



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO
CONSTITUCIONAL

ESTELA DE ALMEIDA LIMA MARTINS

OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL: O CONTROLE
JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO

FORTALEZA-CE
2015

ESTELA DE ALMEIDA LIMA MARTINS

**OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL: O CONTROLE
JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial à obtenção da certificação de especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional.

Orientadora: Prof.^a M.^a Tainah Simões Sales Thiago.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Estadual do Ceará

Sistema de Bibliotecas

Martins, Estela de Almeida Lima.

Os direitos sociais e o mínimo existencial: o controle jurisdicional de políticas públicas para a sua concretização [recurso eletrônico] / Estela de Almeida Lima Martins. - 2015.

1 CD-ROM: 4 ¼ pol.

CD-ROM contendo o arquivo no formato PDF do trabalho acadêmico com 59 folhas, acondicionado em caixa de DVD Slim (19 x 14 cm x 7 mm).

Monografia (especialização) - Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional, Fortaleza, 2015.

Orientação: Prof.ª M.ª Tainah Simões Sales Thiago.

1. Direitos Sociais. 2. Mínimo Existencial. 3. Controle Jurisdicional. 4. Políticas Públicas. 5. Judicialização da Política. I. Título.

ESTELA DE ALMEIDA LIMA MARTINS

OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL: o controle jurisdicional de políticas públicas para a sua concretização

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Aprovada em: 10/12/2015

BANCA EXAMINADORA

Tainah Simões Sales Thiago

Prof^a Ms. Tainah Simões Sales Thiago (Orientador)
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Rosila Cavalcante de Albuquerque

Prof^a. Dr^a. Rosila Cavalcante de Albuquerque
Universidade Estadual do Ceará- UECE

Silvia

Prof^a. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima Paleni
Universidade Estadual do Ceará – UECE

Ao Pai Celestial, por sua infinita bondade e
compaixão.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, por me ensinarem que o conhecimento é o maior bem que podemos conquistar; pela referência de honestidade, humildade e honradez, e, acima de tudo, por mostrarem que os caminhos difíceis me levariam as maiores vitórias.

RESUMO

Este Trabalho monográfico tem como objetivo analisar a possibilidade do Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil, como forma de garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais e, conseqüentemente, do Mínimo Existencial; possibilitando ao cidadão uma nova opção de rogo, quando esse tem os seus direitos violados ou não concretizados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Para tanto, foram analisados os institutos do Mínimo Existencial e os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito e o fenômeno da Judicialização da Política. Busca-se apresentar quais seriam os pressupostos da atuação e tecer os limites a serem observados pelo Poder Judiciário, de modo a garantir legitimidade à atuação jurisdicional em sede de políticas públicas. Busca, ainda, apresentar, de maneira breve, a posição dos Tribunais Superiores no Brasil. A metodologia utilizada foram a pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa documental.

Palavras-chave: Direitos Sociais, Mínimo Existencial, Controle Jurisdicional, Políticas Públicas, Judicialização da Política.

ABSTRACT

This Monograph has the purpose to analyze the possibility of the judicial review of public politics in Brazil, as a way to ensure the realization of the social fundamental rights and, consequently, the minimum existential; allowing to the citizens new asks, when he has his rights violated or not fulfilled by the legislative and executive powers. For this purpose, were analyzed the institutes of the minimum existential and social rights in a democratic state and the phenomenon of the politic legalization. It seeks to show the preconditions of the actuation and determine the limits to be observed by the judiciary, in such a way to ensure its legitimacy in public politics. It still seeks to show, briefly, the positioning of the superior tribunals in Brazil. Were applied methodologies like bibliographical research, just as well documental research.

