

O controle judicial nas políticas públicas

Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais

BRUNO ANDRADE COSTA

Sumário

1. Introdução. 2. Do controle jurisdicional sobre as políticas públicas e os limites de cognição do Poder Judiciário. 3. Do cumprimento de decisões judiciais em sede de políticas públicas. 3.1. Das espécies de cumprimento de decisões judiciais e seus efeitos. 3.2. Os critérios do Poder Judiciário para a escolha da melhor solução judicial nas decisões de efeito mediato. 3.3. Os meios e instrumentos que podem ser utilizados pelo judiciário para a realização progressiva dos direitos fundamentais. 4. Conclusão

1. Introdução

A Constituição da República de 1988 inaugurou uma nova fase do Estado brasileiro, o Estado Democrático de Direito ou Estado Pós-Social, e fez emergir uma nova gama de direitos, chamados de direitos fundamentais sociais (ALMEIDA, 2005, p. 3).

Na atual Carta Constitucional, os direitos fundamentais sociais protegem os bens da vida descritos no art. 6º da Constituição da República¹, tais como saúde, educação, alimentação e assistência aos desamparados. Trata-se de bens soberanos de toda a humanidade, cuja proteção é

Bruno Andrade Costa é procurador federal, especialista em Direito Processual Civil pela UniSul e mestrando em Direito e Políticas Públicas no UniCEUB.

¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

condição para a erradicação da miséria e de toda forma de poder arbitrário. Além de compromisso ético do Estado brasileiro, a proteção dos direitos fundamentais sociais constitui seu objetivo fundamental, nos termos que dispõe o art. 3º da Carta Magna.

As políticas públicas a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo visam a instrumentalizar a consecução desses direitos. Todavia, por vezes tais políticas são omissas ou incapazes de realizar de forma satisfatória os direitos fundamentais sociais. Em tais hipóteses, ocorre lesão a tais direitos, o que habilita o ajuizamento de ações que visem à correção e ao realinhamento dessas políticas.

Dentro desse prisma e na busca da concretização desses direitos, a judicialização das políticas públicas tornou-se uma realidade no direito brasileiro. Entretanto, a tradicional sistemática do Direito Processual Civil não mais se mostra suficiente para o realinhamento e a correção de políticas públicas no âmbito das ações judiciais, que versem sobre a realização progressiva de direitos sociais fundamentais constitucionalmente previstos, os quais irradiem efeitos para determinada coletividade.

Partindo-se da premissa do controle judicial em sede de políticas públicas, o presente artigo, a partir de uma metodologia estruturada com base teórica e estudo de casos, tem como proposta, tratar da temática do cumprimento das decisões judiciais que não sejam imediatamente exequíveis ante as limitações da atividade coercitiva do Estado-juiz, e que por isso têm sua execução diferida no tempo.

Buscar-se-á analisar que, em determinados casos, como a construção de um hospital ou a implementação de saneamento básico em um bairro, existem limitações à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas na fase de cumprimento da sentença, seja em razão de alocações orçamentárias, seja em virtude

da ausência ou inadequação de instrumentos normativos. Trata-se, pois, de limitações à efetivação dos direitos fundamentais, mas não de seu reconhecimento judicial (CANELA JUNIOR, 2011, p. 149).

Nesse contexto, o cerne deste trabalho é ainda a análise acerca dos meios e instrumentos que poderão ser utilizados pelo Poder Judiciário para o cumprimento de suas decisões, que versem sobre políticas públicas ligadas à realização progressiva de direitos sociais constitucionalmente previstos.

2. Do controle jurisdicional sobre as políticas públicas e os limites de cognição do Poder Judiciário

Conforme se mencionou, a atual Carta Constitucional previu, além dos clássicos direitos de defesa, uma nova série de direitos relativos a prestações estatais, chamados de direitos sociais fundamentais (ZANETI, 2010, p. 4). Assim, o Estado Pós-Social passa a ter o Legislativo e o Executivo com a atribuição precípua de levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação de direitos fundamentais (ZANETI, 2010, p. 5).

