

# A JUDICIALIZAÇÃO NO CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. UMA ANÁLISE PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Noêmia Marinho Diniz<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo pretende compreender a relação da judicialização com o modelo processual de política pública, também denominado de ciclo de políticas públicas, por meio de uma aproximação teórica entre esses dois campos de análise. Para isso, Este texto aborda a judicialização das Políticas Públicas a partir de reflexões sobre sua inserção no modelo processual, ciclo de políticas públicas. Neste intento, inicialmente, aborda-se o fenômeno da judicialização da política, considerando as condições pra sua expansão. Em seguida, destaca-se a relação deste fenômeno com as políticas públicas propondo um olhar sobre o modelo ciclo de políticas públicas e sobre como esses campos de análise se comunicam, se articulação e se modificam.

**Palavras-Chaves:** judicialização; política pública; ciclo de políticas públicas.

**Abstract:** This article intends to understand the relationship between judicialization and the procedural model of public policy, also called public policy cycle, through a theoretical approach between these two fields of analysis. For that, This text approaches the judicialization of Public Policies from reflections on its insertion in the procedural model, cycle of public policies. With this in mind, initially, the phenomenon of the

---

<sup>1</sup>Advogada. Mestranda em direito pelo Cesmac/AL. Pós-graduada em Direito civil e Processo Civil pelo Cesmac/AL.

judicialization of politics is approached, considering the conditions for its expansion. Then, the relationship of this phenomenon with public policies is highlighted, proposing a look at the public policy cycle model and how these fields of analysis communicate, articulate and change.

Keywords :judicialización; política pública; ciclo de políticas públicas.

## INTRODUÇÃO



As Políticas Públicas são meios para efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos. Para sua implementação é necessário que os Poderes Executivo e Legislativo promovam sua elaboração e traçam estratégias de atuação na busca da efetividade dos direitos constitucionais de acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outros.

O Poder Judiciário, embora não se ocupe formalmente e diretamente do planejamento e execução de políticas públicas, tem figurado como um dos principais atores nesse cenário institucional a partir do fenômeno conhecido como judicialização da política.

Este conceito que dizer que certas questões de cunho político e social, de grande repercussão, geralmente decididas pelo Poder Executivo e pelo Legislativo, passam a ganhar destaque na arena judicial.

Esta complexa relação desperta uma necessária aproximação teórica entre os campos de judicialização e de políticas públicas. Neste contexto, o presente artigo visa compreender a relação da judicialização, de seus pressupostos, ações e consequências, com elementos teóricos discutidos na área das políticas públicas.

Este texto aborda a judicialização das Políticas Públicas

a partir de reflexões sobre sua inserção no modelo processual, ciclo de políticas públicas de Secchi (2010), conforme proposto por Barreiro e Furtado (2015) e aqui resumido e articulado com ideias de outros autores.

## 1. JUDICIALIZAÇÃO: DELINEANDO SEUS CONTORNOS

Esta seção visa conceituar judicialização. Para tanto, inicia-se com a perspectiva mundial do fenômeno. A noção de judicialização não é recente. Essa afirmação pode ser confirmada ao se relacionar a judicialização com a separação dos poderes. A compreensão da separação entre os poderes, seu sistema de freios e contrapesos é salutar para a discussão da judicialização das políticas públicas, pois leva em conta a relação (conflituosa, competitiva) entre o Poder Executivo (responsável pela efetivação das políticas públicas) e o Poder Judiciário. E conflitos desse tipo ocorrem desde o estabelecimento da própria separação das funções entre os poderes.

No entanto, o termo é recente, podendo ser creditado à obra organizada por Tate e Vallinder (1995), que utiliza o termo *Judicialization* para referir-se à tese central da coletânea, de que está em andamento uma expansão do Poder Judiciário nos sistemas políticos do mundo.

Com isso os autores reúnem trabalhos desenvolvidos nos Estados Unidos, no Reino Unido, Canadá, Austrália, França, Alemanha, Itália, na perspectiva de suas tradições democráticas (Tate e Vallinder, 1995).

E essa expansão é relacionada com os novos arranjos democráticos que se espalham por todo o mundo, podendo ser observados em países da América Latina, do Leste Europeu e da África, a partir da segunda metade do século XX (Barboza e Kozicki, 2012).

Assim, com a redemocratização a partir da Carta de 1988, esse fenômeno expansionista também pode ser

observado no Brasil. Por aqui, um dos primeiros trabalhos a utilizar o termo para se referir ao fenômeno da expansão da atuação do Poder Judiciário foi o trabalho teórico-empírico desenvolvido por Vianna e colaboradores (1999).

Os autores apontam dois fenômenos diversos atinentes ao tema: a judicialização dapolítica e a judicialização das relações sociais.

O primeiro deles é trabalhado sob a análise do controle abstrato de constitucionalidade das leis exercido pelo Poder Judiciário, criando a “comunidade de intérpretes” proclamada por Häberle (1997).

O segundo fenômeno, denominado judicialização das relações sociais, é analisado a partir da regulação da vida privada, por meio do surgimento dos Juizados Especiais (Vianna et al., 1999).

