

Políticas públicas no estado democrático de direito: uma análise da legitimidade dos conselhos gestores e da judicialização das políticas públicas¹

*Sandra Ávila dos Santos**

Resumo

Este artigo aborda a democracia e sua legitimidade por meio das políticas públicas enquanto instrumentos de concretização de direitos fundamentais. Com foco nos conselhos gestores de políticas públicas e na atuação do Poder Judiciário, a legitimidade democrática e do fenômeno da judicialização das políticas são analisadas. Na primeira parte, o trabalho analisa aspectos conceituais das políticas públicas. Na segunda parte, são abordadas a implementação e a efetivação de políticas públicas por meio dos conselhos gestores municipais como forma de se delimitar as possibilidades de coadunar os interesses públicos com a participação da população nos processos decisórios. Finalmente, na terceira parte, examina-se a judicialização das políticas públicas como fenômeno (des)legitimado democraticamente, o que permitiria ou não a atuação do Poder Judiciário sobre as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Conselhos Gestores. Políticas Públicas. Judicialização.

Recebido em: 24/05/2016 | Aprovado em: 05/07/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6049>

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professora do quadro permanente do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, campi Itajaí, Balneário Camboriú e Tijucas. Advogada especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. E-mail: sandra.avila@univali.br

¹ Artigo final solicitado pelo professor Dr. Clóvis Demarchi como requisito para aprovação na disciplina Judicialização das Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

Introdução

A democratização do Brasil e a conseqüente abertura dos processos decisórios para a participação da sociedade civil em seara das políticas públicas apresenta-se como uma das principais conquistas e, paradoxalmente, é um desafio da sociedade política a partir da Constituição federal de 1988. Esse paradoxo consiste-se no fato de que os instrumentos existentes, que incentivam a participação dos cidadãos nos processos de formulação e implementação de políticas públicas, coexistem com um modelo de Estado pautado em propostas neoliberais, preocupados com a imposição de limites à atuação estatal de forma a assegurar a autonomia privada do cidadão em relação ao Estado.

Nesse sentido, este artigo propõe-se a discutir a democracia e sua legitimidade por meio das políticas públicas como instrumentos de concretização de direitos fundamentais. Com foco nos conselhos gestores de políticas públicas e na atuação do Poder Judiciário, analisar-se-á a legitimidade democrática e o fenômeno da judicialização das políticas.

Por razões metodológicas, o presente artigo será dividido em três partes. Na primeira seção, o trabalho abordará aspectos conceituais das políticas públicas. Na segunda parte, analisa-se implementação e efetivação de políticas públicas por meio dos conselhos gestores municipais, como mecanismo de delimitação das possibilidades de reunir os interesses públicos à participação da população nos processos decisórios. Finalmente, na terceira parte, será analisada a judicialização das políticas públicas como fenômeno (des)legitimado democraticamente, o que permitiria ou não a atuação do Poder Judiciário sobre as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais.

Aspectos conceituais referentes às políticas públicas

O foco nas políticas públicas constitui-se atualmente tema recorrente e com destaque no âmbito do direito. Nesse sentido, torna-se necessário abordar os fundamentos e limites dessas políticas, caracterizando-as de maneira abrangente sob o risco de esvaziar-se seu conceito. Dentre as várias possibilidades de conceituação, identifica-se a presença de elo comum entre essas possibilidades, constituindo-se no fato de que elas se caracterizam pela conjunção de ações

estatais cujo objetivo visa atender finalidade de cunho social ou econômico, ou seja, efetivar direitos.²

Salienta-se ainda a relação direta do interesse público com a finalidade da atuação do Estado, o que remete ao entendimento das políticas públicas como um conjunto de medidas, disposições e/ou procedimentos que manifestam a orientação política do Estado, regulando, ainda, as atividades governamentais que se relacionam ao interesse público. Definem-se, igualmente as ações de governo, divididas, por sua vez em diretas, de produção de serviços pelo próprio Estado, e de regulação de outros agentes econômicos.³

Por essa perspectiva, vislumbra-se a centralidade do Estado para a elaboração das políticas públicas, salientando-se, ainda, que o alcance de seus objetivos, ou seja, resultados, independem exclusivamente da viabilidade econômica, necessitando, de igual forma, que haja viabilidade política institucional, situação que, na atualidade, é facilmente identificada nas análises de políticas públicas de desenvolvimento a longo prazo relacionadas à melhoria de condições sociais de vida da população.⁴