Todavia, observa-se que, com a inflação desses direitos constitucionalmente previstos, muitas vezes o Poder Legislativo e Executivo não são capazes de implementá-los, de forma que compete ao Judiciário suprir as omissões e coibir as comissões lesivas aos direitos sociais (BERIZONCE, 2010, p. 2).

Consigno que não se trata de violação do princípio de separação dos poderes, mas apenas medida de concreção dos direitos constitucionalmente previstos. Assim, o Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas, não podendo intervir indistintamente em tais políticas desenvolvidas pelos demais poderes, mas somente

em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais (CANELA JUNIOR, 2011, p. 148). Portanto, a atribuição constitucional residual do Poder Judiciário traduz-se na correção ou realinhamento dessas políticas públicas, tendo-se os direitos fundamentais como o próprio objeto da ação.

Observa-se, por oportuno, que a lesão a direito fundamental pode dar-se basicamente de duas formas: em virtude de omissão completa do Estado na satisfação espontânea dos direitos constitucionalmente previstos no art. 6º da Constituição Federal; e por comportamento, comissivo ou omissivo, do Estado, que permite a ocorrência de desigualdade social na fruição dos serviços criados para a satisfação espontânea dos bens da vida referidos no art. 6º da Constituição Federal (CANELA JUNIOR, 2011, p. 155).

Destaca-se que, após o regular ajuizamento da ação, o Poder Judiciário deverá realizar duas análises distintas: a) fase declaratória do direito fundamental violado; e b) fase de cumprimento da sentença (CANELA JUNIOR, 2011, p. 148).

Na primeira fase, objetiva-se evidenciar o fato da existência ou não de lesão ou ameaça de lesão e declarar por meio de provimento jurisdicional (CANELA JUNIOR, 2011, p. 148-149).

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais sociais objetivam, essencialmente, garantir a igualdade substancial entre os componentes do grupo social, buscar-se-á, por meio de ação judicial, a eliminação de toda e qualquer desigualdade.

Nesse contexto, a jurisdição trabalhará com a concreção desses bens tutelados juridicamente, sob o manto da Constituição Federal. Assim, o pedido deverá permitir a precipitação do direito fundamental violado, mediante a propositura de um veículo material que coloque à disposição os meios para a concreção desse direito.

Dessa forma, tanto o pedido como o provimento jurisdicional a ser produzido estão naturalmente dotados de uma necessária plasticidade (CANELA JUNIOR, 2011, p. 153) Nesse sentido:

“Se o bem coletivo é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido. Seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feito pelo autor. Equivaleria, em última instância, a ratificar um ato contrário à própria lei. Restringir a interpretação do pedido significa, neste sentido, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo tutelado” (LUCON et al., 2006, p. 189).

René David, citado por Mauro Cappelletti, afirma que nesses casos o juiz poderá decidir além do que foi pedido:

“os tribunais civis requeridos pelas partes ou pelo Ministério Público não se limitam a ouvir os argumentos das partes e a decidir sobre suas demandas; conhecem o conjunto do negócio, que se esforçam em esclarecer em benefício das partes, e podem, inclusive, se for o caso, decidir *ultra petita*” (DAVID, 1996 apud CAPPELLETTI, 2001, p. 30).

Não obstante, Renato Franco Almeida vai além, e expõe que o “espectro de conhecimento judicial em sede de ações coletivas deverá ser ilimitado, tendo como escopo o domínio intelectual de todos os aspectos envolvidos na demanda, mormente aqueles deduzidos da causa não expostos pelas partes, à símile do que ocorre nos países socialistas” (ALMEIDA, 2005, p. 8).

Nessa esteira, Oswaldo Canela (2011, p. 143) aponta que se admite a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida inicialmente proposto no pedido, a fim de que a criatividade possa resultar na melhor solução para o problema. Deve-se permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo porque a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada.

Assim, para o referido autor, “todas as soluções possíveis para a disponibilização dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal são admissíveis no processo coletivo desde que objetivem a correção de desigualdades”. Conclui Canela asseverando que “o critério será sempre o da criatividade para a redução e a supressão da desigualdade social. Daí a enorme plasticidade que se confere ao pedido e ao provimento jurisdicional” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 154).