Conjugando os dois fenômenos, os autores apontam para a importância do Judiciário no aprofundamento da democracia brasileira:

Tal presença do direito na política e nas relações sociais denota, mais precisamente, um movimento propiciador da criação da república, onde ela, de fato, inexistia, e da construção de uma agenda cívica, favorecendo-se, como na institucionalização dos Juizados Especiais, a tradução uma forma de *checks and balances* do poder tripartite, é uma tentativa de contrabalançar a preponderância do poder Executivo sobre o Legislativo” (Borba Filho, 2012:73).

Ainda, com base na Constituição de 1988, Lessa (2008) aponta que o preâmbulo e os dois primeiros títulos deixam entrever um esforço pela positivação de valores supremos. Daí decorre que o “papel da Constituição, no assim definido Estado Democrático de Direito, implica na exigência de implementação e concretização dos direitos fundamentais-sociais” (Lessa, 2008:384). Fica evidenciada, assim, a íntima relação da Constituição, progressista, generosa e transformativa (Coutinho,

2013), com o estado democrático de direito e com a judicialização.

Para conceituar judicialização vale a pena tratar ainda do direito fundamental ao acesso à justiça, previsto no art. 5º da Constituição Cidadã: “XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988). “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos” (Cappelletti e Garth, 1988:12).

Com isso pretende-se, desde já, fixar que o Poder Judiciário entra em cena porque é demandado por alguém, seja o cidadão, carecedor de um serviço público, seja algum representante seu, como o Ministério Público. Assim, o esforço da República brasileira pós-Constituição de 1988 pela concretização dos direitos fundamentais passa também pelo Poder Judiciário e demais “agências” responsáveis pela aplicação do direito (Vieira, 2008).

Além disso, a moderna teoria constitucional, que alarga as garantias fundamentais e dota as mesmas de aplicabilidade imediata, permite e justifica o frequente controle das políticas públicas voltado para a efetivação dos direitos sociais (Sarmiento, 2010).

Dito isso, pode-se partir para um conceito do termo judicialização. Barroso (2010:5) traz os seguintes dizeres:

*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (grifo no original)

São casos nos quais o Judiciário, por meio de suas decisões, interfere diretamente nas políticas públicas de saúde, educação (Cury e Ferreira (2009), infraestrutura, assistência social

(Silva, 2012), dentre muitos outros exemplos. As políticas públicas têm como atores principais o Poder Executivo e a administração pública.

## 2 POLÍTICAS PÚBLICAS, SEUS CICLOS E A INSERÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO

As definições sobre políticas públicas são amplas e complexas. Não se pode eleger uma única e definitiva, sem correr o risco de limitar sua compreensão. Considerando isto, Souza (2006) propõe uma circulação pelos pensamentos de diversos autores na seguinte passagem:

Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo viés: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. (SOUZA, 2006. p.24).

Ainda se pode pensar nas políticas públicas como a tradução dos propósitos de um governo, e como um campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o governo em ação, analisar essa ação e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso delas.

As ações e programas decorrentes delas precisam ser estruturados de forma funcional e sequencial para viabilizar a produção e organização do projeto. Neste intento, modelos e recursos são propostos. Dentre eles, destaca-se o modelo processual, também conhecido como ciclo das políticas públicas.

O ciclo de políticas públicas configura-se como uma ferramenta útil para organizar as ideias sobre o tema. Podendo

contribuir para tornar didática a discussão e para explicar a complexidade das políticas públicas e realizar comparações entre diversos casos diferentes. No entanto, os teóricos alertam que é possível que as sequências se alternem e as fases se misturem. Daí a importância de compreender que como modelo não pretende esgotar a realidade.

Há diferentes formas de apresentar os estágios do ciclo, Raeder (2014) informa que o precursor desta abordagem, Harold Lasswell, em 1971 dividiu o processo da política pública em sete estágios: informação, promoção, prescrição, invocação, aplicação, término e avaliação.

No presente artigo, para apresentar as comunicações entre o fenômeno da judicialização e o modelo processual, ciclo de políticas públicas, propõe-se fazer um resumo do estudo mais profundo apresentado por Barreiro e Furtado (2015). Estes autores utilizaram a divisão proposta por Secchi (2010) que contém as seguintes fases para compor o ciclo das políticas públicas: identificação do problema, formação de agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção.

A primeira fase do ciclo, *identificação do problema*, o problema se considera como a discrepância entre o status quo e uma situação ideal possível. Um problema público é a diferença entre o que é, e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública.

Quando determinada política pública é judicializada nesta fase, Barreiro e Furtado (2015) explicam que esta chega ao judiciário por meio de uma petição inicial, de um pedido. Aqui, percebe-se se que a causa de pedir, elemento necessário para constituir a ação substitui a tarefa dos atores responsáveis pelas políticas públicas na identificação do problema, pois esse é levado a juízo. Desta forma, quando um cidadão ingressa na justiça requerendo um determinado direito social, ele normalmente alega a negativa de alguma pessoa pública (normalmente o

município) em fornecê-lo ea previsão constitucional do referido direito.