Leciona Melo que o conceito de política pública na seara da produção legislativa “tem sido reservado para designar os sistemas legais, que definem competências administrativas, estabelecem princípios, diretrizes e regras, e, em alguns casos, impõe metas e preveem resultados específicos”.⁵

Para explicar a formulação das políticas públicas baseadas em demandas e preocupações, Kingdom⁶ utiliza-se de quatro processos responsáveis por essa formulação. Nesse sentido, primeiramente, se estabelece a agenda de políticas públicas, então consideram-se as alternativas para a formulação dessas políticas públicas que servirão de base para que se escolha aquelas que serão realizadas, escolhe-se a alternativa dominante entre as disponíveis e, por fim, implementa-se a escolhida.

O fundamento das políticas públicas é a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais por parte do Estado. Salienta-se nesse aspecto, que o pro-

² LUCCHESE, Patrícia. *Introdução: políticas públicas em saúde*. 2004. Disponível em: <<http://itd.bvs.br>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

³ LUCCHESE.

⁴ BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 173-183, jan. 2003.

⁵ MELO, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25-195.

⁶ KINGDON, J. *Agendas, alternatives and public policies*. Boston: Little Brown Publishing, 1984 apud CAPPELLA, Ana C. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, G. ARRETCHÉ, M.; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 87.

cesso de desenvolvimento transforma-se na principal política pública que deverá conformar, harmonizar e balizar as demais políticas. E no caso do Brasil, Bercovici afirma que as decisões políticas constituem-se o principal fundamento do processo de desenvolvimento.⁷

Deve-se ainda destacar o conceito atualizado de política pública adotado por Badin,⁸ como “um programa de ação governamental que resulta de um processo juridicamente regulado visando coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

A análise histórica das políticas públicas brasileiras apresenta quatro características relevantes até o início da década de 1980. Primeiramente destaca-se a descentralização financeira e de caráter decisional no âmbito federal, responsabilizando-se os municípios, no caso de serem partícipes de políticas específicas, na execução das políticas públicas formuladas. É nesse contexto que se estabeleciam as relações conhecidas como clientelistas, no âmbito das trocas de favores entre governos federal, estaduais e municipais.⁹

A segunda característica das políticas públicas até o início da década de 1980 refere-se, segundo Farah, à chamada fragmentação institucional, tendo em vista que ações desintegradas e descoordenadas eram a regra na atuação de diversos órgãos no período.¹⁰ Como terceira característica encontra-se a setorialidade, que reforça a anterior, tendo em vista que a setorialidade demonstra autonomia de cada ação e cada setor do serviço público, desarticulados em relação aos demais, perdendo, assim, a necessária atuação conjunta potencializadora do alcance dos objetivos e efeitos desejados.¹¹ Para finalizar, Farah¹² aponta como última característica a exclusão da sociedade civil do processo de formulação e implementação das políticas públicas.

Todo processo decisório relativo às políticas públicas, ações e programas do Estado, quando envolvia a sociedade civil, restringia-se ao clientelismo, ao corporativismo e ao insulamento burocrático. Nessa característica, marcadamente de um padrão não democrático, percebe-se que a ausência de mecanismos

⁷ BERCOVICI, 2003.

⁸ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 12.

⁹ FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 119-144, jan./fev. 2001.

¹⁰ FARAH, 2001.

¹¹ FARAH, 2001.

¹² FARAH, 2001.

de controle social das ações do Estado foi fator determinante, que contribuiu para que segmentos amplos da sociedade fossem excluídos da possibilidade de acesso a direitos, serviços e bens. A partir da abertura democrática e da Constituição federal promulgada em 1988, reformularam-se as políticas públicas, introduzindo-se a democratização dos processos decisórios e a equidade dos resultados das políticas públicas.¹³

Nesta perspectiva, Gerschman destacar que:

[...] foi precisamente a ideia de cidadania como motor dos movimentos sociais que promoveu a formação de uma identidade entre portadores de "iguais" carências e que conduziu à inclusão dos direitos sociais nos direitos de cidadania. As políticas sociais, adquirindo o sentido de instrumento da justiça social, passaram a ser o fio transmissor entre a sociedade e um Estado omissivo no período. A interdição do Estado torna-se insuficiente para controlar a ação coletiva destes novos atores, passando os movimentos sociais a se articular enquanto organismos políticos de representação da sociedade. A sua contrapartida, no exercício da política governamental já na democracia, os Conselhos Societários, se constituíram em tema central das políticas sociais e atravessaram a discussão política até o fim da década de 80.¹⁴

Visualiza-se nesse novo contexto que os processos de tomada de decisões relativas às políticas públicas não prescindem de estruturas e mecanismos de participação democrática que incluam o cidadão.

