassa-r-1-trilhao-mas-cresce-abaixo-do-previsto-pela-receita>> Acesso em: 02 de ABR. de 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios do direito político**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. BARCELLOS, Ana Paula de. [Orgs. (et al)]. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.