



CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS DE INCLUSÃO

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES: INTERVENTION OF THE JUDICIARY IN INCLUSION POLICIES

Celso Cavalcante Dourado Junior¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar a atuação do Estado frente às políticas de inclusão, apresentando os reflexos da construção histórica da instituição estatal e as debilidades sociais decorrentes desta. Enfatiza as ações dos poderes que compõem o Estado, e as consequências das ações e omissões dos agentes legalmente designados para tratarem sobre o tema, bem como a crescente participação das instituições jurídicas na busca pela efetivação das políticas de inclusão.

Palavras-chave: Estado; Políticas de Inclusão; Instituições Jurídicas.

ABSTRACT: The present article seeks to analyze the State's performance in relation to inclusion policies, presenting the reflexes of the historical construction of the state institution and the social weaknesses. Emphasizing the actions of the powers that make up the State, and the consequences of the actions and omissions of the agents legally appointed to deal with the issue, and the increasing participation of legal institutions in the search for the implementation of inclusion policies.

Key words: Judicial Control; Policies Inclusion; Legal Institutions.

¹ Graduando do curso de direito da Unitoledo de Araçatuba - SP

INTRODUÇÃO

As políticas estatais, associadas às peculiaridades de desenvolvimento cultural da sociedade, acarretaram disparidades sociais que trazem consequências socioeconômicas e influem na vida de todos os membros da sociedade, ainda que indiretamente. Para minimizar os problemas daí decorrentes, o Estado, por meio de seus institutos legais, prevê a criação e execução de políticas de inclusão, com objetivo de reduzir as referidas disparidades sociais. Todavia, muitas vezes tais políticas não são suficientes, cedendo assim espaço para que instituições do Poder Judiciário expandam gradativamente sua alçada de atuação.

1. O PAPEL DO ESTADO NA FORMAÇÃO DA DESIGUALDADE

1.1 Formação do Estado

Em um meio social no qual há indivíduos dotados de interesses díspares e concepções distintas, as relações sociais tornam-se frágeis, uma vez que as pessoas que assim convivem tendem a observar uns aos outros com desvalia em relação às distinções existentes. Assim apontou Renato Janine Ribeiro ao analisar as palavras de Thomas Hobbes que traduziram o conflito existente entre os homens que viviam em sociedade.

[...] Porque cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele atribui a si próprio, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se esforça, na medida em que a tal se atreva (o que, entre os que não têm um poder comum capaz de os submeter a todos, vai suficientemente longe para leva-los a destruir-se uns aos outros[...] (RIBEIRO, 2000, p. 56).

Logo, o Estado, no desenvolver de suas capacidades institucionais destinadas a integração e unificação da sociedade, estruturou-se de forma a preservar as instituições primárias que buscavam a ordem e estabilidade da denominada sociedade democrática, até então autorregulamentada por princípios individuais de proteção aos interesses dissonantes.

Ao afirmar a difícil possibilidade de conciliação entre os que convivem em sociedade, Hobbes convalidou a ideia de que a necessidade de pacificação social exigiu a formação de um pacto de força cogente nas relações privadas, determinando a unificação

da sociedade. “Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos eles” (HOBBS *apud* RIBEIRO, 2000, p.62).

A partir da estruturação do Estado moderno, que se pautou na união entre membros da sociedade e instituições, que foram devidamente distribuídas de forma a exercerem suas funções, é visível que foi preservada a integração em detrimento da autorregulação individual da sociedade.

A formação do Estado como organização complexa passou por vários percalços, característicos do processo de aprimoramento do modelo. A sociedade precisou se adaptar e interiorizar a ideia de fazer parte de um Estado, como comunidade, agregando conceitos como união e inclusão, mas preservando o desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Contudo, foi preservado o desenvolvimento pessoal dos indivíduos, que buscaram de forma díspare o progresso pessoal de cada membro da sociedade. Partindo desta assertiva, torna-se visível a liberdade individual na busca pelo cumprimento e satisfação das necessidades e anseios de indivíduos integrantes de um sistema maior, denominado sociedade. Dessa forma, a partir da formação do Estado, os indivíduos, ainda que legalmente limitados em certas vontades, tem plenos direitos, como apregoa Abreu Dallari;

cada indivíduo é titular de direitos naturais, com base nos quais nasceram a sociedade e o Estado, mas ao convencionar a formação do estado e, ao mesmo tempo, a criação de um governo, os indivíduos abriam mão de certos direitos, mantendo, entretanto, a possibilidade de exercer os poderes soberanos, de tal sorte que todas as leis continuam a ser a emanção do povo (DALLARI. 2014, p.110).

