



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE HUMANIDADES OSMAR DE AQUINO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**ARTIGO:
CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA BUSCA DA EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

POR: ARTUR EMÍLIO DA CUNHA E SILVA FILHO

**GUARABIRA – PB
2014.**

ARTUR EMÍLIO DA CUNHA E SILVA FILHO

ARTIGO:

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA BUSCA DA EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso ao Departamento de Ciências Jurídicas, Curso de Direito, da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, Campus III, como cumprimento para obtenção de nota final.

Orientadora: Ms. Kilma Maisa de Lima Gondim.

GUARABIRA – PB
2014.

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586c Silva Filho, Artur Emilio da Cunha e
Controle judicial de políticas públicas na busca da efetivação
dos direitos fundamentais [manuscrito] : / Artur Emilio Da
Cunha E Silva Filho. - 2014.
24 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades,
2014.

"Orientação: Kilma Maisa de Lima Gondim, Departamento
de Direito".

1. Políticas Públicas. 2. Direitos Fundamentais. 3. Poder
Judiciário. I. Título.

21. ed. CDD 361.25

ARTUR EMÍLIO DA CUNHA E SILVA FILHO

**ARTIGO:
CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA BUSCA DA
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso ao Departamento de Ciências Jurídicas, Curso de Direito, da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, Campus III, como cumprimento para obtenção de nota final.

BANCA EXAMINADORA

Trabalho de conclusão de curso aprovado em _____ de _____ de 2014.

Kilma Maísa de Lima Gondim

Prof.^a Ms. **KILMA MAISA DE LIMA GONDIM (UEPB)**
(Orientador)

Jucinara Maria Cunha dos Santos

Prof.^a **JUCINARA MARIA CUNHA DOS SANTOS (UEPB)**
(Examinador)

Francisco Elias Bento de Assis

Prof. **FRANCISCO ELIAS BENTO DE ASSIS (UEPB)**
(Examinador)

Artigo:

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

ARTUR EMÍLIO DA CUNHA E SILVA FILHO
E-mail: artur.emilio@hotmail.com
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB
Centro de Humanidade Osmar de Aquino – Campus III
Departamento de Ciências Jurídicas

RESUMO

A Constituição Federal prevê um extenso rol de direitos fundamentais, dotando-os de eficácia imediata. Em face disso, cabe ao Estado elaborar e concretizar políticas públicas com o fito de respeitar os ditames constitucionais. Não obstante, os Poderes Legislativo e Executivo, como responsáveis primários na realização de políticas públicas, não têm, em muitas ocasiões, atuado de forma a satisfazer os anseios constitucionais, a respeito dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Diante desse quadro, surge a discussão a respeito do controle de Políticas Públicas por parte do Judiciário. O presente artigo tem como função precípua analisar os aspectos e decorrências desse controle. Para tanto, fazem-se necessárias considerações sobre direitos fundamentais e políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Direitos Fundamentais. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil bring a long list of fundamental rights, these are immediately applicable. Thus, the State has the competence to formulate and materialize public policies to respect the Constitution. But the Legislative Power and the Executive Power don't, generally, act to satisfy wishes of Constitution relative fundamental rights, mainly the social rights, though they are the main responsible to implemente public policies. Therefore, arise the discussion about the intervention of the Judicial Power on public policies. The main function of this paper is to analyze aspects and consequences of judicial intervention.

KEYWORDS: Public Policies. Fundamental Rights. Judicial Power.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, influenciada pelo *neoconstitucionalismo* (ou constitucionalismo contemporâneo¹) do segundo pós-guerra, traz uma série de garantias e direitos fundamentais aos cidadãos.

O neoconstitucionalismo veio como uma reação em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Como leciona Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 39):

O neoconstitucionalismo destaca-se como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Uma das diversas contribuições oriundas do constitucionalismo contemporâneo encontra-se na transformação dos próprios textos constitucionais hodiernos. A professora Ana Paula de Barcellos² afirma que, sob a ótica material, uma marca distintiva do neoconstitucionalismo é a incorporação explícita de valores e opções políticas no corpo dos textos constitucionais, sobretudo no que tange à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

As constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação).