Políticas públicas: análise dos conselhos gestores de políticas públicas por uma perspectiva de legitimação democrática

A Constituição federal de 1988 acarretou significativa participação dos municípios que, tanto em termos de repartição de receitas e orçamentos quanto no tocante às políticas públicas, assegurou certo protagonismo capaz de promover o desenvolvimento local e, conseqüentemente, o nacional.

No debate relativo às políticas públicas, nesse contexto, destaca-se que a reforma das ações do Estado pautou-se em nova agenda inspiradora de iniciativas inovadoras até mesmo por governantes estaduais de partidos de oposição. Essa agenda de reforma consolidada pela nova Constituição federal, pautada na democratização dos processos decisórios e na equidade dos resultados das

¹³ FARAH, 2001.

¹⁴ GERSCHMAN, Silvia. Conselhos Municipais de Saúde: atuação e representação das comunidades populares. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 6, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

políticas públicas, como já apontado, condiciona os resultados à democratização. Dessa forma, as propostas enfatizadas “[...] foram a descentralização e a participação dos cidadãos na formulação e implementação das políticas públicas.”¹⁵

Ao se alterar o *locus*, de forma a privilegiar a descentralização, os municípios transformam-se em espaços de legitimação das políticas públicas pelo processo de participação direta da sociedade civil, principalmente, nos Conselhos Gestores de Políticas Públicas. Surgem os conselhos municipais no contexto dos processos de municipalização das políticas sociais, transformando-se em instrumentos auxiliares da administração pública na gestão.

Salienta-se que esses novos espaços também promovem a inclusão e estimulam a participação da sociedade civil ao possibilitar a participação na deliberação de serviços públicos, promovendo a articulação entre sociedade civil e Estado e o controle social.¹⁶ Há que se destacar que os conselhos municipais são organizações instituídas a partir do processo de redemocratização, em que a descentralização surge como base de uma gestão pública, considerada a partir de então eficiente. Alia-se a isso o fato de ser o processo de municipalização das políticas públicas uma exigência legal, apta a estabelecer relação direta entre sociedade civil e política representativa, tornando-se os conselhos municipais instrumentos de controle sobre as políticas públicas.¹⁷

Além de proporcionar o diálogo pautado na racionalidade e a consequente tomada de decisões conscientes, há que se destacar que o espaço municipal é o local mais próximo das pessoas e apto a promover as transformações da realidade, capaz de proporcionar a igualdade entre os cidadãos ao garantir o acesso aos meios de deliberação e decisão, resultando no protagonismo, inclusão e respeito às minorias.¹⁸ Considera-se ainda a relevância do desenvolvimento de políticas públicas que considerem que os limites geográficos das comunidades, muitas vezes, não são correspondentes aos limites administrativos.¹⁹

Nesse sentido, as políticas públicas, quando pensadas na dimensão comunitária, devem se adequar às particularidades locais. Esse processo torna-se

¹⁵ FARAH, 2001, p. 125.

¹⁶ CARVALHO, Juvenilda et al. Conselhos municipais: sua contribuição para o desenvolvimento local. 1999. Disponível em: <<http://anpad.org.br/enanpad/1999/dwn/enanpad1999-ap-10.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

¹⁷ CARVALHO et al., 1999.