1.2 A evolução: Estado Liberal e Estado Social

O Estado Liberal surgiu como uma necessidade da burguesia em determinar uma delimitação das intervenções do Estado, garantindo maior autonomia na tomada das decisões e também preservando os princípios individuais, garantidores de direitos que asseguram às pessoas a autonomia para agirem independentemente das intervenções estatais. Este modelo estatal buscou delinear restrições à atuação do Estado, deixando para este, o papel de garantidor básico de direitos, liberando-o de qualquer obrigação para com a construção social.

O Estado teve diversas formas de atuação na sociedade, que determinaram a denominação e a intenção subjetiva compreendida nas ideologias dos líderes e detentores do poder. Os desejos almejados pelos defensores da redução da participação estatal e consolidação do Estado Liberal, foram atingidos, em grande parte, sendo inegável o reconhecimento da grande importância que isto teve para o desenvolvimento da democracia atual, já que o delineamento da separação de poderes hoje adotada na Constituição Federal surgiu na época do desenvolvimento deste modelo de Estado. Logo após a consolidação das instituições, a burguesia, na busca pela preservação de seus bens e no desejo de consolidação de seus direitos como pessoas dotadas de interesses, moldou o que se define como Estado Liberal.

Por ter como objetivo a guarda das liberdades individuais, o intenso interesse na preservação ideológica da classe burguesa afastou a ideia principal deste modelo de Estado, que se preocupava em determinar a liberdade e igualdade entre todos. Assim determinou Paulo Bonavides:

[...] Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios consultivos de uma ideologia de classe [...] (BONAVIDES, 2004, p. 42).

Em contraposição às falhas existentes no delineamento do Estado Liberal, surgiu o chamado Estado Social, pautado em uma transformação na estrutura do Estado, buscando colocar em discussão as divergências entre os princípios da igualdade de direitos e o real desenvolvimento social. No entanto, este modelo também não deixou de apresentar deturpações com relação aos objetivos a serem atingidos, uma vez que a excessiva participação do Estado, a longo prazo, não apresentou os resultados pretendidos. Nas palavras de Paulo Bonavides, este modelo de participação estatal tornou o Estado social um sinônimo de “intervencionismo, patronagem, paternalismo” (BONAVIDES; 2004, p. 203).

O Estado social formou-se como uma alternativa à não consolidação dos ideais do Estado Liberal. Este novo modelo estatal teve como um de seus pontos de partida a supressão das deficiências sociais. Porém, o excesso de paternalismo estatal, necessário para a consolidação das políticas de igualdade, exigiu um aparelhamento institucional que não se sustentou por muito tempo, fazendo com que o Estado Social não lograsse seus

objetivos. Além de aumentar a estrutura do Estado, este novo modelo estatal não pôde determinar o desenvolvimento igualitário entre todos, desencadeando disparidades entre os indivíduos, deixando a cargo do contexto histórico e da capacidade de atuação da sociedade a realização de ações de supressão das desigualdades, como os meios para supressão dessas disparidades.

1.3 A contribuição do Estado para o surgimento da desigualdade

Após o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este modelo buscou suprir as inconsistências do Estado Liberal e Social, atuando na preservação da liberdade reivindicada pelos líderes do liberalismo, sem deixar de preservar a participação social. Esta nova estruturação proporcionou a formação da sociedade e o desenvolvimento social. O Estado, durante o processo de desenvolvimento de suas instituições, preparou-se e atuou firmemente na criação de sistemas econômicos, de segurança e de educação, entre tantos outros, progredindo gradativamente no aperfeiçoamento destes sistemas.

Posto a formação do Estado, suas instituições e visualizadas as disparidades decorrentes de questões intrínsecas às relações sociais, cabe, neste ponto, o questionamento sobre qual seria o papel a ser desempenhado pelo Estado e suas instituições no auxílio e na resolução de questões sociais. Há que se atentar que, a partir do momento em que a instituição estatal assumiu para si a responsabilidade para regular as relações sociais, as questões decorrentes da regulamentação destas relações também são de responsabilidade do Estado.