Diante esse hodierno movimento constitucional, que reposiciona as Constituições ao centro dos sistemas jurídicos e que dá real primazia aos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais, resta evidenciado que todas as funções

¹ Terminologia adotada pelo professor Marcelo Novelino no seu *Direito Constitucional*, 6ª edição, Ed. Método, p. 32 e seguintes.

² BARCELLOS, Ana Paula de. “*Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*”. Disponível: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acessado em: 02 de junho de 2014.

do Estado – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário – devem ter como vetor principal, na sua atuação, os ditames constitucionais, incluindo-se, assim, os direitos fundamentais.

Nesse ponto, surgem as políticas públicas. Os órgãos representativos da democracia – o Legislativo e Executivo – devem buscar, por meio da idealização e realização de políticas públicas, o atendimento aos anseios constitucionais. Quando, inoportunamente, esses Poderes não dão a devida atenção às materiais constitucionais, surge a discussão da possibilidade de controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário.

Numa percepção elementar do assunto, vê-se que os direitos fundamentais se servem das políticas públicas para que sejam concretizados e haja uma verdadeira mudança no meio social. Em face dessa correlação, faz-se vital a consideração dos direitos fundamentais postos na Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, a análise conceitual e os desdobramentos das políticas públicas.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO E FUNÇÕES

O doutrinador Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 542) sugere a seguinte definição para os direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecida no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

Pode-se concluir, então, que os direitos fundamentais, no aspecto material/substancial, são pretensões descobertas, num dado momento da história, em face do valor da dignidade humana.

Os direitos fundamentais têm diversas funções na relação Estado-indivíduo. Georg Jellinek³ construiu uma teoria, no final do século XIX, que fornece 4 (quatro)

³ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, p. 306 e seguintes.

status dos indivíduos em relação aos direitos fundamentais, a saber: *status subjectionis* (*status* passivo); *status negativus* (*status* negativo); *status civitatis* (*status* positivo) e *status activus* (*status* ativos).

No *status* passivo, o indivíduo está em posição de inferioridade ao Estado, tornando-se, assim, um verdadeiro detentor de deveres para com os Poderes Públicos. Nessa relação, o Estado pode vincular juridicamente o indivíduo por intermédio de proibições e ordens.

Diante do *status* negativo, o indivíduo detém um poder juridicamente delimitado no qual o Estado não pode intervir. Assim, o indivíduo, dotado de personalidade, conta com uma esfera individual de liberdade imune à atuação dos Poderes Públicos. Trata-se de liberdades asseguradas em face do Estado.

Pelo *status* positivo, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que realize uma prestação. Está-se diante de uma situação positiva, da qual derivam autênticos direitos públicos subjetivos.

No *status* ativo, o indivíduo tem a competência de participar na formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito do voto. O indivíduo exerce os direitos políticos.

Dessa teoria de Jellinek, podem-se extrair as espécies de direitos fundamentais colocados em pauta com mais frequência, a saber: direitos de defesa (ou direitos de liberdade), direitos a prestações e os direitos de participação.

Em linhas gerais, os direitos de defesa impõem ao Estado um dever de abstenção, de não adentrar na seara de autodeterminação de cada indivíduo. Servem como verdadeiros limites à atuação estatal. A Constituição Federal de 1988 traz, especialmente no art. 5º, um extenso rol de direitos dessa natureza. Pode-se citar: a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV), a liberdade de crença e de exercício de culto (inciso VI), a liberdade de locomoção, entre outros.

Em contrapartida, os direitos a prestação exigem a atuação do Poder Estatal com o fito de dirimir as desigualdades na sociedade. Resultam da concepção social

do Estado. Podem ser dados como exemplos os direitos sociais⁴ positivados no art. 6º da Constituição Federal, tais como: educação, saúde, moradia, entre outros.

O aumento no rol dos direitos fundamentais se dá com as circunstâncias e exigências de um dado momento histórico. Por isso, faz-se necessária a consideração dos direitos fundamentais em gerações (ou dimensões).

