

LIMITES DO PROCESSO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Marcos Batistela

Procurador do Município de São Paulo,

Mestre em Direito do Estado

Os processos judiciais que têm por objeto o exercício de direitos fundamentais - previstos e garantidos pela Constituição - podem assumir formas variáveis, conforme o procedimento seguido e a natureza do provimento jurisdicional pleiteado. O seu resultado pode ser uma ordem judicial determinando um comportamento a uma pessoa jurídica, pública ou privada, ou mesmo uma pessoa natural. Exemplos disso são o "habeas corpus", o mandado de segurança e todas as ações que veiculam pedidos de suspensão ou anulação de atos administrativos ou de reconhecimento e proteção de algum direito sem conteúdo econômico imediato, como no caso de um direito difuso de natureza ambiental, oponível indistintamente ao Estado e a pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. Podem, ainda, tais processos ter como objetos direitos de conteúdo econômico, casos em que se pretende uma abstenção ou contenção da ação estatal, como aquelas decorrentes de limitações do poder de tributar ou aspectos relativos ao exercício do direito de propriedade, liberdade de iniciativa ou de profissão, etc.

Em suas variadas formas, esses processos não motivam controvérsias sobre a legitimidade do julgamento pelo Poder Judiciário, porque apresentam a configuração tradicional das ações em que o juiz decide a favor de uma das partes, dizendo a qual delas favorece o direito.

Uma outra classe de processos em que se alegam direitos fundamentais, contudo, se apresenta menos pacífica quanto à sua adequação aos critérios formais de aceitação pelo Poder Judiciário: são aqueles processos, de acordo

com a linguagem corrente, em que se discutem políticas públicas. Quanto a estas, também, é possível uma distinção: em alguns casos, alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade têm o aspecto de controle judicial das leis e atos administrativos, na forma assentada no direito nacional, e têm efeito de obstar sua aplicação; em outros casos, trata-se de ações judiciais que têm o objetivo de estabelecer ou redefinir políticas públicas.

Em matéria de políticas públicas, nada é isento de controvérsias, começando pelo equívoco conceitual. Com efeito, apesar de corrente, não existe ainda um entendimento comum sobre o que é uma política pública. Em seus aspectos propriamente jurídicos, o tema não foi objeto de tratamento específico pela Constituição de 1988 e talvez seja um daqueles assuntos que desafiam a Teoria Geral do Direito, esquivando-se de um enquadramento sistemático¹.

Esta ressalva inicial é necessária para destacar que o conceito de política pública reflete o uso comum e sua utilização não implica sua aceitação ou adesão a qualquer formulação específica: trata-se de uma opção meramente instrumental.

Se o tema de fundo - as políticas públicas - não é uniformemente compreendido na teoria jurídica, a formulação e a execução de políticas públicas por decisão judicial é objeto de extensas controvérsias, que refletem os diferentes interesses legítimos que são afetados e também as diferentes perspectivas das quais os problemas específicos podem ser observados, descritos e eventualmente mitigados ou resolvidos. Em grande parte, a dificuldade reside no fato de que normalmente não existe apenas uma solução possível para o problema reconhecido, o que afasta o Poder Judiciário e a decisão judicial do padrão tradicional de adjudicar o direito a uma das partes em litígio.

Políticas Públicas e Separação de Poderes

¹ "Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública." (*O Conceito de política pública em direito*, Maria Paula Dallari Bucci in "Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico/Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo:Saraiva, 2006. p. 47).

Em matéria de políticas públicas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de admitir, excepcionalmente, que o Poder Judiciário determine, nos casos de política pública estabelecida pela própria Constituição, sua implementação quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos político-jurídicos impositivos, comprometerem a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais de estatura constitucional (RE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello). Da forma como tem sido admitido, o controle judicial de políticas públicas mantém coerência com a concepção da separação e harmonia de poderes, reconhecendo residir primariamente nos Poderes Executivo e Legislativo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas e também com o modelo tradicional de atuação do Poder Judiciário, ao qual compete o controle da legalidade e da constitucionalidade do funcionamento dos outros Poderes do Estado, restando ou ordenando sua ação para conformá-la ao ordenamento jurídico. Com efeito, do ponto de vista material, a determinação da efetivação de uma política pública constitucionalmente definida, mas carente de implementação por duradoura omissão dos poderes públicos, em nada difere da função tradicional do juiz de adjudicar o direito a uma das partes ou, na conhecida formulação, de dar a cada um o que é seu.