O que se pretende demonstrar, neste artigo, é que as escolhas estatais ao longo do tempo contribuíram para a formação de uma sociedade desigual, com grandes disparidades e dificuldades para propiciar a ascensão social. Dentre outros fatores, os percalços encontrados na construção das instituições estatais possuem relação direta com a grave exclusão social, decorrente da concentração de riquezas e do preconceito. As chamadas políticas de inclusão são necessárias para o equilíbrio social, cabendo ao Estado firmar a igualdade entre os membros da sociedade:

dotando-se o Estado de uma organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação de possibilidades, com liberdade, a democracia deixa de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa (DALLARI, 2014, p. 305)

Não obstante, a inafastável necessidade de elaboração de políticas adequadas de inclusão social, é preciso reconhecer que as instituições estatais assumem encargos extremamente custosos na resolução das políticas sociais. Estes referidos custos são divididos entre todos, pois a implementação de políticas públicas exige dispêndios. É imperativo que se reconheça a necessidade de criação de um aparelhamento estatal que possibilite a execução das políticas públicas já elaboradas. Tal fato transforma a sociedade em uma instituição necessariamente dependente da atuação do governo e suas políticas administrativas. Assim determina Ralph Milliband (*apud* DALLARI, 2014, p. 296-297), em obra publicada no ano 2000, que os riscos de tais determinações fazem parte do processo de intervenção estatal;

[...] antes de tudo é preciso ter em conta que a introdução de modificações profundas na ordem social não se fará facilmente e não isenta de escolhas penosas e de grandes tensões. Além disso, é também necessário atentar para falhas e resultados não esperados nem pretendidos na implantação da nova ordem [...].

2. DAS POLÍTICAS SOCIAIS

2.1 Os fundamentos das Políticas Sociais

As deficiências, oriundas das políticas administrativas adotadas pelos governos ao longo dos anos, geraram ônus social, dificultando o desenvolvimento das pessoas. Estes contratempos encontram-se presentes em diferentes frentes do contexto social. Assim afirma Regina Lírio do Valle: “...as políticas públicas de inclusão originam-se de um processo complexo e diversificado de instrumentos de concretização de ações continuadas ou omissões, bem assim de providências inter-relacionadas...” (*apud* CONSEDEY, 2014, p.01).

As políticas sociais são heterônomas, uma vez que, atuam em diferentes frentes para a resolução de diferentes problemáticas. Tais políticas sociais são divididas com relação aos objetivos que buscam atingir. Dessa forma, as políticas de inclusão possuem grande importância na evolução social. Evidenciam-se em nossa sociedade restrições e carências que afetam rendimentos, estruturas e geram acentuadas disparidades. Um Estado

positivado, em que há leis, regras e instituições administrativas estabelecendo a forma como as políticas de inclusão atuarão nas questões sociais, nos impõe a necessidade de discutir com afinco sobre a necessidade de tais políticas, assim como seu funcionamento e expansão. Assim pondera Lilian Balmant Emerique, ao expor as indagações decorrentes da pertinência das políticas de inclusão;

[...] diante de fato de que existem restrições, perdura o enigma de saber como arbitrar entre objetivos múltiplos cujo cumprimento simultâneo torna-se complicado? Ainda a conjecturar que um direito que pudesse ser garantido plenamente, isto é muitas vezes não iria ocorrer em detrimento da satisfação de outros? E, em tal caso como escolher mutuamente entre eles? Neste caso o problema realmente existe? Não deveriam ser os direitos fundamentais mutuamente compatíveis e complementares?[...] (EMERIQUE, 2011, p.01)

No entanto, não é pertinente a valoração dos resultados de uma determinada política social em detrimento de outra, sem o prévio estudo adequado, abarcando neste, os impactos reais a serem logrados, e os desafios a serem suportados durante o lapso temporal em que tais políticas estiverem em seu processo de efetivação. Assim afirma Maria Clara de Moraes Consedey, ao analisar as ideias de Vanice Regina Lírio do Valle.

[...] assim, uma dada política de inclusão não pode ser objeto de avaliação sem que considere a sua relação com o tempo. É preciso ter conhecimento do estimado para a concretização da finalidade almejada, para só então, proferir-se um juízo de inadequação desse mesmo resultado [...] (CONSEDEY, 2014, p.01).

2.2 A inclusão por meio da educação

As delimitações de governos influem no contexto social. Neste estudo aborda-se as debilidades resultantes desta intervenção, há de se expor neste ponto que nos últimos anos construiu-se a ideia de que o setor privado, este englobando não somente empresas, mas também indivíduos, pode auxiliar o Estado no controle das disparidades sociais. Esta participação é denominada de “Terceira Via”, que em uma definição pouco aprofundada pode ser entendida como a parceria entre o Estado e instituições da sociedade civil. Assim determina Anthony Giddens (1999, p.79): “A política da terceira via é uma política de uma única nação. A nação cosmopolita ajuda a promover a inclusão social e também tem um papel-chave no fenômeno de sistemas transnacionais de governo”.