2.2 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a doutrina do professor Marcelo Novelino⁵, os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, de acordo com as necessidades de cada época. Vale ressaltar que o surgimento de novas gerações não representa a extinção das anteriores. Essas gerações têm como características a complementaridade/cumulabilidade.

Em síntese, pode-se afirmar que a doutrina majoritária⁶ elenca 4 (quatro) gerações de direitos fundamentais, a saber: primeira geração (direitos civis e políticos); segunda geração (os direitos sociais, econômicos e culturais); terceira geração (os direitos de solidariedade) e quarta geração (o direito à democracia e os direitos relacionados à biotecnologia). A seguir, as duas primeiras citadas gerações serão analisadas.

A primeira geração dos direitos fundamentais começou a tomar contornos no final do século XVIII, com o advento das revoluções liberais. A burguesia reivindicava a limitação dos poderes do Estado, concentrado nas mãos do Monarca, até então absoluto, com o fito de respeitar as liberdades individuais. A demanda daquela época era garantir a liberdade de cada indivíduo, que andava sendo tolhida por governantes despóticos. Como frisa Felipe de Melo Fonte (2013, p. 84 – 85) “*no modelo pretérito a reunião de poderes nas mãos do soberano implicava a sua insubmissão às próprias regras que criava. O postulado da irresponsabilidade do monarca trazia em si a evidência de que o direito comum destinado aos súditos, não*

⁴ Art. 6º, da Constituição Federal: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵ NOVELINO, Marcelo, op. cit., p. 403.

⁶ Nesse sentido: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 584 – 595; NOVELINO, Marcelo. op. cit., p. 403 – 405.

se aplicava ao próprio Estado que o produzia.” Aqui se exige apenas um *non facere* do Estado.

Inobstante, como o decorrer do tempo, outras demandas, agora de cunho social, surgiram. Os indivíduos, além de liberdade, precisavam de prestações materiais diante da crescente desigualdade social. Melo Fonte (2013, p. 87) traz alguns motivos que evidenciam essa mudança de paradigma, um daqueles é que:

O processo de industrialização promoveu migração de uma grande contingente de pessoas para as grandes cidades, já que as indústrias precisavam de mão de obra barata e em larga escala. Com o passar do tempo e a superveniência de crises econômicas, formou-se um excedente de trabalhadores desempregados, de modo que os empresários e empregadores acabaram por desejar transferir ao Estado os encargos de cuidar destas pessoas.

Em face dessa nova realidade, surgiu, nas primeiras décadas do século XX, o chamado constitucionalismo social que trouxe o reconhecimento da necessidade de positivizar direitos sociais – demandantes de prestações materiais por parte do Estado – nos textos constitucionais. Como exemplos desse movimento, têm-se as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919). Esses direitos sociais constituem a segunda geração dos direitos fundamentais.

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Magna de 1988 traz, no título II, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Sob o citado título, há diversos grupos, a saber: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

De antemão, vê-se que o Constituinte originário se preocupou em alocar os direitos sociais no título dos direitos fundamentais, colocando um termo final na celeuma doutrinária concernente ao entendimento que os direitos sociais não constituem direitos fundamentais.

Ainda é digno de nota que a vigente Constituição instituiu, no parágrafo primeiro do seu art. 5º, que as normas definidoras de direitos fundamentais têm

aplicação imediata. Para Eros Roberto Grau⁷, esse dispositivo indica a imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independentemente de concretização legislativa.

Esse comando constitucional ainda deve ser encarado como um mandado de otimização para os Poderes estatais nas suas respectivas atuações. Impõe ao Estado a obrigação de agir consoante os ditames constitucionais, preocupando-se com a concretização dos direitos fundamentais. O Estado utiliza as políticas públicas para cumprir o mandamento constitucional. Em razão disso, o próximo tópico analisará com mais vagar as políticas públicas.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Preliminarmente, pode-se deduzir que o termo “*políticas públicas*” está intimamente ligado ao conjunto de atividades concretizadas pela Administração Pública para o atendimento dos mandados constitucionais e legais, cabendo-lhe, conseqüentemente, a implementação de programas e ações de naturezas diversas.