Portanto, podemos afirmar que a cognição das políticas públicas, no plano vertical, é plena e exauriente, tendo em vista que o magistrado está adstrito à investigação completa e cabal de toda a cadeia lógico-sequencial de meios e fins para a correção e realinhamento das políticas públicas, a fim de dar concretude aos direitos fundamentais eventualmente violados.

3. Do cumprimento de decisões judiciais em sede de políticas públicas

3.1. Das espécies de cumprimento de decisões judiciais e seus efeitos

Destarte, reconhecida e declarada a violação ao direito fundamental, passa-se à fase de cumprimento de sentença.

Dentro da concepção trazida por Christian Courtis (2010, p. 491-514), propõe-se a classificação de cumprimento de decisões judiciais em duas espécies: a) *imediata*, que tratam de deveres de efeito imediato; e b) *mediata*, que cuidam de deveres ligados à realização progressiva do direito e são de execução diferida no tempo.

Quanto aos deveres de provimento imediato, ou seja, que apresentam condições de ser adimplidas logo após a decisão judicial, poderão assim ser classificados:

a) Proteção negativa: que visa a impedir que o Estado realize uma determinada ação ou determine compensação financeira. Ex.: Proteção judicial contra evicção forçada;

b) Igual proteção ou não discriminação: casos de discriminação ou questionamento na ilegitimidade ou falta de razoabilidade das distinções feitas pela lei, ligadas ao acesso a direitos ou serviços. Ex.: Distinção de tratamento para admissão em escola; e

c) Obrigações de conteúdo mínimo: obrigação do Estado a fim de que se reconheça o direito para que se promova o mínimo vital do direito previsto na Constituição, que envolva acesso a serviço ou benefício, sem alocação orçamentária. Ex.: Fornecimento de um determinado medicamento a um paciente terminal.

As decisões relativas ao cumprimento mediato tratam de deveres do Estado ligados à realização progressiva de direitos insertos no art. 6º da Constituição Federal.

Nesse tipo de decisão, existe uma “especificidade a ser considerada na análise do tempo exigível para a realização concreta do veículo de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 157). Assim, quando os núcleos de irradiação dos direitos fundamentais forem objeto de programas a serem executados pelo Estado, é natural que o cumprimento dessas decisões se projete no tempo, adquirindo a sentença uma espécie de conteúdo programático. Nesse sentido, expõe Oswaldo Canela (2011, p. 158):

“Como os direitos fundamentais são de eficácia plena e imediata, o tempo não é fator impeditivo para a concessão do provimento; ao contrário, indica inequívoca violação do direito. Ocorre que a própria sentença terá inúmeras vezes, um conteúdo igualmente programático, no sentido de estabelecer um interlúdio específico para a disponibilização do veículo que permita a satisfação do bem da vida”

3.2. Os critérios do Poder Judiciário para a escolha da melhor solução judicial nas decisões de efeito mediato

Inicialmente, ressalta-se que, embora a cognição das políticas públicas seja plena e exauriente, o juiz deverá, mediante de uma investigação de toda a cadeia lógico-sequencial, buscar a correta adequação de meios e de fins (CANELA JUNIOR, 2011, p. 159). Assim, embora se trate de direitos fundamentais, eles são passíveis de limitação, ponderação e regu-

lação, devendo a decisão judicial ser “razoável”, “adequada” e “proporcional” (COURTIS, 2010, p. 506).

Dessa forma, em que pese o Poder Judiciário estar autorizado a um juízo pleno e exauriente da demanda, tal fato não poderá estabelecer soluções iníquas, desproporcionais ou desarrazoadas no caso concreto, devendo-se utilizar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade para os provimentos jurisdicionais (CANELA JUNIOR, 2011, p. 159). Tais princípios buscam “o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins alcançados” (GRINOVER, p. 2009, p. 16).