Esse papel dos tribunais, além de tradicional, é ampla e expressamente reconhecido pela Constituição, inclusive com previsão de ações quanto à omissão (ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, arguição de descumprimento de preceito fundamental, etc.). O que muitas vezes ocorre é que o exercício dessa prerrogativa do Poder Judiciário pode ensejar críticas e perplexidade na decisão de casos concretos (o que é natural em casos difíceis, mas ocorre com alguma frequência, por exemplo, no tribunal do júri) e uma grande complexidade decorrente de aspectos processuais (procedimento, legitimidade para propor a ação, prova das alegações, limites e alcance da coisa julgada, etc.), os quais têm motivado o aprofundamento dos estudos e a busca de soluções para aquelas que têm sido denominadas "ações coletivas" e também para a exata compreensão das ações que têm por objeto o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos.

O debate sobre a definição, modificação e controle de execução de políticas públicas perante o Poder Judiciário comporta, no entanto, uma acepção mais dilatada, que consiste, a partir de formulações constitucionais ou legais incompletas, isto é, de disposições que não estabelecem uma política pública imediatamente reconhecível e que permitam o controle judicial de sua execução, na decisão do tribunal sobre a necessidade, a adequação e a obrigatoriedade de execução de uma política pública por um órgão estatal. Essa atuação de um tribunal na determinação da necessidade, adequação e obrigatoriedade de execução de uma política pública não se confunde com a atuação tradicional dos tribunais no controle da execução de uma política pública definida pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo e de controle da omissão de outros poderes na efetivação de políticas públicas estabelecidas anteriormente, seja pela própria Constituição, pela legislação ordinária ou simplesmente pelos planos administrativos.

A atuação dos tribunais na determinação de políticas públicas constituiria uma mudança nos fundamentos do Estado e do direito brasileiro, com implicações profundas na concepção de Estado Democrático de Direito, motivando algumas reflexões sobre sua legitimidade, conformação e efeito de suas decisões.

A primeira ideia a surgir da associação entre políticas públicas e Poder Judiciário é o princípio de separação e harmonia dos poderes que preside a organização do Estado nacional na condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. III, da Constituição). De acordo com este princípio, os poderes do Estado são atribuídos a três órgãos diferentes, os quais se diferenciam pela sua composição e pela competência que lhes é atribuída, mas exercem em conjunto a soberania nacional nos limites que lhes foram individualmente fixados pela Constituição. No Brasil, segundo a Constituição, a definição de políticas públicas compete primariamente aos Poderes Executivo e Legislativo, pela combinação de vários dispositivos constitucionais. Isto tem sido reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de manifestações do fenômeno que tem sido denominado "ativismo judicial".

As considerações relativas à definição de políticas públicas por órgãos do Poder Judiciário parecem ter origem na percepção de setores da comunidade jurídica (e talvez de outros grupos sociais) de que a perspectiva eminentemente política de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, a corrupção endêmica em suas

instâncias e a demora nos processos legislativos tradicionais são prejudiciais à efetividade dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais que demandam prestações estatais.

Estas considerações não seriam suficientes para atribuir ao Poder Judiciário uma competência que não lhe foi deferida pela Constituição de 1988, que é a origem comum de legitimidade para os poderes do Estado. Exposto de outra forma, a atuação do Poder Judiciário na definição de políticas públicas pode ocorrer, fora do exercício de sua prerrogativa tradicional de controle da legalidade e constitucionalidade da atuação dos outros Poderes, apenas quando não for prerrogativa de outros poderes do Estado, de forma a preservar não apenas a separação mas também a harmonia entre eles.

Em acréscimo, não existe nada de estranho às leis ou à Constituição, na consideração política das questões públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ao contrário, a liberdade política é garantida pela Constituição e a organização de partidos políticos é prevista como um dos elementos legítimos do Estado democrático (o capítulo sobre os partidos políticos integra o título II da Constituição, denominado "dos direitos e garantias fundamentais"). A par de não existir razão de natureza jurídica que deslegitime a condução política dos negócios públicos pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo, isto é particularmente necessário em se tratando de políticas públicas, assunto cujo próprio nome não deixa dúvida sobre sua vinculação a necessidades e interesses públicos, ainda que diretamente voltadas a apenas alguma fração do povo.