Com o intuito de trazer um conceito técnico sobre políticas públicas, Felipe de Melo Fonte (2013, p. 49) expõe:

Políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública. Assim, a política pública pode ser decomposta em normas abstratas de direito (e.g. Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (e.g., os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinada função, os decretos regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (e.g., o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais públicos, as lições de professor em estabelecimento de ensino etc).

Desse conceito de políticas públicas, extrai-se que cabe ao Poder Legislativo e, sobretudo, ao Poder Executivo a competência para realizá-las. Levando-se em

⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 311 e seguintes.

consideração esse caráter duplo na legitimidade no que tange as políticas públicas, faz-se mister a feitura de um procedimento. A doutrina política⁸ entende que esse procedimento é formado, basicamente, por 4 (quatro) etapas, a saber: a definição de agenda pública; formulação e escolha das políticas públicas; implementação pelo órgão competente; avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.

A definição da agenda pública, em linhas superficiais, é o reconhecimento de um problema pelo governo⁹. Os representantes do povo – legisladores e administradores públicos – tem como incumbência o aferimento de um dado problema e a sua inclusão na discussão pública.

Reconhecido o problema, passa-se a segunda etapa: a formulação e escolha das políticas públicas. Aqui, a lei será o parâmetro para a decisão. Melo fonte (2013, p. 54) afirma que:

Enquanto ao legislador cabe exercer a discricionariedade de maneira quase ilimitada, apenas constricto pelos limites constitucionais (e, no caso das constituições programáticas, pelas suas exigências de ação), o administrador somente poderá agir dentro dos limites balizados pela legislação (e pelo próprio texto constitucional).

Na terceira etapa – a implementação das políticas públicas –, os planos se transformam em ação concreta do Estado. Aqui são realizados os atos administrativos propriamente ditos, tais como: realizações de licitações, publicação de editais etc. Por fim, a quarta etapa se resume na avaliação das políticas públicas.

3.2 LEGITIMIDADE NA INICIATIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como brevemente já delineado no subtópico anterior, a responsabilidade na iniciativa da idealização e concretização das políticas públicas recai sobre os Poderes Legislativo e Executivo. É importante que assim seja realmente, levando-se em consideração o caráter democrático-representativo desses Poderes.

⁸ Nesse sentido: FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50 e seguintes.

⁹ Nesse sentido: HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*, 1995, p. 104.

As políticas públicas, na sua totalidade, implicam em custos financeiros e os recursos públicos são limitados. Como afirma Melo Fonte¹⁰, os direitos previstos na Constituição Federal que demandam a ação financeira do Estado não caberiam sequer dentro do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

Diante dessa realidade, faz-se necessário que haja uma escolha no sentido de indicar onde os recursos serão investidos. Nada mais democrático que a escolha seja feita, prioritariamente, pelos órgãos representantes, pelo menos em tese, da vontade popular. Além disso, o Poder Executivo conta com a técnica administrativa e uma visão sistêmica da Administração Pública, possibilitando, assim, resultados mais eficazes, como decorrência de suas decisões.

Não obstante, sempre ao fazer a escolha de políticas, a Administração Pública está atrelada aos princípios e regras constitucionais. Caso assim não proceda, poderá surgir a atuação do Poder Judiciário nessa seara, como será aduzido em tópico posterior.

O exposto nesse subtópico se coaduna com o ensinamento do professor Osvaldo Canela Junior (2011, p. 56), ele afirma que

A atividade legislativa, ante o princípio da legalidade, cria as normas de conduta dos agentes públicos adequadas à realização dos objetivos do Estado. As normas de conduta vinculam a intervenção humana dos agentes públicos, representada pela atividade administrativa, e a destinação do patrimonial estatal. Caso esta atividade não se harmonize com os objetivos do Estado, a jurisdição promoverá o realinhamento necessário.

3.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma marca característica das políticas públicas é que estas se constituem em atos administrativos discricionários. A discricionariedade é elemento indissociável da ação governamental, tendo como referência a Administração Pública.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 973) conceitua a discricionariedade como:

¹⁰ FONTE, Felipe de Melo, op. cit. p. 15.