Ao aplicar esses parâmetros, o controle judicial sobre os poderes Legislativo e Executivo deverá envolver uma análise legal dos objetivos que o Estado alega estar tentando alcançar, e a comparação entre esses objetivos e os meios escolhidos para satisfazê-lo, a fim de buscar a solução judicial mais adequada ao caso. Destarte, a decisão “razoável”, “adequada” e “proporcional” torna-se a catalisadora das soluções possíveis a serem aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais (CANELA JUNIOR, 2011, p. 165).

Entretanto, muitas vezes, na busca da realização progressiva desses direitos, o Poder Judiciário esbarra em limitações à sua atuação no controle de políticas públicas na fase de cumprimento da decisão, em razão de dificuldade orçamentária, da conjuntura política ou da ausência ou inadequação de instrumentos normativos capazes de dar concretude às respectivas decisões.

Desse modo, na tentativa de se resolver o problema da escassez de recursos e o cumprimento de direitos fundamentais positivos, Alexy (1993, p. 494-499) propõe a aplicação do método de ponderação, pelo qual a prestação pleiteada pelos cidadãos deve estar cingida àquilo que se pode razoavelmente exigir do Poder

Público. Ainda que existam recursos, o limite do razoável veda ao cidadão exigir do Estado aquilo que possa prover como seus próprios recursos. Entretanto, segundo o autor, reconheça-se que o direito a um mínimo vital, à educação escolar, à assistência médica, à formação profissional, deve ter a efetivação garantida pelo Poder Público, por conta de que é mínimo o conflito com os demais princípios constitucionais.

Importante precedente dentro desta concepção, que ficou conhecido como decisão *Grootboom*², ocorreu na Corte Constitucional da África do Sul em razão de uma política habitacional implementada pelo governo. Um grupo de pessoas desabrigadas que foram retiradas de seus assentamentos informais por ordem de uma autoridade local formulou perante o Judiciário um pedido para que o Estado providenciasse abrigos temporários até que fixassem morada permanente. Baseada no direito constitucional de acesso à moradia adequada, a Corte estabeleceu que para determinar o cumprimento dessas obrigações, três elementos deveriam ser considerados pelo Estado: 1) a necessidade de tomar medidas legislativas, dentre outras, razoáveis; 2) a necessidade de alcançar a progressiva realização do direito; 3) o requisito de utilizar os recursos disponíveis. Em relação à “razoabilidade” das medidas adotadas, a Corte Constitucional disse que o Estado tinha o dever legal de, ao menos, colocar em prática um plano de ação para lidar com a situação das pessoas “absolutamente desabrigadas”, tal como a comunidade *Grootboom*.

Dessa forma, tem-se como fundamental que o Poder Judiciário reflita sobre as consequências de ordem econômica, política e social, que podem acarretar as suas decisões, pois jamais

² Corte Constitucional da África do Sul, *The Government of the Republic of South Africa and others VS. Irne Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), 4 de outubro de 2000.

foi objetivo da Constituição Federal construir uma comunidade ingovernável e injusta.

Isoladamente, a escassez orçamentária, expressa na tese da “reserva do possível”, não é argumento sólido o bastante para afastar o imperativo de implementação dos direitos fundamentais sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, não é vedado ao Judiciário determinar ao Estado a alocação de verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais.

Relevante precedente levado à apreciação judicial merece breve menção. Tratou-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Santos, objetivando compelir a Prefeitura Municipal a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, sob o argumento de que a Municipalidade se mostrava renitente em cumprir as deliberações constantes da Resolução Normativa nº 4/97, do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos, ferindo, com tal postura omissiva, os ditames do art. 88, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, o STJ permitiu o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, mediante a tutela do orçamento. Cuidou-se, também, de tutela preventiva (inclusão de verbas no próximo orçamento, evitando-se a continuação, no futuro, do ato ilícito):

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio da resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido” (STJ – 2ª Turma, REsp 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon, maioria, j. 11/11/2003, DJ 15/3/2004, p. 236).”

Não obstante, cumpre salientar que Poder Judiciário deve ter especial cautela na utilização dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, porquanto “a intervenção generalizada no orçamento, sem o esgotamento necessário da cognição e a análise consistente de programação no tempo, poderá engessar outras políticas públicas igualmente importantes para a satisfação, em conjunto, dos direitos fundamentais” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 167).