Logo, pode-se conjugar a ideia de que a participação individual de cada membro da sociedade pode acelerar na supressão das debilidades sociais, neste ponto a educação é um item de extrema importância, uma vez que, o aperfeiçoamento das habilidades individuais se concretiza com a educação. Assim demonstra Giddens (1999, p.119) ao citar uma expressão famosa do ex-primeiro-ministro britânico Tony Blair que descreveu em três palavras as prioridades no seu governo: “*educação, educação, educação*”. Giddens (1999, p. 119) afirmou ainda a ideia de que “A necessidade de melhores qualificações educacionais e de treinamento em habilidades é evidente na maioria dos países industrializados, particularmente no que diz respeito aos grupos mais pobres”.

Logo é possível determinar a educação como um fator preponderante para o auxílio das debilidades sociais. Em conjunto com as instituições estatais, a educação tem papel de significativa importância no desenvolvimento indireto da sociedade, uma vez que um indivíduo dotado de ferramentas adequadas para o desenvolvimento intelectual pode lograr êxito incluir-se na sociedade e ajudar no progresso do Estado.

Todavia se um conjunto de indivíduos não tiver a sua disposição um sistema educacional adequado, as possibilidades de inclusão se tornam inviáveis. Exemplo forte é facilmente visualizado na privatização de instituições educacionais, pois as instituições de educação, assim como muitos órgãos públicos, possuem debilidades em seu funcionamento. Assim observa Giddens (1999, p. 113), ao afirmar que esta defasagem faz com que “...Grupos privilegiados começam a viver em comunidades fortificadas e a se retirar da educação pública e dos sistemas de saúde públicos...”.

3- DA REGULAMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS DE INCLUSÃO

3.1 Controle formal das políticas de inclusão

A principal diretriz para a regulamentação das regras de aplicação das políticas de inclusão, desde a identificação da questão até a aplicação concreta das ações necessárias, está posta na Constituição Federal como assevera Vanice Regina Lírio do Valle ao afirmar que: “desde o reconhecimento até da relevância do instrumento para fins de ordenação do agir estatal, até a identificação em si, em concreto, de planos da ação estatal, mais ou menos densificados já no próprio Texto Fundamental” (*apud* CONSEDEY, 2014, p.01).

Ainda tendo como base o alicerce constitucional e a prerrogativa destinada aos poderes executivo e legislativo para a formulação de atos normativos regulatórios, é possível a observância do tema, da política ou da ação afirmativa a ser empregada. Uma vez que tal ação estiver devidamente respaldada na Constituição Federal, como uma determinação fundamental, sua prerrogativa de funcionamento e ampliação encontrar-se-á protegida de qualquer possibilidade de ideia adversa, de que tal política em seu interesse final seja desprovida de fundamento normativo ou necessidade social, pois não se deve olvidar o real condão das políticas de inclusão, sendo esta a necessidade social. Assim afirma Ingo Wolfgang Sarlet;

[...] A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os dos trabalhadores), por sua vez, implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também desses direitos e garantias, ainda que possamos ter, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, boas razões para questionar tal fundamentalidade [...] (SARLET, 2008, p.09).

Uma vez respaldada a existência e a prorrogação de determinada política de inclusão, é possível que os legisladores ordinários, no exercício regular de seus mandatos, atuem de forma a realizar as determinações funcionais do Estado provedor, se assim for a sua ideologia de formação e construção social.

3.2 A atuação do Estado nas políticas de inclusão

Evidenciado que as ações afirmativas são protegidas e respaldadas pelo texto constitucional, observa-se a possibilidade de implementação e expansão de políticas de inclusão. No entanto, a liberdade concedida aos poderes constituídos para legislar de forma a determinar ações afirmativas, em certas situações, encontra-se limitada, ora por pressão externa de parcelas da sociedade, ora por categorias que visualizam na utilização das instituições estatais um meio inadequado para supressão das debilidades sociais, pois tal estratégia representa grande perigo.