A margem de “Liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

A discricionariedade concede ao administrador público a prerrogativa de eleger, dentre vários possíveis meios, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.

Não obstante representar certa liberdade ao agente público, o poder discricionário sofre limitações decorrentes da lei. Não se pode olvidar que há uma grande diferença entre discricionariedade e arbitrariedade. Quando o administrador age com discricionariedade, ele se pauta nos limites e finalidade trazidos pela lei. A discricionariedade está intrinsicamente ligada aos interesses da coletividade. Em contrapartida, a arbitrariedade é perceptível quando o agente atua fora dos limites da lei. A arbitrariedade é totalmente incompatível com a noção de Direito.

Com supedâneo nas noções de políticas públicas aduzidas nesse tópico, poder-se-á adentrar na análise do controle por parte do Poder Judiciário das políticas públicas.

4. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Prosperou por muito tempo, na doutrina e jurisprudência pátria, a ideia de absoluta não intervenção por parte do Poder Judiciário na seara das Políticas públicas, pela sua natureza discricionária e política e por outros óbices que serão analisados com mais vagar em tópico próprio.

No entanto, a inércia por parte do Legislativo e ação ineficaz (ou até omissão) do Executivo relacionadas aos direitos fundamentais, ao lado da crescente demanda de prestações sociais, têm sido os motivos que levaram a doutrina jurídica discutir sobre a possibilidade do adentramento do Poder Judiciário, em caráter excepcional, numa área eminentemente política.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello¹¹ expõe essa possibilidade de maneira, ao afirmar que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

4.1 RAZÕES QUE POSSIBILITAM AO JUDICIÁRIO BRASILEIRO EXERCER CONTROLE SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A jurisprudência dominante, na última década, vem entendendo que há situações excepcionais que permitem e até mesmo exigem uma atuação por parte do Judiciário no controle das políticas públicas.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello foi relator na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45/DF e exarou a decisão com a seguinte ementa:

EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Na citada ADPF, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) pleiteava a suspensão do veto presidencial do art. 59, §2º da Lei n. 10.707/2003¹², que tratava

¹¹ Entendimento demonstrado na decisão da ADPF 45, que será objeto de estudo no próximo subtópico.

sobre as diretrizes para a elaboração do orçamento da União Federal para o ano de 2004. O PSDB argumentou que as verbas destinadas à pasta da Saúde eram tradicionalmente partilhadas em quatro rubricas: ações e serviços de saúde; encargos previdenciários; serviço da dívida; gastos do Ministério da Saúde subsidiados com os recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP. Assim, o veto presidencial propiciaria que as verbas destinadas ao pagamento da dívida, ao custeio da previdência e aos gastos com recursos do FUNCEP passassem a ser incluídas no cômputo do mínimo orçamentário destinado à saúde pública. Por fim, o arguente argumentou que o veto presidencial afrontou os dispositivos do art. 6º e 196 da Constituição Federal, que versam sobre a proteção à saúde – direito fundamental constitucionalmente previsto.

Antes de a ADPF ser julgada, o Presidente da República encaminhou projeto de lei ao Congresso Nacional trazendo de volta o dispositivo até, então, vetado. Essa reviravolta foi aprovada no Congresso Nacional, tornando-se, assim, o processo sem necessidade.

Apesar da perda de objeto da ação, o Ministro de Celso de Mello proferiu uma extensa decisão com intuito claramente doutrinário, defendendo dois motivos ensejadores do controle judicial de políticas públicas, a saber: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrazoada, *in verbis*:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de **modo irrazoável** ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, **aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo**, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo

¹² “Art. 59. (...) § 2º *Para efeito do inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza*”.

por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

4.1.1 MÍNIMO EXISTENCIAL

O professor Felipe de Melo Fonte (2013, p. 207) explana:

O mínimo existencial, ao menos no que tange aos direitos prestacionais, deve ser tido compreendido como sinônimo de prestações mínimas para que sejam preservadas a liberdade e dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial e intangível, o qual compreende (i) a subsistência do ser humano, (ii) a capacidade de autodeterminação e (iii) a capacidade de participação nas decisões públicas.