Nessa esteira, uma paradigmática decisão do Tribunal de Justiça do Estado Bahia confirmou decisão do juízo de primeira instância ao determinar o bloqueio de verba do município de Ilhéus, a fim de repassá-la ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente, que não vinha recebendo quaisquer valores, sob a justificativa que o Estado deve priorizar a adoção de políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes. Aquele Tribunal afirmou ainda que a tese da “reserva do possível” não era cabível, pois a verba contingenciada representava apenas 0,25% do orçamento local.

In verbis:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA DETERMINANDO O BLOQUEIO E INDISPONIBILIDADE DE QUANTIA REFERENTE AO FUNDO MUNICIPAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS PARA O REPASSE DE VERBAS AO ALUDIDO FUNDO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO QUE AUTORIZE A REFORMA DO DECISUM DE PRIMEIRO GRAU. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

Pelo quadro fático apresentado, verifica-se, de plano a existência de prova inequívoca da alegação do Requerente, ora Agravado, ao propor Ação Civil Pública, assim como o fundado receio de dano irreparável, posto que a ausência de repasse de verbas ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente inviabiliza a execução dos programas de atendimento aos menores de dezoito anos e das medidas indispensáveis ao cumprimento do descer de proteção assegurado pela Lei nº 8.069/90 - Estatuto: Criança e do Adolescente.

É de se observar que a priorização de políticas públicas voltadas para a Criança e o representa prerrogativa prevista na Constituição da República visando o implemento de condições que possibilitem o acesso e atendimento no âmbito da saúde, educação, lazer, profissionalização, cultura, dentre outras, sob pena de se configurar omissão governamental.

Não há se falar, *in casu*, de violação aos princípios da separação e da independência dos poderes como quer o Agravante, posto que a decisão vergastada apenas conferiu observância aos dispositivos constitucionais e legais pertinentes à matéria, assegurando, em sede de liminar, a alocação de recursos para o cumprimento de políticas públicas em consonância com as prioridades estabelecidas pela Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Município de Ilhéus e legislação local.

Quanto à alegação de insuficiência de recursos para o repasse de verbas ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente e dos prejuízos que o bloqueio das verbas causaria, à Administração Pública municipal, é de se observar que, conforme fundamentou julgador primevo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias/2007, o Plano Plurianual referente ao período de 2006/2009 e a Lei Orçamentária relativa ao exercício financeiro de 2009 asseguram a destinação de Diretrizes Orçamentárias do valor a ser

revertido ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente, nos percentuais previstos na Lei Municipal nº 2.834/91.

Noutro giro, inadmissível na hipótese dos autos, a aplicação da reserva do possível, eis que prevista a destinação, de 0,25% das receitas do município ao aludido fundo.” (TJBA – Agravo de Instrumento nº 0001339-33.2010.805.0000-0, Rel. Des. Dayse Lago Ribeiro Coelho, 3ª Câmara Cível, julgado em 24 de agosto de 2010)

Dessa forma, não se pode admitir que o cumprimento da Constituição seja preterido pela observância de uma norma infraconstitucional, ou por um quadro de conjuntura político-econômica desfavorável. A Constituição ostenta força normativa, ativa e vinculante, exigindo a máxima atuação dos poderes constituídos para o seu fiel implemento. São inaceitáveis certas práticas governamentais que esquecem de cumprir a Constituição, sob o argumento da falência orçamentária do Estado, conjuntura política ou para garantir o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (CRISTÓVAM, 2011).

Assim, o argumento de impossibilidade de execução imediata de uma decisão judicial, em razão das limitações à atividade coercitiva do Estado-juiz, não é capaz de impedir o Poder Judiciário de declarar a violação do direito fundamental devendo-se, para tanto, buscar meios e instrumentos para a execução do julgado.

3.3. Os meios e instrumentos que podem ser utilizados pelo Judiciário para a realização progressiva dos direitos fundamentais

De início, saliente-se que, além dos critérios balizadores da “razoabilidade”, “proporcionalidade” e “adequação”, e da possibilidade de alocação de verbas, é necessária a adoção de outros meios e instrumentos hábeis para dotar as decisões judiciais de uma maior eficiência para a execução das políticas públicas que tratam da realização progressiva de direitos fundamentais.