A segunda fase é a *formação da agenda* que é conceituada por Secchi (2010) como o conjunto de problemas ou temas entendidos como relevantes. O autor diferencia, nesse etapa, a agenda política (o que a comunidade política percebe como merecedor de intervenção pública) da agenda formal/institucional (o que o poder público já decidiu enfrentar) e da agenda da mídia (o que recebe especial atenção dos meios de comunicação). Estas agendas, na prática, interferem na formação umas das outras.

A judicialização nesta fase, para Barreiro e Furtado (2015), desperta maiores críticas, isto porque nesta etapa, a representação política, eleita democraticamente, é substituída pela representação funcional na qual se utiliza um modelo de cima para baixo de planejamento, uma vez que é o magistrado que definirá a solução do problema. Entretanto, destaca-se que há quem entenda que essa influência do Poder Judiciário aumenta as garantias democráticas por abrir para o cidadão uma via para ter voz e proteger seus direitos.

Não se pode deixar de apontar, no entanto, nem todos os cidadãos possuem os instrumentos e informação para acionar a justiça, privilegiando quem dispõe de maiores recursos. Dessa forma, a democratização do acesso à justiça através da dos Juizados Especiais é fundamental.

Retomando o ciclo de políticas públicas, passa-se ao terceiro momento, a *formulação de alternativas* no qual se estabelece métodos, programas, estratégias e ações para resolver o problema. O agente público se utiliza de alternativas que se relacionam com mecanismos de indução do comportamento: premiação, coerção, conscientização e soluções técnicas. Por meio de três técnicas conjecturas (juízos de valor), projeções (observação de tendências) e predições (uso de teorias ou analogias).

Como se pode observar essa fase exige um conhecimento técnico dos policymakers, daí ser para a judicialização a fase de



maior carência, como explicam Barreiro e Furtado (2015).

A quarta fase é a tomada de decisão, momento que interesses dos atores são equacionados e ações e métodos de enfrentamento de um problema público são explicitados. Nesse passo, Seschi (2010) difere três dinâmicas de escolha de alternativas: dos problemas para as soluções, das soluções para os problemas, e uma contínua comparação de soluções e problemas. Estas dinâmicas sedesdobram em uma série de modelos que não serão explorados aqui para não extrapolar o objetivo do artigo.

Quando há intervenção judicial nesta fase e a tomada de decisão deixa de ser realizada por meio de ato normativo ou ato administrativo e passa a ser transmitida por meio de uma decisão judicial, o juiz, segundo Barreiro e Furtado (2015), estaria substituindo a gestão pública em todas as quatro primeiras fases do processo de políticas públicas, atribuindo ao Poder Executivo apenas a função de implementar (“cumpra-se”) a decisão por ele proferida. Desta forma, como a decisão do juiz precisa focar o pedido formulado a partir do problema apresentado, na judicialização da tomada de decisão a única dinâmica possível é a do problema para a solução, limitando as formas de dinâmicas proposta por Secchi apontadas acima.

A fase seguinte é a de *implementação*, na qual são produzidos os resultados concretos da política pública. Onde as regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações (Secchi, 2010). É nessa fase também que se visualizam os obstáculos e falhas que costumam afetar a política pública, abrindo espaço para as próximas discussões. Utilizam-se dois modelos para a implementação: de cima para baixo e de baixo para cima.

É nesta fase que a judicialização se insere de forma mais contundente. Isto porque suas consequências nesta na implementação geram maiores efeitos na administração pública e na gestão das políticas públicas, além de que as falhas na implementação abrem espaço para que a demanda chegue com maior

frequência no judiciário.

Barreiro e Furtado (2015) destacam que é neste contexto que se insere uma importante discussão sobre a judicialização de políticas públicas, a questão da “reserva do possível”. Tal questão relaciona com a demanda legítima decorrente de falha da implementação da política e a racionalização dos gastos devido à escassez de recursos públicos. Considerando que existe um planejamento orçamentário e definições de prioridades para atender a demanda da população em geral a reserva do possível deve orientar a atuação do Poder Judiciário que analisará aquele pedido individual diante do todo.

Retomando para finalizar o ciclo tem-se a *avaliação* da política pública na qual, segundo Secchi (2010) o processo de implementação e o desempenho da política pública são examinados com o intuito de conhecer melhor o estado da política e o nível de redução do problema que a gerou. Sendo, nesta fase, realizados os julgamentos deliberados sobre a validade de propostas para a ação pública. O ciclo se fecha com a fase da *extinção* das políticas públicas, que ocorre quando o problema se resolve, quando se torna ineficaz ou quando o problema perde importância.

Nesta fase do ciclo a judicialização se insere como importante instrumento avaliativo. Isto porque a gestão pública deve atentar ao fato de que as medidas demandadas, concedidas, implementadas forçadamente pelos processos judiciais acabam reformulando a política, sendo elemento de aprendizagem para reavaliação do planejamento e melhoria da implementação para não reprodução do ciclo judicializado. A judicialização teria, então, uma função pedagógica para os gestores.