A atuação do Estado nesta área acarreta uma série de responsabilidades que ultrapassam a alçada das políticas de inclusão, atingindo ainda áreas de extrema importância para o funcionamento essencial do chamado Estado Democrático de Direito,

como a economia e a infraestrutura, visto que as ideologias de defesa das ações afirmativas de inclusão exigem das autoridades governamentais uma distribuição significativa de dispêndios públicos que afetam a economia. Estas referidas ações estruturam os Estados de forma centralizada e única, firmando uma estrutura aparelhada e robusta que exige intensa regulamentação, como aponta Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] não se pode deixar de considerar que, para a realização de tais políticas públicas, é necessário o emprego de dinheiro público, de modo que suas práticas deveram estar previstas para a inclusão do gasto público no orçamento estatal [...] (*apud* LEMOS; LEAL, 2012, p. 38).

Não obstante, a possibilidade de que os poderes constituídos não atuem de forma a determinar as políticas afirmativas gera desconforto social e desestabilidade no seio da comunidade, em especial, da parcela da população que necessita do real funcionamento das políticas de inclusão, que beneficia a sociedade como um conjunto que se desenvolve comumente de forma diversificada, respeitando as ideologias e questões culturais de cada indivíduo. Neste ponto, verifica-se que uma das instituições permanente estruturada na formação do Estado, a qual é por diversas vezes incumbida de conduzir questões de significativa importância, como a em análise, é o Poder Judiciário, como apregoa Andreas J. Krell;

[...] No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vestuto dogma da Separação dos Poderes em relação aos controles dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais [...] (KRELL, 2002, p. 22).

3.1 Da atuação do Poder Judiciário nas políticas de inclusão

O poder judiciário é, por conseguinte, incumbido de analisar e configurar a aplicação de ações afirmativas de políticas sociais. Vanice Regina Lírio do Valle assevera que é importante a atuação do “Judiciário como a instituição perante a qual possam desembocar as demandas atinentes às promessas constitucionais incumpridas” (*apud*, CONSEDEY, 2014, p.01), porém a atuação do Poder Judiciário na determinação de políticas de inclusão não pode ser encarada como algo habitual, haja vista não ser esta a sua função.

Neste segmento, a atuação do Poder Judiciário caminha no limite do que é facilmente compreendido como a “separação de poderes”. As limitações do Poder Judiciário para atuar nas questões referentes as políticas de inclusão, tratadas anteriormente, tem como ponto de partida os artigos 5º e 7º da Carta Magna, de 1988, por meio dos quais limita a faculdade do Poder Judiciário de fundamentar as ações afirmativas das diretrizes comprometidas com as mudanças da qualidade da sociedade. Há quem defenda o “ativismo judicial”, uma vez que as omissões de atos normativos acarretam desconforto, não somente do ponto de vista institucional, mas também configuram descompasso com os ideais da sociedade que exige ações assertivas, sejam para a determinação de políticas de inclusão como para não realização de tais políticas. Assim nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] é que deve compreender a atuação da Jurisdição constitucional no controle das políticas públicas, pois, considerando-se a fundamentalidade dos direitos que essas ações visam concretizar, não haveria condições de se relegar somente ao Executivo a decisão de implementar, ou não, as políticas públicas, pois, a não concretização desses direitos importaria numa forma de exclusão dos mesmos do rol de direitos protegidos pela Constituição, e, com isso, haveria retrocesso social [...]. (*apud* LEMOS; LEAL; 2012, p. 40).

3.4 Visão jurídica das políticas de inclusão

Um dos principais objetivos do poder judiciário é a busca pela pacificação por meio da justiça e do equilíbrio, não devendo, ao menos em regra, legislar ou exercer qualquer função alheia a sua alçada, mas tem como obrigação assegurar o cumprimento das ações afirmativas determinadas pelos atos dos poderes competentes. Segundo Elival da Silva Ramos, a atuação do judiciário nesta questão parte da ideia de que a:

[...] abertura da interpretação que possibilita que a Constituição suporte as modificações que a sociedade sofre ao longo dos anos, de forma que o ativismo não é necessariamente negativo, tratando-se, isto sim de uma forma do o direito se adaptar às exigências pessoais [...] (*apud* LEMOS; LEAL, 2012, p. 40).

As posturas mais conservadoras, em sua maioria, buscam a exclusividade da atuação do Poder Judiciário, limitando assim as suas funções originais, objetivando a consagração da teoria que apregoa a separação de poderes. Assim sendo, o poder judiciário almeja o equilíbrio e a justiça nas relações sociais, validando o chamado mínimo

existencial, conceito este que se relaciona com os demais princípios que asseguram a organização adequada da sociedade de forma justa e equilibrada.