Observo que as políticas públicas precisam ser estudadas coletivamente, com base no controle democrático. Neste contexto, um dos principais instrumentos que o Poder Judiciário poderá lançar mão é o da audiência pública, *locus* que permite a participação da sociedade na decisão mais adequada, e, assim, evitar provimentos inexequíveis ou desarrazoados, a exigir inclusive que o cidadão seja mais proativo e protagonista (menos passivo e súdito) do Estado Constitucional Democrático, conforme preconiza o princípio da participação³.

A mesma perspectiva é trazida por Peter Häberle (1997, 2008), que apregoa uma mudança de postura do Estado frente ao cidadão, com a

³ Sobre o princípio da participação vide Juarez Freitas (2004, p. 17, 28, 87).

pluralização da hermenêutica constitucional e a incorporação ao sistema jurídico de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”⁴. Tal posicionamento tocou o ordenamento jurídico brasileiro na ocasião da ADI nº 3.510” contra partes da Lei de Biossegurança, no que tange à pesquisa com células-tronco embrionárias, e a data de 20 de abril de 2007 “entrou para a história do Supremo Tribunal Federal porque neste dia a população brasileira passou a ter voz ativa nas decisões mais polêmicas do Supremo, por meio das audiências públicas” (NOTÍCIAS STF, 2010). Segundo consta no próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, “nesses encontros, os ministros da Corte são apenas ouvintes. Os protagonistas são os representantes de segmentos da sociedade civil e do governo, os quais expõem seus argumentos no intuito de auxiliar os votos que, mais tarde, serão dados no Plenário pelos onze magistrados do tribunal” (NOTÍCIAS STF, 2010). Naquela citada ação judicial foram ouvidos dezessete especialistas – entre médicos, pesquisadores, biólogos, professores universitários, religiosos e representantes da sociedade civil – que debateram com profundidade todos os aspectos que envolviam a liberação das pesquisas sobre células-tronco extraídas de embriões humanos. A audiência pública subsidiou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510 contra partes da Lei de Biossegurança e, um mês depois da audiência, em 29 de maio daquele ano, o Supremo acolhia por maioria o voto do relator, cuja posição foi favorável à Lei de Biossegurança da maneira como aprovada pelo Congresso. Na prática, foram liberadas as pesquisas com as células-tronco embrionárias.

Outro momento de curial importância protagonizado pela Corte Suprema ocorreu quando do julgamento acerca do controle judicial das políticas públicas de saúde e a concessão de medicamentos. A audiência pública foi convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes. Na ocasião, foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade na audiência pública balizaram o julgamento dos processos de competência da Presidência que versavam sobre o direito à saúde.⁵

⁴ A contribuição de Peter Häberle pluralizou o debate sobre o direito constitucional brasileiro, popularizando o Supremo Tribunal Federal, que já promoveu inúmeras audiências públicas com a finalidade de permitir a intervenção da sociedade em processos submetidos à sua apreciação (HÄRBELE, 1997, 2008).

⁵ Nesse sentido, destacam-se os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355.

Não obstante, outro meio a ser utilizado, e de suma importância para a correção e o realinhamento dessas políticas pelo Judiciário, diz respeito à participação dos atores responsáveis pela política pública na proposição da melhor solução para o cumprimento da decisão judicial. Tem-se que a participação de tais atores na construção do provimento jurisdicional, durante a instrução do feito, possibilita a real exequibilidade da decisão, pois, sendo fruto dialógico com os demais poderes, a solução apresentada, discutida e aquiescida pelas demais partes no processo, tende a ser a mais “razoável”, “adequada” e “proporcional”.

Assim, devem os atores responsáveis pela política pública, dentro do processo judicial, perquirir meios justos e equânimes para sua realização progressiva dos direitos fundamentais, e não se furta ao seu cumprimento. E essa busca será mais eficaz se as necessidades de todas as partes forem expostas e visa à melhor solução, isto é, àquela capaz de atender a ambas as partes (THOMÉ, 2011).