¹⁸ JUCÁ, Roberta Laena Costa. A realização da democracia deliberativa habermasiana na esfera pública municipal: concretização do Estado Democrático de Direito. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, Brasília. p. 4176-4208. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/15_608.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

¹⁹ ETZION, Amitai. *La Tercera Vía hacia una buena sociedad*: propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Minimal Trotta. 2001.

viável, principalmente pela participação comunitária nas decisões pela via dos conselhos municipais. O processo de participação democrática e o consequente empoderamento local não é imune a problemas, principalmente se for considerada a não homogeneidade das iniciativas de políticas públicas nas esferas de estados e municípios e, para esse último, o fato de que há uma multiplicidade de capacidades para enfrentar desafios novos. Insere-se na problemática que a descentralização por si só não foi suficiente para superar o antigo padrão sustentador da relação entre sociedade e Estado, pautado nas práticas clientelistas presentes em alguns municípios.²⁰

Ainda assim, alterações significativas podem ser observadas, destacando-se entre elas que o poder local constitui-se no espaço ideal para se promover a integralização setorial das políticas públicas a partir de um recorte para um público-alvo comum. Nessa perspectiva, a promoção de políticas públicas com ações coordenadas por diversos setores, órgãos e secretarias implica na superação da setorialização e na fragmentação institucional que, como anteriormente apresentado no primeiro tópico deste trabalho, era característica típica das ações governamentais anteriores à década de 1980.²¹

Aproximação mais significativa entre governantes e governados é possibilitada no âmbito do município, local em que se visualiza de maneira mais transparente as demandas que as políticas públicas deverão atender. É nesse ente federado, o município, que as pessoas vivem e onde suas necessidades são apresentadas de maneira mais explícitas, logo, é a dimensão em que o diálogo torna-se linearmente viável com o poder público. Ou seja, é “no espaço municipal que a democracia participativa adquire força maior, dada a proximidade dos cidadãos com o governo local e com o centro de decisão”.²²

Os conselhos acabam por atuar em áreas diversificadas, com destaque para setores como saúde, educação, criança e adolescente, alimentação, assistência social e meio ambiente, dentre outros que a administração pública possa criar.

Dowbor²³ traduz, nesse sentido, que há verdadeiro reordenamento dos processos democráticos, realizados no âmbito dos municípios, e a consequente participação promovida. Para o autor, as democracias mais avançadas possibilitam

²⁰ FARAH, 2001.

²¹ FARAH, 2001.

²² MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O município e o federalismo: a participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 236.

²³ DOWBOR, Ladislau. *A reprodução social: propostas para uma gestão descentralizada*. Descentralização e participação: as novas tendências. Petrópolis: Vozes 1998. p. 24.

a participação do cidadão, hoje, em diversas organizações comunitárias, tanto na gestão da escola, do bairro em que vive, nas decisões municipais, culturais e outras de interesse público.

Articula-se a descentralização dos recursos públicos com uma evolução do funcionamento do Estado e, quando a utilização dos recursos é decidida localmente, há participação efetiva das pessoas, tendo em vista que “[...] não vão numa reunião política para bater palmas para um candidato, e sim para decidir onde ficará a escola, que tipos de centros de saúde serão criados, como será utilizado o solo da cidade e assim por diante”.²⁴

Assim, nota-se que a deliberação dos conselhos gestores de políticas públicas municipais é essencial para garantia de decisões democráticas em sede de políticas públicas ao mesmo tempo que garante a legitimidade dessas políticas ao serem cumpridas.

Nesse norte, facilita o diagnóstico das demandas da sociedade civil, promove a participação dos diversos atores e grupos sociais, dando credibilidade e fortalecendo as relações políticas.

Judicialização das políticas públicas: o controle judicial das políticas públicas pela perspectiva da legitimidade

O processo de democratização realizado na década de 1980, e materializado na Constituição federal em 1988, promoveu verdadeiro reordenamento político, jurídico e institucional no Brasil. Esse processo favoreceu o que se consignou chamar de judicialização da política, tendo em vista que a atuação do Poder Judiciário nas instâncias social, política e econômica restou (e resta) tendo relativo protagonismo.

Salienta-se, no entanto, que essa atuação não se encontra imune a críticas e a questões típicas da organização social e política nacional, originando questionamentos referentes às consequências do controle judicial das políticas públicas para o processo democrático.

Analisando-se a judicialização pelo viés constitucional, há que se considerar a carta dos direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes, materializada na separação das funções do Estado, o que possibilitou maior intervenção do Poder Judiciário na instância política por meio de participação

²⁴ DOWBOR, 1998, p. 366.

tanto nos processos de formulação quanto de implementação das ações estatais relativas à efetivação de direitos pela via da política pública.