Barreiro e Furtado (2015) se utilizaram de duas figuras para ilustrar as relações resumidas até aqui e apontar as comunicações entre os dois campos de análise. A figura 1, bastante conhecida, elaborada por Secchi (2010) mostra o ciclo tradicional que não comporta a judicialização. A figura 2 foi criada por eles

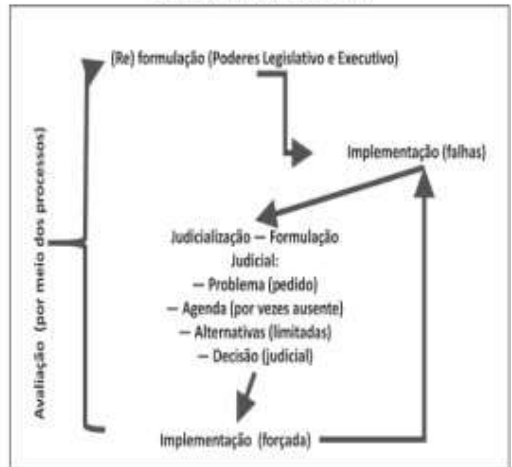
próprios com a intenção de ilustrar o ciclo judicializado, com os atravessamentos e ajustes pela entrada deste novo ator que definitivamente não pode ser desconsiderado.

Figura 1  
Ciclo de políticas públicas



Fonte: Secchi (2010).

Figura 2  
Ciclo de políticas públicas judicializado



Fonte: Elaborada pelos autores.

### 3 JULGAMENTOS HISTÓRICOS

Conforme exposto, a judicialização é a transferência do local da decisão de questões políticas e sociais para a esfera do Poder Judiciário, que ocorre, muitas vezes, por iniciativa dos cidadãos ou dos próprios políticos.

No cenário nacional, já é possível constatar essa busca maior pelo Judiciário visando a solução de problemas não resolvidos na esfera dos demais Poderes; impulsionando, assim, a expansão do fenômeno no país. Para ilustrar a temática, basta atentar-se aos últimos dez anos e visualizar inúmeros julgados do STF envolvendo questões polêmicas e de grande controvérsia social.

Uma das principais e mais lembradas decisões é o famoso caso envolvendo as pesquisas com células tronco

embrionárias, que ganhou ênfase no ano de 2005, com a promulgação da Lei 11.105/05, conhecida como Lei de Biossegurança. Com seu advento permitiu-se a utilização das células produzidas por fertilização *in vitro*, para fins de pesquisa e terapia, no entanto, para que as células não utilizadas no procedimento possam ser destinadas às pesquisas, precisam ser de embriões inviáveis e congelados há três anos ou mais, desde que haja autorização prévia dos genitores, conforme prescreve o artigo 5º da referida lei.

Não demorou muito para que a lei levasse a questionamentos e debates acerca da possibilidade do uso dos embriões humanos congelados. O foco central da discussão era presença de uma possível inconstitucionalidade no artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105/05, frente ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em 16 de maio de 2005, menos de dois meses após a entrada em vigor da lei, foi proposta perante o STF, pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/600, também conhecida como “ADI das Células-Tronco”. Esta ação ficou por longos três anos em discussão no STF e, finalmente, em 29 de maio de 2008, em uma histórica e repercutida decisão, por seis votos a cinco, decidiu-se pela improcedência da ADI nº 3.510/600 e a lei foi declarada constitucional.

Outro caso emblemático foi a decisão unânime do STF que reconheceu a possibilidade jurídica da união estável entre casais homo afetivos como entidade familiar, no ano de 2011, estendendo a eles, inclusive, direitos e deveres iguais aos da união estável heterossexual. A questão foi levada para discussão no STF por meio de duas ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A primeira (ADPF nº 132) ajuizada no ano de 2008, pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral; e a segunda, no ano seguinte (ADPF nº 178), pela Procuradoria Geral da República.

Ambas as ações questionavam a violação dos direitos fundamentais como liberdade, proibição da discriminação, isonomia, dignidade da pessoa humana e violação à segurança jurídica. Por fim, em outra decisão histórica, no dia 30 de abril de 2013, por 8 votos a 2, os ministros do STF decidiram não se tratar de crime de aborto a antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencefálico.

O tema chegou ao Tribunal com o ajuizamento da ADPF nº 54, no ano de 2004, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que defendia a descriminalização da conduta, entendendo haver ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a gestante se via obrigada a carregar em seu ventre um feto sem condições de sobreviver após o parto, gerando sofrimento e comprometimento grave de sua saúde psíquica.

No julgamento, os ministros decidiram que os médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem qualquer espécie de crime. Agora as mulheres não precisam de uma decisão judicial que as autorize a interromper a gravidez em caso de feto anencefálico, basta o diagnóstico de anencefalia, pois as decisões tomadas pelo STF em julgamentos de ADPF possuem eficácia erga omnes e efeito vinculante perante os demais órgãos do Poder Público, conforme preceitua o artigo 10 da Lei 9.882/99.