Se não tem sentido a crítica dirigida aos poderes políticos do Estado por cumprirem sua missão, somente uma visão idealizada trataria a corrupção estatal como apanágio dos Poderes Executivo e Legislativo e assunto estranho ao Poder Judiciário. As referências à corrupção dos juízes são notórias, por exemplo, na Bíblia (por exemplo, Dt 16,19 e Mq 3,11). Mas este argumento, se fosse verdadeira sua premissa, estaria conduzindo a uma outra distorção: a concentração dos poderes no Judiciário, decorrente da percepção de corrupção dos Poderes Executivo e Legislativo, não pode substituir o combate à corrupção e o adequado funcionamento dos outros poderes, sob pena de fazer desmoronar - sob o peso da concentração de poderes - a ordem constitucional que garante os direitos fundamentais que se visa a resguardar.

A demora nos processos de decisão, por sua vez, não é um argumento que possa ser utilizado em benefício de qualquer dos Poderes do Estado contra os outros, ainda que numa tomada de posição superficial se pudesse favorecer o Poder Executivo em detrimento dos Poderes Legislativo e Judiciário. O Poder Judiciário, em particular, tem sua imagem pública vinculada - justa ou injustamente não é o caso de averiguar neste momento² - à lentidão na tramitação dos processos, o que tornaria contraproducente deferir-lhe a decisão sobre políticas públicas sob este fundamento. O Poder Legislativo, ao qual ordinariamente se atribui inércia e omissão no enfrentamento das questões relativas às políticas públicas, expressa do ponto de vista político as divisões e contradições existentes no povo, o que dificulta frequentemente a formação de maioria sobre muitas questões. A falta de decisão por impossibilidade de formação de uma maioria, assim como as decisões favoráveis e contrárias a proposições legislativas, é um fenômeno eminentemente político e não comporta qualificação jurídica. Reflete, muitas vezes, a estratégia consciente de defensores de determinada proposição legislativa para evitar que seja derrotada postergando sua votação. Esta opção, como parece evidente, é igualmente legítima no território da política e diz respeito à natureza, à composição e à própria função da instituição parlamentar. Diferentemente do Poder Executivo, cujo órgão de decisão política é unipessoal, e do Poder Judiciário, cujos tribunais estão proibidos de deixar de decidir as causas que lhes são submetidas (art. 126 do Código de Processo Civil), os órgãos do Poder Legislativo têm função de representação de interesses políticos e não estão juridicamente obrigados a decidir senão por deliberação de sua maioria. Apresentar a falta de deliberação parlamentar sobre qualquer tema como omissão ou morosidade é um procedimento legítimo para a política, mas não possui conteúdo jurídico próprio (a sua dinâmica é parecida com o tema da colmatação da lacunas da lei: sob certa perspectiva, a lei não possui lacunas, dispondo sobre todos os aspectos relevantes; sobre outra perspectiva, é uma lacuna da lei a ausência de disposição sobre ponto que o intérprete considera desejável, que pode ser suprida pelo juiz com fundamento no já citado art. 126 do Código de Processo Civil).

² A percepção, no entanto, parece ser recorrente: "*hoje em dia há mais processos nos tribunais reais do que qualquer tribunal pode despachar*", lamentava o jurista ao filósofo, no "Diálogo entre um filósofo e um jurista", escrito por volta de 1666 por Thomas Hobbes (São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 56).

Estes pontos podem ser considerados mais ou menos procedentes, ter maior ou menor importância para a configuração de uma situação concreta. De qualquer forma, a decisão sobre a necessidade, a adequação e a obrigatoriedade de execução de uma política pública compete a apenas um dos Poderes do Estado porque a separação de funções foi a técnica preconizada pela teoria política desde Montesquieu e acolhida pela Constituição brasileira para prevenir a concentração de poderes (um governo sem limitação jurídica) e promover a harmonia entre os poderes constituídos (para precaver a inação por conflitos internos). No sistema constitucional, o poder dos tribunais apresenta as mesmas limitações de origem comum com os outros Poderes do Estado e goza de igual legitimidade: a definição de políticas públicas pelo Poder Judiciário parece exigir, no Brasil, emenda ou mutação constitucional.

Políticas Públicas e Processo

Uma outra esfera de considerações diz respeito propriamente aos aspectos processuais da definição de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Se fosse concedida a prerrogativa de definição de políticas públicas aos tribunais, a legislação de processo civil seria inapropriada para a condução a um julgamento justo.