Explica-se essa constatação pela relação estreita entre política e direito aliada à ideia de legitimidade oriunda dos processos de participação democrática da sociedade civil. Nesse diapasão, importa salientar a teoria da justiça de Rawls, pautada no ideal igualitário que subsidia a judicialização, fundamentando que o elemento primordial da justiça é a estrutura basilar da sociedade. Nesse sentido, o autor afirma ser “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”.²⁵

Assim, a seara política recebe intervenção da seara jurídica com o objetivo de garantir direitos fundamentais, além da supremacia e eficácia da própria Constituição federal. Importa salientar que o exercício da função jurisdicional é decorrente da Carta Magna, ao determinar a intervenção dentro de certos limites institucionais pautados no princípio democrático, o que não implica a invasão de competências institucionais, mas, de acordo com Verbicaro,²⁶ é atuação legítima no sentido de garantir imperativos constitucionais como os direitos fundamentais e a própria ordem democrática.

Relacionando-se a crise paradigmática da sociedade política e juridicamente organizada na atualidade com a necessidade de uma nova juridicidade, deve-se observar que essa nova juridicidade, mesmo idealizada e com novas práticas, é oriunda da crise de legitimação, das mudanças dos modos de vida e sociedade, da ampliação de prioridades materiais e da entrada, possibilitada pela democracia, de novos atores sociais, o que remete ao rompimento dos “cânones clássicos da dogmática jurídica contemporânea, mitificada pelos princípios da neutralidade científica, da completude formal, do rigor técnico e da autonomia absoluta”.²⁷

Salienta-se que em se tratando de atuação estatal, enquanto exercício da sua função, a ideia de governança implica na articulação entre sociedade e Estado para implementação de procedimentos e normas que se constituirão em políticas públicas. Apesar de o processo decisório surgir das demandas sociais

²⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 04.

²⁶ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200003>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

e por meio da soberania popular, sua aplicação poderá se dar por meio do Poder Judiciário, seja exercendo o controle de constitucionalidade como exercendo sua função jurisdicional nos casos e que a administração pública e o Poder Legislativo se omitirem.²⁸

Há que se destacar que os poderes públicos encontram-se vinculados à concretização da dignidade humana, e isso implica no dever uníssono dos poderes integrantes do Estado de protegê-lo e efetivá-lo por meio da tutela da vida humana, que se constitui duplamente razão do Estado e pressuposto de exercício para os demais direitos.²⁹

Pelos preceitos expostos, resta clara a possibilidade de atuação judicial, quando constatadas a inexistência ou ineficácia das políticas públicas por omissão dos poderes Legislativo e Executivo, desde que essa atuação não seja legislativa, mas jurisdicional.³⁰ Assim, a judicialização das políticas públicas constitui-se e novo paradigma para os direitos fundamentais e remete à superação do modelo de separação dos poderes.

Ao se abordar a separação das funções de Estado, deve-se analisar as competências concorrentes e, neste sentido, com novo ordenamento estabelecido pela Constituição, tanto omissões quanto inércias por parte dos poderes Executivo e Legislativo poderão ser suprimidas pela atuação do Poder Judiciário por meio dos instrumentos previstos na própria Constituição democrática, que além da participação popular direta ou por ações específicas (como a ação popular), criou a ação civil pública³¹.

O exercício da função jurisdicional, e sua legitimidade, pauta-se ainda na teoria *check and balances*, que, por sua vez, se baseia no fato de que não haveria ingerência ao controle da finalidade dos atos que deveriam ser praticados pelos demais poderes, com vistas a se alcançar a harmonia entre eles.

Por fim, encontra-se a legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas na própria Constituição federal, ressaltando-se que esse poder não se encontra na vontade da maioria. Nesse sentido,

²⁸ FERRARESI, Priscila. Justiça constitucional e a governança ambiental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 51-73, jul./dez. 2011.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³¹ STRECK, Lênio Luiz. *As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental: 1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ao Poder Judiciário caberia um novo patamar no interior do estado democrático de direito, colegitimação constitucional e não política, fundamentando-se tal legitimidade, de maneira intangível, nos direitos fundamentais. Seria “[...] uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”.³²

Considerações finais

A análise das políticas públicas deve considerar primordialmente a compreensão de que elas se constituem no principal instrumento do Estado para implementação de direitos fundamentais. Quando inseridas na lógica de um estado democrático, deve-se considerar, ainda, que a partir da sociedade serão legitimadas as decisões políticas por meio do envolvimento motivado dos segmentos sociais, superando, dessa forma, as fronteiras erigidas pelo ideário que considera somente a democracia representativa como legítima.