Mais recentemente, o Poder Judiciário ganhou outra vez visibilidade na mídia e na sociedade brasileira com as investigações da operação Lava Jato, que investiga um grande esquema de lavagem e desvio de dinheiro público envolvendo a estatal Petrobrás, grandes empreiteiras do país, vários políticos e empresários. Com base nas informações colhidas pela Polícia Federal, o Ministério Público Federal do Paraná, local onde se iniciaram as investigações, ofereceu a denúncia à Justiça Federal, que, inicialmente, tornou réus 39 pessoas. O responsável pela condução da ação penal, o juiz federal Sérgio Moro, é referência

no julgamento de crimes financeiros. Entretanto, as investigações da Lava Jato estão longe de terminar, desde seu início em 2009 até meados de março de 2016 já foram vinte e seis fases, várias prisões já foram efetuadas e a lista de réus envolvidos no esquema aumenta a cada dia.

O novo papel que o Poder Judiciário vem assumindo no cenário nacional divide opiniões nos mais variados ramos, inclusive sendo alvo de discussão pelo Poder Legislativo. A tensão entre os dois Poderes tornou-se evidente no momento em que foram apresentadas algumas Propostas de Emenda à Constituição (PECs) na Câmara dos Deputados, com objetivo de reduzir os poderes e limitar a atuação do Judiciário. Só entre os anos de 2011 e 2012 foram apresentados três projetos na Câmara com esta finalidade, sendo que todos foram aprovados pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJs); primeiro passo, dentre os vários a serem dados para que os projetos alterem os artigos da Constituição.

Entretanto, apenas por terem sido propostas emendas abordando este tema, já se evidencia o embate travado entre dois Poderes, visto que: de um lado, entende-se que o Judiciário estaria invadindo a esfera de competência do Legislativo e infringindo o princípio da separação dos poderes, princípio garantido constitucionalmente; de outro, entende-se ser legítima essa maior atividade judicial, pois existiria uma possível omissão legislativa e forte demanda social a impulsionarem o fenômeno. A PEC 3/2011, apresentada pelo ex-deputado federal Nazareno Fonteles (PT/PI), tem como objetivo desobrigar o Congresso Nacional a cumprir decisões judiciais que os parlamentares entendam como interferência no poder; visando, claramente, ampliar os poderes conferidos ao Congresso.

Aprovada pela CCJ da Câmara em 24 de abril de 2012, propõe uma alteração na redação do inciso V, do artigo 49 da CR/88 – que atualmente prevê a competência do Legislativo para sustar atos normativos do Executivo – incluindo a

possibilidade de sustação dos emanados também pelo Judiciário. Posteriormente, no ano de 2012, foi apresentada a PEC 171/2012, de autoria do Deputado Federal Mendonça Filho (PMDB/RS), uma nova proposta visando o mesmo objetivo, a alteração do inciso V do Artigo 49 da CR/88, de modo a possibilitar a sustação de atos normativos emanados pelos outros Poderes, que exorbitem a delegação legislativa. Ainda no ano de 2011, o mesmo ex-deputado apresentou na Câmara a PEC 33/2011, desta vez visando limitar, especificadamente, os poderes do STF.

Mediante alteração de três artigos constitucionais seria possível retirar daquele órgão a última palavra sobre mudanças na Constituição, passando essa função para o Congresso Nacional. Essa PEC foi aprovada pela CCJ em 24 de abril de 2013, exatamente um ano após a aprovação da anterior. Com a finalidade de exigir que súmulas vinculantes, ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e declaratórias de constitucionalidade (ADC) julgadas pelo STF passem por aprovação final do Congresso Nacional, a proposta é tão polêmica quanto a anterior. Primeiramente, porque objetiva mudar o quórum exigido para declarar a inconstitucionalidade das leis, que passaria a ser de 4/5 (quatro quintos) dos membros do tribunal – 9 dos 11 ministros – e dependeria ainda, de aprovação do Congresso Nacional.

Portanto, ainda que ferisse a Constituição e isso fosse reconhecido pelo STF, se os parlamentares entendessem que a lei, ainda assim, deve permanecer, nada poderia ser feito, pois o Congresso teria a última palavra sobre a constitucionalidade das leis. Submete, ainda, à aprovação do Congresso a análise realizada no âmbito do STF da legalidade de emendas à Constituição.

Atualmente, o STF pode suspender por medida cautelar, a eficácia de emendas constitucionais, com efeito vinculante imediato. O que se propõe é que quando o Supremo decidir pela ilegalidade da emenda, o Congresso tenha 90 dias para analisar essa decisão e se posicionar. Caso os posicionamentos sejam

divergentes, a questão seria enviada para a consulta popular.

Por fim, propõe também a transferência de competência para a aprovação de Súmulas Vinculantes, do STF para ao Congresso. Ocorreriam basicamente duas mudanças principais: o quórum mínimo de aprovação passaria de 2/3 para 4/5 dos ministros; e também a necessidade de aprovação de pelo menos 257 deputados e 41 senadores, retirando o efeito vinculante imediato que as súmulas vinculantes possuem. Aqui também cabe a premissa do artigo anterior, o Congresso tem 90 dias para se manifestar, entretanto, se não o fizer, a súmula passaria a ter seus efeitos vinculantes normalmente.