A primeira das questões a surgir seria provavelmente insolúvel com os conceitos tradicionais do processo civil: quem são as partes do processo? Com efeito, toda a formulação da Teoria Geral do Processo tem como objeto o processo em que existe uma disputa excludente, em que o julgamento a favor de uma das partes implica o julgamento contrário à outra: uma parte deve perder para a outra parte vencer (art. 459 do Código de Processo Civil). Este esquema tem vigorado inclusive (não sem graves inconvenientes) para as ações coletivas, com o desenvolvimento de conceitos de substituição processual ou legitimação extraordinária, num modelo de processo subjetivo que tem como exceção as ações de controle de constitucionalidade, cujo processo é entendido como objetivo.

A definição de uma política pública, contudo, ainda que possa dar ensejo à manifestação de interesses legítimos em contraposição, não implica um julgamento binário de procedência ou improcedência, porque uma política pública

comporta diferentes formas de execução e diferentes graus de sacrifício de interesses legítimos excluídos, que são discricionários e não integram necessariamente a decisão sobre sua definição.

A inadequação da noção de parte do processo civil evidencia-se quando se constata que em todos os pólos da "ação" estão o Estado, o povo ou alguém legalmente autorizado para pleitear em seu nome: órgãos públicos dos municípios, dos estados, do Distrito Federal e da União, inclusive os respectivos ministérios públicos e defensorias públicas, o autor popular ou associações que pleiteiam em nome do interesse público ou dos titulares de direitos difusos ou coletivos. Ainda que a praxe forense seja a de pleitearem em nome próprio, fica claro que nenhuma dessas entidades pleiteia em juízo direito próprio quando o objeto de eventual processo é a definição de uma política pública. O objeto de controvérsia, na verdade, é melhor forma de realização do interesse público pela definição (ou não) de uma política pública que atinge todo o povo ou alguma classe de pessoas, mas que não deixa de ser universal por essa limitação. O julgamento de uma ação com essa configuração não pode terminar com uma "parte" vencedora e outra vencida, seja porque as partes são todas manifestações jurídicas do Estado ou do povo, seja porque não se decide a favor de uma delas contra a outra (os beneficiários - ou prejudicados - diretos da decisão não participam do processo).

A origem do direito (ou a alegação de uma melhor forma do direito), a natureza das partes e a identidade dos beneficiários da decisão implicam uma incompatibilidade quase total com os institutos do direito processual civil: litisconsórcio, litispendência e conexão de ações, causa de pedir, formulação do pedido, preclusão e revelia, meios de provas, e, conseqüentemente, coisa julgada, etc.

A definição de uma política pública, por mais duradoura ou definitiva que se possa pretender que ela seja, é sempre uma escolha contingente, baseada na seleção de alguma situação de fato que se visa a alterar para atingir objetivos determinados. Por exemplo, escolhas influenciadas por concepções políticas ficam sujeitas a mudanças na opinião pública; escolhas técnicas tornam-se obsoletas em razão dos avanços científicos; escolhas com fundamento legal e constitucional são ultrapassadas pela alteração dos atos normativos, o que ocorre com frequência atordoante nos Estados democráticos contemporâneos: sob qualquer ângulo que se

observe a formulação de políticas públicas, a passagem do tempo exerce seu efeito, corroendo suas bases de sustentação. A própria implementação de uma política pública altera a realidade que a tornou necessária ou desejável, provocando o seu desajustamento às novas condições decorrentes do seu sucesso (ou insucesso) e a necessidade de sua alteração, num processo contínuo, porque se torna insustentável, num Estado democrático, a manutenção de uma política que deixou de atender às necessidades públicas ou que passou a ser percebida como um desperdício de recursos públicos (ainda que determinada pelo Poder Judiciário).

A infixidez imanente às políticas públicas produz desafios complexos ao processo judicial. Inicialmente, o pedido formulado pode tornar-se rapidamente ultrapassado pela superveniência de fatos novos, como o surgimento de uma epidemia ou de um aumento ou diminuição populacional brusco, motivado por algum evento natural ou econômico. Da mesma forma, diferentes possibilidades podem ser apresentadas para definição de uma política pública, desde uma perspectiva conservadora ou gradualista até a opção por medidas de emergência, todas elas podendo oferecer fundamentos razoáveis para a sua adoção.