Vê-se, portanto, que o *mínimo existencial* está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio está positivado na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil¹³. Como já exposto na introdução do presente artigo, com o advento do neoconstitucionalismo, a dignidade da pessoa humana passou a ser o valor principal a ser protegido pelo Estado.

Como corrente na doutrina, o *mínimo existencial* tem caráter absoluto, sendo, assim, deve ser garantido mesmo que seja contrário à vontade das majorias que por ventura comandem o Poder.

Em face do *mínimo existencial*, o Poder Público tem a obrigação de fornecer diversas prestações aferíveis no caso concreto. Pode-se citar como decorrência do *mínimo existencial* o direito à saúde e à educação básica. A saúde é indispensável à manutenção da vida e educação, à formação intelectual do cidadão, garantindo-lhe, assim, a capacidade reflexiva.

Ainda sobre o direito à saúde, o informativo de n. 582 do Supremo Tribunal Federal traz o voto do Ministro Celso de Mello na Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR/CE, que entende que:

¹³ Constituição Federal. Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário. O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis.

Feitas essas considerações, resta claro que o Poder Judiciário deve interferir nas políticas públicas quando a Administração Pública não atende – seja por omissão ou ação insuficiente – aos fins previstos na Constituição Federal no que tange os direitos mínimos necessários à vida digna de um indivíduo. O Judiciário não deve permitir que os ditames constitucionais sejam solenemente ignorados pelos outros Poderes.

4.1.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade, como princípio constitucional implícito e explícito infraconstitucionalmente¹⁴, deve ser um norte para a atuação da Administração Pública.

A razoabilidade, em consonância com o ensino de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 61), “*é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa*”.

Como bem aduz a professora Fernanda Marinela (2011, p. 49), o princípio da razoabilidade:

Representa um limite para a discricionariedade do administrador, exigindo uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade legal de outro. Agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de

¹⁴ Art. 2º da Lei nº 9.784/99: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

maneira ilógica, incongruente. A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto terá o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.

Um ato desarrazoado é, na verdade, um ato ilegal e não inconveniente. Nesse diapasão, quando o Judiciário está analisando um ato que contraria a razoabilidade administrativa, ele está fazendo um controle de legalidade.

Caso a Administração Pública concretize uma política pública que afronte claramente o princípio da razoabilidade, o Poder Judiciário tem o dever de ordenar a correção de tal política.

4.2 LIMITES NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Embora a jurisprudência dos Tribunais Superiores indique a possibilidade do controle judicial, em caráter excepcional, de políticas públicas, alguns doutrinadores entendem que esse tipo de controle não é viável em virtude de dois principais óbices, a saber: o *princípio da separação dos poderes e a reserva do possível fática e jurídica*.

De antemão, vale registrar que esses argumentos são pertinentes, têm respaldo jurídico, porém não podem obstar completamente o controle judicial das políticas públicas. Devem servir como limites a essa atividade do Judiciário.

4.2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes está consagrado na Constituição Federal, no art. 2º, como um aspecto fundamental do Estado brasileiro, constituindo-se até em cláusula pétrea¹⁵.

A separação dos poderes tomou contornos jurídicos por ocasião da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), como resultado da Revolução Francesa. O art. 16 do citado documento legal dispunha que “*toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição*”.

¹⁵ Art. 60, § 4º, Constituição Federal: *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes.*

A ideia da separação dos poderes, historicamente, tem como finalidade evitar a concentração dos poderes nas mãos de um só titular, uma vez que essa concentração favorece o arbítrio – coisa incompatível com o Estado Democrático de Direito. Era o que entendia o maior propagador dessa ideia, Charles de Montesquieu. Ele¹⁶ defendia que o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo, não poderia exercer essas três funções: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências entre os indivíduos, sob pena de colocar tudo a perder.

A doutrina costuma aduzir ainda outra finalidade da separação dos poderes, a saber: a salvaguarda dos direitos fundamentais¹⁷. O Judiciário deve ter independência para reconhecer os direitos, por ventura, tolhidos pelos outros Poderes. Vê-se, portanto, que a separação de poderes está a serviço do cumprimento dos direitos fundamentais.