As propostas ainda estão em discussão e, por se tratarem de emendas à Constituição, dependem de rigoroso processo de tramitação, cujo próximo passo é a criação de uma comissão especial para análise de cada projeto, conforme determina o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Se aprovadas pelas comissões especiais, cada PEC deve ainda ser votada e aprovada em dois turnos em quórum qualificado de pelo menos 3/5 dos deputados em cada votação. Segundo o entendimento de diversos operadores do direito, essas PEC's são inconstitucionais, pois afrontam o princípio da separação dos poderes e surgem como propostas para agigantar o poder Legislativo, tornando-o uma instância livre da fiscalização dos demais poderes, afinal, se alguma decisão for desfavorável aos membros do Legislativo, ela poderia ser facilmente sustada, tornando o Legislativo praticamente um poder soberano.

São inconstitucionais porque afrontam o artigo 60, § 4º, III da CR/88, o qual veda a discussão de qualquer proposta de emenda à Constituição que tenha por objeto abolir a separação dos Poderes.

#### 4 LIMITES E LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS



Embora essa postura mais ativa do Judiciário aparente um possível desequilíbrio entre a separação dos Poderes e uma invasão deste na esfera de competência dos demais, ela se legitima por inúmeras razões. Acima de tudo, é preciso lembrar que a teoria da separação dos Poderes deve ser lida de maneira atualizada e não como um sistema rígido, tal qual foi concebida, mas sim conjuntamente com a teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*), no qual os Poderes são independentes e harmônicos entre si, com competência para fiscalizar e auxiliar uns aos outros (CASTRO, F., 2005).

Nesse contexto, a judicialização pode ser vista como uma forma de adaptar a realidade jurídica, muitas vezes defasada, aos anseios sociais atuais, consequência da disparidade entre demanda social e resposta política. Portanto, quando atua nesse sentido, garantindo a respeitabilidade à Constituição, não infringe a harmonia entre os Poderes; age segundo uma imposição do Estado Democrático de Direito, com capacidade, inclusive, de alterar com suas ações, a realidade social de muitos cidadãos (PAULA, 2006, p. 72).

Logo em seu preâmbulo, a CR/88 elenca o compromisso assumido entre Estado e sociedade com a implementação do Estado Democrático de Direito, que tem como principal objetivo garantir o exercício dos direitos, proporcionar o bem-estar e a igualdade entre os cidadãos, promovendo, assim, a justiça social. No momento em que deixa o regime ditatorial para trás e torna-se democrático, o Estado assume esse compromisso de construir uma sociedade justa, igualitária, fraterna e harmoniosa. Outros fundamentos para essa postura do Judiciário podem ser encontrados já nos primeiros artigos do referido diploma, como por exemplo, no artigo 1º, ao elencar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República; e no artigo 3º, que dispõe sobre os objetivos fundamentais deste novo Estado, entre eles, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades

sociais e regionais.

Também são de suma importância os direitos previstos no caput e nos vários incisos do artigo 5º, tais como o direito à vida, à liberdade e a igualdade, garantidos a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza; e os direitos sociais, previstos especialmente no artigo 6º do referido diploma, tais como a saúde, a segurança, a educação, o trabalho e o lazer.

Para dar efetividade a muitos desses direitos exige-se uma ação do Estado em favor dos cidadãos, como por exemplo, a execução de uma política ou de um serviço público. Diferentemente dos direitos de defesa, que possuem natureza negativa e exigem uma abstenção do Estado, protegendo o indivíduo de sua ingerência; os direitos sociais, de natureza positiva, visam a promoção da igualdade entre os cidadãos e obrigam o Estado a criar prestações que constituem seu objeto (SARLET, s.d.). Realmente, em princípio, a implementação das políticas públicas e as decisões envolvendo a aplicação e a destinação de recursos públicos é tarefa que compete aos Poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, quando estes deixam de cumprir com os preceitos constitucionalmente impostos a eles, colocando em risco a eficácia dos direitos sociais, abrem espaço para que o Judiciário exerça sua competência constitucional de determinar a efetivação das prestações necessárias a garantir um mínimo de dignidade aos cidadãos (BEDIN, 2009).

Sendo assim, compete aos três Poderes a proteção e a promoção dos direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional e se um deles falhar ou omitir-se em sua tarefa, os demais devem agir. A própria Constituição garante legitimidade ao Judiciário para conferir imediata e plena efetividade a esses direitos, portanto, sua atuação não é uma distorção institucional, mas legítima diante da provocação dos jurisdicionados e das reiteradas omissões dos demais Poderes, exercendo uma relevante função social e garantindo a própria democracia (CUNHA

JÚNIOR, 2009). Essa possibilidade de um órgão não eletivo, tal qual é o Judiciário, participar da arena política, podendo inclusive invalidar os atos dos demais Poderes, denomina-se dificuldade contra majoritária (CAMPAGNOLI; MANDALOZZO, 2014).

Existem duas grandes correntes doutrinárias que avaliam as repercussões desse processo à ordem democrática. O eixo substancialista defende uma postura mais ativa do Judiciário, visto que ao receber as demandas e prestar a tutela jurisdicional, também participando das questões políticas do Estado, estaria protegendo uma parcela da sociedade esquecida pelos demais Poderes.