Logo, não fugiria da alçada do poder judiciário a determinação das ações afirmativas de inclusão. Todavia a atuação por parte das instituições jurídicas é possível no atendimento das questões referentes ao mínimo existencial, as quais não podem esperar por apreciações políticas condicionadas às intenções dos legisladores originários. Logo, é possível a atuação por parte do judiciário, para determinar ações afirmativas nos casos em que as desigualdades ofereçam riscos evidentes ao mínimo existencial, observando as pretensões sociais e a existência de disponibilidade financeira do Estado. Assim sendo afirmam Sarlet e Figueiredo:

[...] mesmo o Estado dispondo dos recursos e tendo o poder de utiliza-los o poder de utiliza-los, não haveria obrigação de prestar alguma coisa que não fosse razoável, porque o direito à prestação corresponde ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade [...] (FIGUEIREDO; SARLET, 2007, p. 189).

Entretanto, qualquer das ações do judiciário que visem à implementação de qualquer política de inclusão devem atentar-se ao binômio da razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, não eximindo o Estado do cumprimento de suas obrigações perante a sociedade, incluindo nestas as políticas de inclusão. Consoante a isso Ricardo Lobo Torres afirma que:

[...] o fundamento do mínimo existencial está na ética e no exercício da liberdade do indivíduo, na proteção aos direitos humanos em sociedade e sua extensão abrange tanto direitos individuais quanto sociais de desenvolvimento humano [...] (*apud*, CONSEDEY, 2014, p.03).

4- BENEFÍCIOS E CONSEQUÊNCIAS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE INCLUSÃO

4.1 A economia e o Poder Judiciário

Como já determinado, as ações do poder judiciário que visam atender as demandas das políticas de inclusão e o preenchimento do chamado mínimo existencial, necessário para o livre exercício das liberdades individuais, exige das instituições jurídicas atuação supletiva nas omissões do Estado, atentando-se a capacidade financeira estatal e as reais

necessidades, uma vez que a livre utilização de recursos para o cumprimento de determinações básicas afetaria o desenvolvimento econômico natural do Estado, que não convém ser atingido por qualquer determinação afirmativa do poder judiciário que fuja das obrigações do Estado. Assim afirma Indo W. Sarlet:

[...] é exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida ‘neutralidade’ econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais da condição de direitos negativos) e a efetividade, naquilo que depende da possibilidade de efetivação pela via jurisdicional [...] (SARLET, 2008, p. 21).

A separação de poderes busca preservar a atuação exclusiva dos poderes estatais nos limites de suas competências, não havendo fim adequado em qualquer política de inclusão determinada pelo Poder Judiciário que ofereça respaldo suficiente para a violação de alicerces do Estado Democrático de Direito.

A atuação do Poder Judiciário, no que se refere à inclusão, propicia pessoalidade às relações sociais, visto que analisa as questões não somente do ponto de vista legal e normativo, mas também considerando o aspecto humano de suas decisões. Desse modo, as questões são analisadas por entidades do judiciário e recebem notável consideração por parte do sistema jurídico, conferindo assim maior determinação, em especial nas situações que envolvam omissão por parte dos legisladores originários. Entretanto, as consequências de tais liberdades conferidas ao judiciário são evidentes. No que mais afeta às políticas de inclusão, uma determinação do poder judiciário, no ato de decisões que valorizam a ideia de reservas ao mínimo existencial, pode gerar consequências como gastos, que serão debitados dos cofres públicos. Como apontado anteriormente, uma das principais questões a serem analisadas atinge as configurações econômicas de cada Estado.

Desse modo, uma nação pode ter problemas significativamente destrutivos, uma vez que debilidades sociais são comumente visualizadas na sociedade e a determinação de quais serão as prioridades das instituições estatais não é algo de fácil previsibilidade, então os gastos oriundos de decisões do poder judiciário devem atender a capacidade financeira estatal e há uma demanda justificável, porém com a necessária ampliação da atuação do judiciário na política de delimitação das ações das instituições jurídicas, estas não medem, de forma precisa, quais são as consequências exatas em escala universal de suas ações. Logo uma possível determinação do poder judiciário, conferindo a determinado indivíduo

certo direito em detrimento do Estado, não permite visualizar as consequências e os resultados universais de tal determinação.