Nesse contexto, num precedente de suma relevância refere-se ao controle jurisdicional de políticas públicas do direito fundamental à saúde e à higidez ambiental, no caso da concretização de adequado sistema de tratamento de esgoto, em uma determinada área da Praia de Canasvieiras, Município de Florianópolis (Santa Catarina). A Ação Civil Pública foi proposta pela Associação de Moradores de Canasvieiras e pelo Ministério Público Federal, contra o Município de Florianópolis, a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e Companhia Catarinense de Água e Saneamento (Casan). A sentença, julgando totalmente procedente a ação, condenou solidariamente os réus à obrigação de fazer (construção da rede de saneamento), firmado o prazo de um ano para a execução das obras, conforme cronograma previamente oferecido pelos réus (BRASIL, 2009).

Embora não tenha previsão legislativa, tal solução não se mostra defeso, pois “todas as soluções possíveis para a disponibilização dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal são admissíveis no processo coletivo desde que objetivem a correção de desigualdades” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 154).

Cumpra salientar, entretanto, que, a despeito de tantas vantagens, nem sempre a dialógica é a melhor opção em decorrência de suas características peculiares. A depender das características do caso, uma solução impositiva deve ser a escolha mais adequada. Se a via consensual estiver irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, ou da falta de habilidade em lidar com o conflito, não caberá composição entre as partes (THOMÉ, 2011). Nesse caso, deve-se recorrer à adjudicação, ou decisão forçada, utilizando-se, caso necessário, o contingenciamento de verbas, conforme já mencionado.

Por fim, outro instrumento que poderá se utilizar o Judiciário na busca da melhor solução para a correção ou o realinhamento das políticas públicas é o da relativização da coisa julgada. De acordo com Oswaldo Canela, na busca da melhor solução judicial “o critério será sempre o da criatividade para a redução e a supressão da desigualdade social. Daí a enorme plasticidade que se confere ao pedido e ao provimento jurisdicional” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 154).

Assim, é de fundamental importância destacar que a necessária plasticidade alcança até a coisa julgada, nos casos em que a solução encontrada pelo Poder Judiciário, poderá tornar-se obsoleta ou inconveniente, em face de eventual proposta de execução de políticas públicas mais aprimoradas pelo Estado (CANELA JUNIOR, 2011, p. 161). Desse modo, se uma decisão judicial, por exemplo, determina a construção de uma escola para atender a determinada comunidade, e o Estado, na fase de cumprimento da decisão, oferece como solução alternativa a ampliação de uma já existente – em razão de dificuldades orçamentárias e de logística –, e ainda, que tal medida satisfaça os interesses da população, nada impede que o juízo determine a fungibilidade do objeto do *decisum*.

Nesse sentido, Oswaldo Canela (2011, p. 161) afirma que, “se o Estado apresentar solução mais efetiva do que aquela determinada na decisão judicial transitada em julgado, não estará autorizado a realizá-la, em face do reconhecimento da coisa julgada material?”. E arremata:

“Esta se nos afigura uma hipótese clara de relativização da *coisa julgada*. Com efeito, se o objetivo do Estado é a consecução do bem comum, na esteira do que dispõe o art. 3º da Constituição Federal, então esta finalidade estará sendo atendida ao se aprimorarem os meios de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais. Há, in casu, uma clara contraposição entre princípios de grandeza constitucional, tanto assim considerados a coisa julgada e os objetivos fundamentais do Estado. Os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, neste passo, certamente recomendam seja assegurado este último em detrimento do primeiro”.

Assim, observa-se que, embora o atual sistema processual brasileiro não disponha de meios e instrumentos específicos para a persecução da solução mais adequada, em sede de ações judiciais que versem sobre realização progressiva de direitos fundamentais, tal fato não obsta a busca e a utilização de medidas alternativas, a fim de dar concretude a esses direitos.

4. Conclusão

O atual modelo Pós-Social de Direito emergiu com o claro objetivo de o Estado garantir a concreção dos direitos fundamentais, a qual constitui como um dos objetivos da República.