As diferentes possibilidades de que se fala trazem um elemento adicional para a complexidade do processo judicial, consistente na dificuldade de definição de pólo processual no sentido comum no processo subjetivo, não apenas porque todas as partes do processo representam o mesmo interesse público (o cumprimento da Constituição e das leis), mas também porque os participantes do processo podem pretender soluções contrárias ocupando aparentemente o mesmo pólo processual (se pensarmos, por exemplo, no caso de uma ação para a definição de uma política pública para a preservação do patrimônio histórico arquitetônico, os órgãos públicos dedicados à proteção do patrimônio histórico poderiam, num "teórico" pólo passivo, ter posicionamento materialmente concordante com integrantes de um "teórico" pólo ativo, apresentando configurações estranhas ao processo comum).

De volta ao tema da infixidez das políticas públicas, tem-se que esta característica torna praticamente impossível o fenômeno da estabilização do processo, a partir do qual as partes, os pedidos e a causa de pedir não podem ser alterados. O que surge como consequência é uma imprevisibilidade sobre a matéria da decisão judicial, que - ao contrário do processo civil tradicional - não é determinada

pelo pedido, e uma situação de fato que é de difícil adaptação às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, porque um processo marcado por tal maleabilidade apenas seria administrável pela dilatação do poder de condução do juiz em detrimento das garantias formais das partes que são a concretização das citadas salvaguardas constitucionais.

A necessidade de atualização das políticas públicas, isto é, sua adequação ao tempo e à alteração das condições materiais, não deixa, por sua vez, de ter impacto sobre outro instituto fundamental do direito processual, a coisa julgada, que foi alçada à condição de garantia constitucional pela Constituição de 1988.

A coisa julgada tem sido entendida como uma qualidade da sentença, que a torna imutável e indiscutível, sem possibilidade de reforma por qualquer recurso (art. 467 do Código de Processo Civil). A principal idéia relacionada à sentença passada em julgado é sua inalterabilidade, condição que põe em relevo os valores da certeza e segurança jurídicas nas relações entre as partes do processo e o escopo de pacificação social que preside a atividade distribuição da justiça.

A sentença imutável, apesar de constituir notável progresso da civilização, pode representar um grave inconveniente em matéria de definição de políticas públicas, por todos os aspectos que já foram apontados. Em síntese, existirá uma tensão permanente entre a necessidade de atualização, adequação ou aperfeiçoamento de uma política pública, que é da sua natureza, e inalterabilidade da coisa julgada³.

³ "The factfinding judges traditionally engage in involves the determination of past or present facts based (except for a limited set of materials of which courts may take "judicial notice") exclusively upon a closed trial record. That is one reason why a district judge's factual findings are entitled to clear-error review: because having viewed the trial first hand he is in a better position to evaluate the evidence than a judge reviewing a cold record. In a very limited category of cases, judges have also traditionally been called upon to make some predictive judgments: which custody will best serve the interests of the child, for example, or whether a particular one-shot injunction will remedy the plaintiff's grievance. When a judge manages a structural injunction, however, he will inevitably be required to make very broad empirical predictions necessarily based in large part upon policy views—the sort of predictions regularly made by legislators and executive officials, but inappropriate for the Third Branch." (*Brown vs Plata*, 563 U. S. ____ (2011). Scalia, J., dissenting).

A imutabilidade da coisa julgada introduz outro elemento perturbador da coexistência da definição de uma política pública com o processo judicial. A par de serem contingentes as escolhas de meios, uma política pública não se esgota em um simples ato de execução ou em alguns deles, mas possivelmente exigirá providências de planejamento, implementação e controle por um número indefinido de anos até que sejam atingidos seus objetivos e seja necessária sua reformulação, dando origem a um processo duradouro, com as consequências previsíveis e indesejáveis decorrentes da longa pendência (substituição do juiz, dos advogados e seus auxiliares, autos com quantidade intratável de provas e documentos, obsolescência das alegações e fatos provados, etc.), além da visível aproximação do ato de julgar com a atividade de administrar. A perspectiva de um processo judicial que não tem vocação para a extinção por causas intrínsecas é de difícil acomodação com a garantia constitucional que assegura "a todos" uma duração razoável dos processos no âmbito judicial e administrativo, ainda que se possa considerar que não é o caso de pensar em meios que garantam a celeridade da tramitação (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição).

Políticas Públicas, Investidura e Legitimidade

A estabilidade da coisa julgada e a extensão da execução da sentença proferida para definição de uma política pública exigem (ou terão como efeito) que a atividade jurisdicional seja submetida a um controle de sua adequação ao interesse público que não é usual nos processos subjetivos e produz o tipo de desgaste social que faz com que os governos sejam substituídos nos regimes democráticos, nos quais a alternância das diferentes orientações partidárias ocorre com maior ou menor frequência, mas sempre existe.