A instituição “justiça” realizou com afincos suas prerrogativas, mas as consequências de tais atos serão suportados por todo um sistema que não mais estará sob responsabilidade do poder judiciário. A análise da justiça do mínimo existencial deve ser realizada com extrema precisão pelas instituições jurídicas, pois qualquer ação gerará uma reação, nos casos que tratam de questões de supressão social, em que há a utilização de dispêndios. É necessária a aplicação de análises técnicas que exijam conhecimento amplo de questões jurídicas, sociais e econômicas, aludindo que as ações do judiciário pretendem exigir conhecimento extrajudicial dos aplicadores do direito suplantando a original competência de atuação do judiciário. Assim apresenta Gustavo Binbenbom:

[...] a não observância da reserva do mínimo possível revela uma pretensão do judiciário, ainda que velada, de transformar o aplicador do direito em economista, sociólogo ou filósofo capaz de entender todas as engrenagens pertinentes para o deslinde de uma controvérsia [...] (*apud*, CONSEDEY, 2014, p. 04).

4.2 Das determinações jurídicas

Exposta a ideia de formação de um Estado detentor da autoridade necessária para o regramento social, é possível entender que limitações legais foram e são impostas a todos que convivem socialmente, limitando as liberdades individuais em benefício da estruturação de um Estado Democrático de Direito. Superada a ideia de que em uma sociedade democrática, que respeita as diferenças culturais e ideológicas de cada indivíduo integrante do grupo, observa-se que as diferenças resultantes destas disparidades podem desencadear fragilidades na estrutura estatal. Em razão destas debilidades existentes, as políticas de aprimoramento, que atuam de forma subsidiária na supressão de lacunas na estrutura social, fazem-se necessárias. A responsabilidade por tais medidas de supressão decorrem de ações afirmativas estatais, que visam equilibrar e estruturar a sociedade, integrando todos os indivíduos e respeitando suas diferenças pessoais. Posto isto, ter-se-á a análise das competências para o cumprimento de ações afirmativas, bem como o respaldo sob o qual se encontra a necessidade da supressão das debilidades da estrutura social.

Tais questões são evidenciadas na Constituição Federal, ao determinar o respeito e cumprimento das ações afirmativas oriundas dos direitos fundamentais dos indivíduos, apresentando, por meio do escopo constitucional, ao qual compete aos legisladores originários, à formulação de atos que auxiliem na supressão das necessidades sociais preservando a economia, assim aponta Mario de Conto:

[...] no constitucionalismo contemporâneo, esse sistema de freios e contrapesos ganha um destaque ainda maior, pois se constitui como uma forma de manutenção das funções do Estado, não podendo haver uma separação radical, ou seja, deve, de fato, haver a interpretação dos poderes para que o próprio Estado Democrático possa ser mantido, já que todos os poderes devem estar vinculados aos direitos fundamentais [...] (*apud* LEMOS; LEAL, 2012, p. 38).

Cabe ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, as opiniões e ideologias podem divergir no que concerne à necessidade das instituições estatais e da atuação do Estado em questões de natureza social, logo não é incomum que preocupações decorrentes do aparelhamento estrutural, acabem por minar a atuação das instituições estatais na reestruturação social, considerações fundadas nos riscos da intervenção estatal, em especial na economia, gerando aparelhamento excessivo das instituições administrativas.

Cabe ressaltar que a atuação das entidades jurídicas neste processo ocorre sob uma estrutura sensível, uma vez que é exigida das instituições jurídicas a adoção de medidas que não são, segundo as delimitações de separação de poderes, compatíveis, originalmente, com as funções e delimitações do poder judiciário.

A atuação do poder judiciário é um tema de significativa importância, atingindo questões variáveis e heterogêneas, como a separação de poderes, a atuação de cada poder e a possibilidade de expansão das competências do poder judiciário, além de repercutir nas políticas de inclusão, gerando consequências, tanto positivas quanto negativas, que afetam a todos. As instituições jurídicas atuam de forma subsidiária, até mesmo porque não é, em regra, permitido a elas legislar sobre políticas públicas. Porém, com a omissão das autoridades competentes, a atuação do judiciário é necessária, como já apontado esta atuação não pretende ultrapassar os limites de suas obrigações, assim é apontado nas palavras de Gisele Cittadino:

[...] ocorre que com o processo de alargamento do círculo de interpretes da Constituição e com a abertura das normas, a jurisdição constitucional assumiu,

ao menos de forma aparente, o papel de legislador concorrente, pois esta atuando de forma a corrigir o legislador ou antecipando-se a este, pois se estaria interpretando a Constituição de forma construtiva, através da jurisprudencialização, o que se convencionou em chamar de ativismo judicial [...] (*apud* LEMOS; LEAL; 2012, p. 39).