Ao contrário, para os procedimentalistas, o Judiciário deveria ser um órgão limitado, pois sua forte atuação retira dos cidadãos a postura ativa de cidadania, desacelerando o processo democrático. Assim, a judicialização propiciaria uma conduta passiva dos cidadãos frente aos interesses coletivos, gerando uma busca incessante pelo direito individual e afastando o indivíduo da participação na arena de formação de vontade política do Estado, enfraquecendo ainda mais os Poderes Executivo e Legislativo (VERBICARO, 2008b).

Pode-se afirmar que existe uma face positiva do fenômeno, afinal, o Judiciário vem atendendo as demandas sociais que não são satisfeitas pelos demais Poderes; por outro lado, evidenciam-se as dificuldades enfrentadas por eles em concretizar as promessas constitucionais (BARROSO, 2009).

Se, por um lado o fenômeno estaria a ameaçar o princípio da segurança jurídica, em razão da incapacidade de previsão dos julgamentos e do risco de decisões embasadas em valores pessoais e não pela norma jurídica e pelo sentimento coletivo; por outro lado o reafirmaria, ao impedir a estagnação normativa e propiciar tutela jurisdicional para as minorias desamparadas.

Conforme ensina Barroso (2009), a legitimidade para o Judiciário atuar, ainda que contra as ações daqueles que exercem

mandato popular, estaria relacionada, a duas justificativas, uma de natureza normativa e outra de natureza filosófica. Como se pode intuir, a natureza normativa está ligada à norma, à Constituição, que atribui a ele expressamente parte do poder político, com natureza técnica e imparcial atribuída a agentes públicos não eleitos.

Já a justificativa filosófica está relacionada a ideia do conflito constante entre direitos fundamentais e governo da maioria, constitucionalismo e democracia, afinal, muitas vezes o desejo da maioria pode ser contrário aos direitos assegurados às minorias.

## 5 ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A sistemática de desenvolvimento do princípio da proporcionalidade promoveu a sua subdivisão em três regras ou elementos, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal divisão, desenvolvida a partir de julgados prolatados pelo Tribunal Constitucional alemão, serviu para sistematizar o mencionado princípio em uma estrutura racionalmente definida. A partir dessa divisão, passou-se a observar o princípio da proporcionalidade não apenas de maneira simplificada como uma ideia de relação entre meio e fim. Mais do que isso, ele foi dotado da complexidade analítica necessária a servir como ferramenta de trabalho no âmbito do poder público.

Como primeiro elemento – a adequação - um meio é considerado adequado quando se mostrar apto a alcançar o resultado pretendido (BARROSO, 1996; SILVA, 2002; ÁVILA, 2001) ou pelo menos fomentá-lo. Por outro lado, uma medida deve ser considerada inadequada quando não contribuir em nada para atingir, ou pelo menos fomentar, a realização do objetivo perseguido. A adequação tem caráter absoluto, não exigindo comparação com qualquer outra situação. Limita-se apenas à

verificação da aptidão da medida em atingir ou fomentar o fim objetivado.

No que tange à necessidade, trata-se de um elemento marcado pela característica da comparabilidade, na medida em que requer a utilização de confronto com outras medidas alternativas. Busca-se verificar se o objetivo a ser perseguido poderia ser promovido, com igual intensidade, por outro ato que limitasse em menor medida o direito fundamental a ser atingido no conflito.

Por fim, como terceiro e último elemento do princípio da proporcionalidade, ressaltase a proporcionalidade em sentido estrito. Esta se caracteriza por possibilitar que sejam ponderadas a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que sirva como fundamento para a adoção da medida restritiva.

É verdade que há considerável dose de subjetivismo em considerar uma medida como proporcional ou não em sentido estrito, na medida em que a ponderação entre os princípios envolvidos no conflito poderá variar de acordo com a visão de cada julgador. Todavia, é inegável que essa dose de subjetivismo é restringida pela aplicação analítica e fundamentada do princípio da proporcionalidade, a partir da verificação do preenchimento dos requisitos necessários para cada um de seus elementos. Bem mais subjetivo é se entender uma medida como proporcional ou razoável, sem que seja analisados os requisitos necessários a considerar a medida como tal.

Em matéria de políticas públicas, é sabido que a demanda pela efetivação de direitos é muito superior à capacidade de resposta do poder público, notadamente nos Estados em que ainda não foi atingido o nível mínimo de bem-estar social para a maior parte da população. Devido à limitação de recursos e à excessiva demanda por serviços e políticas públicas, a administração pública se mostra obrigada, em casos concretos, a prestigiar

determinadas demandas em detrimento de outras. Para isso, o princípio da proporcionalidade deve servir como guia, de modo a evitar a adoção de opções desarrazoadas ou prejudiciais à coletividade.