Faz-se necessário, ainda, afirmar que a separação de poderes deve ser entendida juntamente com a *teoria dos pesos e contrapesos*. Essa teoria traz a ideia que cada um dos Poderes do Estado, além de cumprir as suas funções típicas, devem fiscalizar e limitar a ação dos demais. Um Poder estatal não pode agir com absoluta liberdade, ele está subordinado aos ditames constitucionais.

Assentadas essas premissas, resta claro que, ao fazer o controle de Políticas Públicas, o Judiciário está simplesmente praticando uma de suas atribuições: o controle de constitucionalidade de atos normativos ou administrativos. É nesse sentido que Osvaldo Canela Junior (2011, p. 94) entende, ao dizer que:

Não é possível a invocação do princípio da separação de poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social. O Poder Judiciário, durante o exercício do controle de constitucionalidade, não interfere na esfera exclusiva de atribuição das demais formas de expressão do poder estatal, porque atua exclusivamente no âmbito jurisdicional.

O esperado é que a Administração Pública pautе as suas atividades nos ditames constitucionais, concretizando, assim, os anseios do Constituinte com relação aos direitos fundamentais. Quando os agentes públicos não agem dessa

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Coleção os Pensadores, v. XXI. São Paulo: Abril, 1973. Pág. 157.

¹⁷ Nesse sentido: FONTE, Felipe de Melo, op. cit., pág. 159 e seguintes.

forma, é necessário que o Judiciário corrija o ato administrativo. Nesse caso, a atuação do Judiciário nessa seara depende de uma omissão ou prestação deficitária da Administração.

Não obstante, é vital que os agentes do Judiciário ajam também adstritos à Constituição Federal. Como já salientado no subtópico acima, a intervenção do judiciário nas políticas públicas tem vez quando os outros Poderes deixam de dar a devida atenção ao *mínimo existencial* e quando age de forma desarrazoada. Fora isso, o Judiciário não deve intervir no mérito administrativo, sob pena de imiscuir nas atribuições dos demais Poderes.

4.2.2 RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível¹⁸ pode ser compreendida em dois aspectos: a reserva do possível fática e a jurídica. É significativa a diferença das duas espécies, logo é necessário que haja uma abordagem diferenciada.

Reserva do possível fática é a falta de recursos financeiros públicos para a prestação de serviços e bens. Não dá pra negar a limitação de recursos.

Esse tipo de problema pode, realmente, obstar o controle judicial de políticas públicas, uma vez que não seria de bom alvitre o Judiciário exarar uma decisão que sabidamente não pode ser cumprida. Vale ressaltar que esse problema – a ausência de recursos suficientes para a realização de determinada prestação – não pode ser presumido. Pelo contrário, no caso concreto deve ser comprovada a total ausência de recursos públicos para o adimplemento da obrigação estatal. Na prática, é difícil se constatar a ausência total de recursos, tendo em vista o caráter solidário das obrigações entre os entes federados. Se o município não tiver condições de arcar com tal obrigação destinada à saúde, por exemplo, deve se socorrer do estado ou da União.

O Estado tem a obrigação de dar prioridade às políticas públicas destinadas ao cumprimento do *mínimo existencial*, sendo assim, os Poderes Públicos devem otimizar os seus recursos, utilizando-os na concretização das políticas públicas essenciais. Exemplificativamente, o Estado deve utilizar o dinheiro público,

¹⁸ Nesse sentido: FONTE, Felipe de Melo, op. cit., pág. 136 e seguintes; NOVELINO, Marcelo, op. cit., pág. 633 e seguintes.

prioritariamente, na saúde pública, educação, planos de moradia, entre outros direitos que visem o respeito à dignidade da pessoa humana, deixando outros setores não tão essenciais em segundo plano.

A reserva do possível fática deve levar o Estado a procurar utilizar melhor os seus recursos financeiros, até porque como registrado pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45 – objeto de estudo do presente artigo –,

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Reserva do possível jurídica implica na não violação de regras e princípios de direito orçamentário por parte do Estado na realização de uma despesa, ainda que haja dinheiro suficiente para tanto.