Com relação às políticas públicas, a coisa julgada combina-se com a peculiaridade de recrutamento dos órgãos do Poder Judiciário, que ordinariamente se faz por concurso, e com a natureza vitalícia de sua investidura, que constituem marcantes exceções às regras republicanas de eleição dos titulares dos Poderes do Estado e da periodicidade dos mandatos (arts. 1º, § ún., e 60, § 4º, inc. II, da Constituição), produzindo uma rara situação em que não se pode modificar uma decisão

(que se assemelha a uma lei) que se tenha tornado impopular, nem o governante que a executa. Em outras palavras, a vitaliciedade e a inamovibilidade dos juizes funcionam como impedimento para a renovação da legitimidade de que se beneficiam os titulares dos Poderes Legislativo e Executivo com a realização periódica de eleições e a confirmação (ou não) dos mandatos, o que não é desprezível quando se trata da administração de problemas complexos e sujeitos a decisões falíveis em ambiente democrático, no qual a crítica é livre e nem sempre justa ou desinteressada.

Do ponto de visto dos órgãos do Poder Judiciário, somente uma confiança inabalável em sua infalibilidade pode impeli-los a aceitar passivamente tal desafio num Estado constitucional que adota a separação de poderes em moldes tradicionais, sabendo-se que não existe a possibilidade de renovação de sua legitimidade, a qual decorre unicamente do momento de sua investidura. Neste contexto, não deixa de ser curioso que o processo de uma ação judicial sobre definição de política pública apresenta aspectos que lembram o processo eleitoral em uma sociedade democrática, na qual diferentes partidos políticos se apresentam aos eleitores buscando a adesão destes ao seu programa de governo. A diferença determinante é que, no processo judicial, existe um só eleitor (juiz) ou alguns deles (uma turma de juizes de um tribunal).

As questões suscitadas demonstram que o tema da definição de políticas públicas pelos órgãos do Poder Judiciário está muito longe de comportar uma exposição simples e unívoca. A separação funcional dos Poderes do Estado, que é sempre lembrada a este respeito, é apenas um dos pontos importantes. Outro ponto igualmente importante é a harmonia entre os Poderes do Estado, que tem assento constitucional, mas aparentemente não goza do mesmo prestígio. Qualquer que seja a solução, não é adequado perturbar a harmonia entre os Poderes, ainda que seja sob o argumento de que o fim é a concretização de direitos fundamentais historicamente desrespeitados. Este seria um erro consistente na parcialidade, na imposição, pelo intérprete ou pelo executor da Constituição, de uma parte do texto com efeito derogatório de outras partes. Talvez não fosse um erro, mas uma manifestação da falta de efetividade de todo o sistema constitucional: uma constituição da qual apenas uma parte vigora não funda uma ordem constitucional.



Além disso, o processo de definição de políticas públicas por órgão do Poder Judiciário exige uma nova elaboração processual, porque são claramente inadequados os conceitos dos processos subjetivos, previstos especialmente no Código de Processo Civil, que já se mostram de incerta utilidade nas ações coletivas e claramente inaplicáveis nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Este parece ser um óbice imediato à discussão de políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil.

Finalmente, a definição de políticas públicas por órgão judicial deve enfrentar a tormentosa questão das finanças públicas, porque não é possível a execução de qualquer política pública sem despesa pública (exceto se admitirmos a idéia de uma política pública consistente exclusivamente na omissão do Estado). Este aspecto tem origem na própria Constituição, que reserva ao Poder Executivo a formulação da proposta orçamentária e ao Poder Legislativo sua aprovação, na forma de lei (arts. 48, inc. II e 165); por um lado, diz respeito à separação e harmonia dos Poderes, porque aos tribunais não é atribuída competência em matéria orçamentária senão para elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99, § 1º, da Constituição); por outro lado, decidir pela realização de uma despesa pública implica decidir pela não-realização de outra despesa ou política pública (ou pela decretação de novos tributos), de forma que a solução de um conflito pode dar ensejo a outros, eventualmente mais complexos.

.....

BIBLIOGRAFIA

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de política pública em direito in "Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico/Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo:Saraiva, 2006.*

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista.* São Paulo:Landy Editora, 2001.

SCALIA, Antonin. Voto divergente *in Brown vs Plata*, 563 U. S. ____ (2011).