Há que reforçar que o enfrentamento de demandas sociais não prescinde de legitimação das decisões públicas, sejam elas políticas ou normativas, com vistas que seus destinatários tornem-se sujeitos ativos do processo decisional. Nesse sentido, a atuação dos conselhos gestores no âmbito das políticas públicas claramente restou legitimado democraticamente, tendo em vista ser mecanismo de participação direta da população, seja quando deliberativo ou consultivo.

A questão delicada pousa sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em relação ao controle das políticas públicas, o que se convencionou chamar de judicialização das políticas. Há que se destacar que, diante de omissão da administração pública no tocante à implementação de ações e serviços efetivadores de seus deveres constitucionais, o Poder Judiciário tem o poder e, igualmente, o dever constitucional de atuar com o objetivo de não permitir violação aos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, o papel do Poder Judiciário no estado democrático de direito constitui-se em interpretar as leis e a Constituição, resguardando assim os direitos fundamentais e garantindo o respeito ao ordenamento jurídico-constitucional. Há que se considerar que muitas vezes caberá a este poder

³² LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 73.

do Estado dar sentido às normas jurídicas, na exata medida dos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição.

Assim, o controle das políticas públicas por meio do Poder Judiciário apresenta-se como legítima quando limitada a atuação jurisdicional, salientando-se que essa atuação não se constitui em criar políticas públicas, mas de impor sua execução, tendo em vista que estão previstas constitucionalmente nas demais leis. Não invasão ilegítima às funções típicas dos demais poderes, apenas controle finalístico da atuação do Estado.

Para concluir, sem, no entanto, esgotar a temática, o controle jurisdicional das políticas públicas fundamenta-se na teoria dos pesos e contrapesos previstos na Constituição federal e, como é função do Judiciário utilizar mecanismos de fiscalização de atos e omissões dos demais poderes que inviabilizem o exercício dos direitos fundamentais, não há que se falar em invasão ilegítima de esferas e competências.

Public policy in the democratic state of law: an analysis of the legitimacy of managers councils and the judicialization of public policy

Abstract

This article discusses democracy and its legitimacy through public policies as instruments to the concretion of fundamental rights. Focusing on public policy management councils and the judiciary action, democratic legitimacy and legalization phenomenon of policies are analyzed. In the first part, the paper presents the analysis of conceptual aspects of public policy. In the second part, it address the implementation and execution of public policies through municipal management councils as a way to delimit the possibilities of line up public interest with public participation in decision-making. Finally, in the third part, it examines the legalization of public policy as a democratically (des)legitimized phenomenon, which would allow or not the performance of the judiciary on public policy for realization of fundamental rights.

Keywords: Democratic state of Right. Managing advice. Public politics. Judicialization.

Referências

- BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 173-183, jan. 2003.
- CAPELLA, Ana C. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, G., ARRETCHE, M.; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- CARVALHO, Juvenilda et al. *Conselhos municipais: sua contribuição para o desenvolvimento local*. 1999. Disponível em: <<http://anpad.org.br/enanpad/1999/dwn/enanpad1999-ap-10.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016
- DOWBOR, Ladislau. *A reprodução social: propostas para uma gestão descentralizada. Descentralização e participação: as novas tendências*. Petrópolis: Vozes 1998. p. 24.
- ETZIONI, Amitai. *La Tercera Vía hacia una buena sociedad: propuestas desde el comunitarismo*. Madrid: Minimal Trotta. 2001.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 119-144, jan./fev. 2001.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FERRARESI, Priscila. Justiça constitucional e a governança ambiental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 51-73, jul./dez. 2011.
- GERSCHMAN, Silvia. Conselhos Municipais de Saúde: atuação e representação das comunidades populares. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 6, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.org>>. Acesso em: 6 fev. 2016.
- JUCÁ, Roberta Laena Costa. A realização da democracia deliberativa habermasiana na esfera pública municipal: concretização do estado democrático de direito. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. *Anais...* p. 4176-4208. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/15_608.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- KINGDON, J. *Agendas, alternatives and public policies*. Boston: Little Brown Publishing, 1984.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- LUCHESE, Patrícia. *Introdução: políticas públicas em saúde*. 2004. Disponível em: <<http://itd.bvs.br>>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- MELO, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O município e o federalismo: a participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental: 1988-1998, uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200003>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.