Alguns doutrinadores entendem que as decisões judiciais que implicam numa obrigação de fazer por parte do Estado podem resultar em desrespeito à Lei de Orçamento Anual, entre outros diplomas legais. Melo Fonte (2013, p. 137) elucida a questão ao exemplificar:

Se as tutelas judiciais em matéria de saúde, por exemplo, ultrapassarem a rubrica orçamentária destinada ao tema, o administrador terá que fazer despesa além do que está autorizado, sujeitando-se à responsabilização política, nos termos do art. 85 da Constituição, e até mesmo por improbidade administrativa, haja vista a violação do art. 167, II, do texto constitucional. Portanto, esses limites podem ser traduzidos na vedação de obrigar alguém a fazer o impossível, argumento que não é totalmente estranho ao direito.

Vê-se, portanto, que esse é um caso polêmico. Há um aparente conflito entre as regras que demandam prestações sociais – o mínimo existencial – e as regras orçamentárias. O orçamento é algo que deve ser encarado como importante e deve ser respeitado, uma vez que representa, pelo menos em tese, as decisões dos representantes do povo. Então, honrar o orçamento significa respeitar a soberania popular.

Em face disso, faz-se necessária encontrar uma solução capaz de unir essas questões. Pode-se citar como uma solução para isso, num caso não urgente e que se possa esperar, a determinação judicial ao Poder Legislativo para que seja incluída, no próximo exercício, a despesa constitucionalmente esperada. Isso é altamente benéfico, uma vez que permite que a política pública seja uniforme e universalizada, alcançando, assim, mais pessoas.

No entanto, caso a demanda seja urgente, a alternativa mais justa e que se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana é conceder a tutela de determinada direito fundamental, mesmo que as rubricas do orçamento não sejam respeitadas. Nesse caso, o Poder Legislativo tem como sanar tal situação por meio da abertura de créditos suplementares – destinam-se a cobrir despesas não previstas inicialmente.

Repise-se que o orçamento público deve ser utilizado como instrumento para concretização dos mandados constitucionais. Quando o Legislativo aprova a Lei Orçamentária anual (LOA), os seus agentes devem dar total prioridade às despesas referentes ao atendimento do *mínimo existencial*, sob pena de frustrar os compromissos constitucionais.

Dessa forma, a reserva do possível jurídica não constitui um completo óbice ao controle judicial de políticas públicas, uma vez que, como apontado acima, há alternativas que permitem a adequação do orçamento às eventuais despesas oriundas da obrigação de fazer determinada pelo Judiciário.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, resta evidenciado que o controle judicial de políticas públicas tem caráter excepcional, sendo necessário quando o Poder Legislativo e, sobretudo, a Administração Pública não formulam e concretizam políticas públicas com o fito de atender os ditames constitucionais relacionados ao mínimo existencial.

Os aparentes óbices – princípio da separação dos Poderes e reserva do possível – à atuação proativa do Poder Judiciário, pelos motivos já aduzidos, não devem ser encarados como obstáculos absolutos, mas sim como um limitador aferível no caso concreto aos magistrados ao decidir sobre a constitucionalidade de uma omissão ou prestação deficitária por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

A ideia do controle judicial de políticas públicas é defender o vetor principal trazido pelo *neoconstitucionalismo*: a dignidade da pessoa humana. O Judiciário não pode ficar alheio aos desrespeitos à Constituição Federal provocados pela inércia dos outros poderes, intervindo, dentro dos limites da ordem jurídica, nas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. “*Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*”. Disponível: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acessado em 02 de junho de 2014.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. “*Manual de Direito Administrativo*”. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumes Iuris, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle judicial de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Toronto: Oxford University Press, 1995.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos, Buenos Aires: Albatros, 1981.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “*Curso de Direito Administrativo*”. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles. *Do espírito das Leis*. Coleção Os Pensadores, v. XXI. São Paulo: Abril, 1973.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012.
- OLIVEIRA, Rafael. “*Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos*”. Disponível em: <http://www.professorrafaeloliveira.com.br/artigos.asp>. Acessado em 16 de junho de 2014.