Da mesma forma, a atuação do Judiciário na verificação da obediência ao cumprimento das diretrizes valorativas estabelecidas na constituição, quando da realização de políticas públicas pelo Estado, deve nortear-se pelo princípio da proporcionalidade. Dessa forma, evita-se a exacerbação no exercício da função judicante, com a interferência excessiva e indevida na esfera de atribuições dos órgãos políticos, incumbidos da definição das políticas públicas para a sociedade. Portanto, é inegável a importância do princípio da proporcionalidade como instrumento necessário à efetivação dos direitos fundamentais e, também, como mecanismo para evitar excesso, aplicando-se, nesse caso, o critério da ponderação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da judicialização comporta diversos enfoques, sendo um deles a sua aproximação da gestão de políticas públicas, realizada por este trabalho. Tomando essa escolha, um ponto de partida das políticas públicas também necessitava ser escolhido e o modelo processual configurou essa opção.

Percebeu-se que discussões trabalhadas isoladamente dentro dos dois campos (judicialização e políticas públicas) podem se comunicar contribuindo para uma visão mais abrangente do problema. Assim que, quando se discute federalismo e escassez de recursos dentro da política pública, surge a proposta de limitação da judicialização pelo parâmetro da reserva do possível. Também por isso que, ao se falar em desigualdade social nas políticas públicas, surge a forte crítica às demandas individuais que geram direitos sociais desiguais aos cidadãos que possuem conhecimento da via judicial e aqueles que se resignam

com a falha na implementação da política pública por desconhecimento desse instrumento.

Pôde-se perceber ainda que o modelo processual tradicional não comporta o fenômeno da judicialização e que, por conta disso, quando uma determinada política pública é judicializada, as falhas do ciclo, tanto em sua sequência como em seus atores tradicionais, ficam evidentes. É por conta disso que se apresenta um modelo ressignificado, na tentativa de aproximar (não resolver) o modelo da realidade.

Uma possível solução com fins de ganhar eficiência, eficácia e efetividade nos processos de judicialização de políticas públicas seria a possibilidade da integração, favorecendo o funcionamento em redes de políticas públicas. Schneider (2005) propõe que diante da complexidade das sociedades atuais os conceitos de governança e rede se tornam fundamentais na compreensão da relação modificada entre Estado e sociedade.

Como sugestão para futuras pesquisas tem-se que essa discussão pode partir de uma análise da judicialização perante a visão crítica da “estadania” (Andrade, Castro e Pereira, 2011), inserindo no debate daqueles autores a dependência social das decisões do Poder Judiciário.



## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Daniela M.; CASTRO, Carolina L. de C.; PEREIRA, José R. Cidadania ou “estadania” na gestão pública brasileira? *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 177-190, jan./fev. 2011.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Salvador: *Revista Diálogo Jurídico*. Ano 1, V. 1, n. 4, jul, 2001.

- BARREIRO, Guilherme S.S; FURTADO, Renata. P. M. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. *Revista Administração Pública* [online], v. 49, n. 2, p. 293-314, 2015.
- BARBOZA, Estefânia M. Q.; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012.
- BARROSO, Luís R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil con-temporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, p. 1-46, fev./maio 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: . Acesso em: 21 dez. 2021.
- BEDIN, Débora Cristina Roldão. A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível. *Revista de Direito Público*, Londrina, v, 4, n. 2, p. 12-28, maio/ago. 2009. Disponível em . Acesso em: 21 dez. 2021
- BORBA FILHO, Moizés F. O papel do Ministério Público no ciclo de políticas públicas. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 4, n. 23, p. 67-88, dez. 2012.
- CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira; MANDALLOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*, v. 41, p. 47-62, 2014. Disponível em: . Acesso em: 21 dez. 2021.
- CASTRO, Flávio Dino de Costa e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005. Disponível



- em: . Acesso em: 21 dez. 2021.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. *P.A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.
- CURY, Carlos R. J.; FERREIRA, Luiz A. M. A judicialização da educação. *Revista CEJ*, Brasília, v.13, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Interpretação constitucional e criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- LESSA, Renato. A Constituição de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio. In: OLIVEN, Ruben G.; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo M. (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 363-395.
- PAULA, Alexandre Sturion de. *Hermenêutica Constitucional: instrumento de efetivação dos direitos fundamentais*. In: \_\_\_\_\_. (Coord.) *Ensaaios constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda Editora, 2006.
- RAEDER, Sávio. Ciclo de políticas: uma abordagem integradora dos modelos para análise de políticas públicas. *Perspectivas em Políticas Públicas*. Belo Horizonte. n. 13. p. 121-146. jan/jun 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte

- anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: . Acesso em: 21 dez. 2021.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179-215.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SCHNEIDER, Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 29-58, jan./jun. 2005.
- SILVA, Naiane L. da. A judicialização do benefício de prestação continuada da assistência social. *Serviço Social e Sociologia*, São Paulo, n. 111, p. 555-575, jul./set. 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. V. 798, 2002.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-44, jul./dez. 2006.
- TATE, Chester N.; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, Chester N.; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University, 1995. p. 1-10.
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo. v. 4 n. 2. jul./dez. 2008a. p. 389-406. Disponível em: . Acesso em: 21 dez. 2021.
- VIANNA, Luiz W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.