No entanto, tal atuação deve ser restringida por pressupostos, que garantem a limitação das ações jurídicas, considerando o princípio do mínimo existencial, que exige que as aplicações subsidiárias das instituições jurídicas observem a necessidade de sua competência. Neste seguimento, as entidades jurídicas devem atuar somente em questões fundamentais presentes na Carta Magna e que pertencem a estruturação social. Tal limitação visa preservar a separação de poderes e manter a exclusividade original de atuação do poder judiciário nos limites de suas competências, como prevê Américo Bedê Freire Junior;

[...] o ativismo judicial é benéfico, desde que seu uso não seja desmedido, então é necessário que os juízes se utilizem do controle jurisdicional das políticas públicas de forma ponderada, e que tenham consciência ‘para usar do ativismo na exata proporção, ou seja, sem excessos ou omissões’[...] *apud* LEMOS; LEAL; 2012, p. 41).

Superado este princípio, há também o que atinge a função prática das políticas públicas, tendo o poder judiciário liberdade e autonomia oblíqua para atuar nas questões fundamentais de cumprimento das políticas de inclusão. Deve, portanto, em suas decisões, atentar-se para as consequências decorrentes das decisões proferidas, haja vista que a determinação de implementação ou prorrogação de uma política pública não se finaliza com determinação do cumprimento de ações afirmativas, para a preservação das instituições que sustentam a estrutura do Estado, principalmente a economia.

As decisões proferidas deverão observar a adoção do máximo possível com o mínimo de dispêndios, para evitar que haja estruturação excessiva da instituição estatal, pois a intenção principal das políticas de inclusão é o progresso da sociedade, o que não seria possível sem a dispensa de custos, que devem ser maximizados para evitar a desestruturação econômica de qualquer Estado, que atue na busca de supressão estrutural da sociedade. Logo a atuação do poder judiciário é inegavelmente importante, mas tal atuação exige, de quem a aplica, discernimento e conhecimento extensivo de questões que

ultrapassam a alçada do poder judiciário, sendo este o preço pago para a resolução de debilidades sociais.

CONCLUSÃO

Tendo em vista que o Estado assumiu para si prerrogativa de organizar e determinar os regramentos que determinam a organização social, é possível ter a concepção de que o mesmo também assumiu as consequências dos resultados de sua estruturação, as desigualdades resultantes desta estruturação afetam a sociedade como um todo. Logo se tem a ideia de que a aplicação de políticas públicas é necessária, e os responsáveis, naturais pela análise e determinação das políticas de inclusão, são os legisladores originários. No entanto, estes, casos recorrentes negam tal responsabilidade fazendo-se necessário a atuação do poder judiciário que deve pautar suas decisões relacionadas e determinação de políticas públicas no princípio razoabilidade/proporcionalidade, uma vez que a observação das consequências decorrentes dos atos do poder judiciário tem de observar a capacidade financeira do Estado, sempre privilegiando o mínimo existencial, buscando o desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. *Parâmetros para a Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Regulatórios em Matéria Econômica*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COSENDEY, Maria Clara de Moraes. *Limites do controle jurisdicional das políticas públicas*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3939, 14 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27503>>. Acesso em: 24 de abril 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32ª ed., São Paulo: Editora Saraiva 2014.

EMERIQUE, Lilian Balmant. *Controle judicial das políticas públicas de direitos sociais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9709&revista_caderno=9>. Acesso em 24 de abril 2016.

GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *O Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In. Revista de Derecho Universidad de Montevideo, Montevideo, V, n. 09, 2006. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Gesta-Leal-O-control-e-jurisdiccional-de-politicas-publicas-no-Brasil-posibilidades-materiais.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2016.

LEMOS, Maitê Damé; LEAL, Mônica Clarissa, *O controle jurisdicional de políticas públicas no âmbito da verdade, justiça e reconciliação: um caminho entre o ativismo e a efetiva proteção dos direitos humanos*. In. Verdade memória e justiça: Um debate necessário, Santa Cruz do Sul/RS, 2012. Disponível em <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/verdadememoriaejustica.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2016.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang e Figueiredo, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial de direito à saúde: algumas aproximações*. Revista Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n 24. jul, de 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em 24 de abril de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 01. set, de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2016.