Sob esse prisma, observa-se que o Poder Judiciário assumiu um papel de extrema importância da correção e realinhamento das políticas públicas, adquirindo *status* de verdadeiro guardião dos direitos fundamentais, em caso de lesão ou ameaça de lesão, seja por omissão, seja por deficiência de atuação dos outros dois Poderes.

Via de consequência, a importância social do objeto litigioso trazido a juízo deverá suplantar o poder das partes de discutirem tão somente o que lhes interessa, visto que, em razão da importância, o objeto discutido em juízo extrapola os limites de propriedade dos contendores, irradiando-se por toda sociedade. Impõe-se o privilegiamento do interesse social na demanda em detrimento dos interesses egoísticos dos sujeitos da relação jurídica processual, tendo tal raciocínio por corolário a possibilidade dada ao juiz de prolatar decisões cujo alcance fique além do controvertido pelas partes, em virtude da possibilidade de uma cognição plena e exauriente, com o único objeto de obter a concreção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim, reconhecida a violação ao direito fundamental buscar-se-á, por meio do provimento jurisdicional, a concreção de tais direitos, vislumbrando-se, para tanto, duas espécies de cumprimento de decisões judiciais: as de efeito imediato, que são exequíveis de plano; e as de efeito mediato, que versam sobre a realização progressiva dos direitos fundamentais – e sua consecução, por consequência, protraí-se no tempo.

Todavia, em razão da inexistência de instrumentos específicos para o cumprimento das decisões judiciais de efeito mediato, relativas a políticas públicas que irradiem efeitos para a coletividade, muitas vezes os pronunciamentos judiciais perdem-se no vazio, razão pela qual é necessário dotar o Poder Judiciário de meios capazes de buscar a solução mais efetiva para a composição do litígio, bem como o cumprimento das decisões proferidas no âmbito dessas ações judiciais.

Para tanto, balizado nos parâmetros da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, o juízo deverá não só perquirir uma solução técnico-jurídica, mas também exequível no plano político e administrativo. Todavia, para se alcançar tal meta, deve-se estudar o processo judicial sob óptica de um controle dialético democrático, tanto com a sociedade civil, como com os atores responsáveis pelas políticas públicas.

Dessa forma, instrumentos como audiência pública, a participação dos atores de tais políticas na construção das decisões, a possibilidade de contingenciamento de verbas e a relativização da coisa julgada estão se tornando meios decisivos para a correção e o realinhamento de políticas públicas que irradiem efeitos para a coletividade.

Por conseguinte, denota-se que, embora a atual sistemática processual pátria não ofereça instrumentos específicos na busca da solução mais

adequada em sede de ações judiciais, que versem sobre realização progressiva de direitos fundamentais, tal fato não obsta a busca de parâmetros, além de meios e instrumentos capazes de dar concretude aos princípios republicanos, e fazer valer a obrigação que atual Estado Pós-Social tem com a sociedade brasileira.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Renato Franco; COELHO, Aline Bayerl. Princípio da demanda nas ações coletivas do estado social de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 52, jul./set 2005.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

BRASIL. Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação civil pública n. 2004.72.00.017675-8/SC, de 29 de março de 2007. Relatora: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. *Documento Eletrônico*, 9 set. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6913717/apelacao-civel-ac-17675-sc-20047200017675-8-trf4/inteiro-teor>>. Acesso em: 5 jan. 2012.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: algumas considerações a partir dos contornos do Estado constitucional de direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9541#_ftn29>. Acesso em: 5 nov. 2013.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 30, p. 8-30, 2009.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

_____. *Pluralismo e constitución*. Tradução de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: _____ (Coord.). *Tutela*

coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do código de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

NOTÍCIAS STF. Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade. *Portal do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

THOMÉ, Débora Dias. O poder judiciário e a efetivação de políticas públicas: a mediação como padrão de atuação nos processos coletivos. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, out. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/26-volume-2-numero-4-trimestre-01-10-2011-a-31-12-2011/136-o-poder-judiciario-e-a-efetivacao-de-politicas-publicas-a-mediacao-como-padrao-de-atuacao-nos-processos-coletivos>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010.