Keywords: Social Rights, Minimum Existential, Judicial Review, Public Politics, Politic Legalization.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL	11
2.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	11
2.2	MÍNIMO EXISTENCIAL: PRESSUPOSTO À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	15
3	AS CRÍTICAS FEITAS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E OUTROS LIMITES.	18
3.1	AS CRÍTICAS.....	18
3.2	RESERVA DO POSSÍVEL, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE: LIMITES AO CONTROLE JURISDICIONAL	25
4	CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	28
4.1	OS DIREITOS SOCIAIS, AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O CONTROLE JURISDICIONAL	29
4.1.1	Políticas públicas.....	30
4.1.2	Jurisdição constitucional e sua consequência: a judicialização da política.....	34
4.2	LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA REALIZAR O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	37
4.3	A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: UMA BREVE ANÁLISE DE ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	39
4.3.1	O direito à Saúde	40
4.3.2	O direito à Educação	45
4.3.3	ADPF 45/2004.....	47
5	CONCLUSÃO	50
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A atualidade tem nos levado à construção de uma moderna democracia, em que o Judiciário ganha cada vez mais atuação na vida social e na política estatal. Cada vez mais a sociedade busca a concretização dos seus direitos fundamentais sociais por meio do Judiciário, o que obriga esse Poder a intervir nas chamadas políticas públicas.

Nesse crescente protagonismo do Judiciário, surgem várias questões quanto à legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas, e é sobre esse tema que a presente monografia irá se debruçar, tendo em vista que os pensadores do Direito não podem deixar de vislumbrar a relevância do tema.

A priori, serão examinados os direitos sociais e a sua relação com o princípio do mínimo existencial, sendo necessário abordar a teoria da jusfundamentalidade dos direitos sociais, para entender esses como necessários à concretização do mínimo existencial na vida do cidadão.

Logo após, analisar-se-á as críticas feitas ao controle jurisdicional de políticas públicas e os limites impostos a esse controle.

Depois, abordaremos o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil de maneira mais objetiva.

Para isso, inicialmente, será abordada a relação entre os direitos sociais e as políticas públicas, visto que esse controle se reportaria, em especial, a realização destes direitos, buscando efetivá-los judicialmente, quando o Poder Público se exime de fazê-lo. E, para tanto, também se estudará o conceito de políticas públicas, a fim de diferenciar essas, das questões meramente políticas e puramente discricionárias, as quais não caberiam intervenção do Judiciário.

Será examinado o crescente fenômeno do ativismo judicial na vida política do Estado, correlacionando-o com o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito instaurado no Brasil e, serão delimitados os pressupostos legitimadores à intervenção do Judiciário nas políticas públicas.

Todo esse estudo teve por base a doutrina e também os posicionamentos dos Tribunais brasileiros, aliás, será desenvolvido um tópico específico para apresentar os entendimentos por hora fixados por nossos Tribunais.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica e documental.

O trabalho se desenvolveu, sobretudo, com base na doutrina que defende a atuação Judicial nas chamadas Políticas Públicas que buscam efetivar os Direitos Fundamentais, e em especial, os Direitos Sociais, previstos na Constituição, más também, foram utilizados os entendimentos fixados na Jurisprudência, para que, desta forma, fosse possível elaborar e enumerar as principais características e conclusões a respeito do tema.

2 OS DIREITOS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL.

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

O surgimento dos Direitos Fundamentais se confunde com o nascimento e desenvolvimento dos modelos constitucionais de Estado.

O modelo constitucional do liberalismo, que se preocupava em proteger o indivíduo da ingerência do Estado, deu origem ao que chamamos de primeira geração de direitos fundamentais, ou como podemos definir, o direito das liberdades ditas negativas, que, segundo Cambi (2011), seria a liberdade que se resume na possibilidade da pessoa agir sem ser impedida, constrangida ou obstaculizada por outras pessoas, abrangendo todo impedimento natural ou social ao exercício do direito.

Em suma, pode-se destacar como característica mais importante do Estado Liberal de Direito a “positivação” dos direitos individuais dos particulares oponíveis ao Estado, destacando-se o voto, a liberdade de pensamento e a defesa da propriedade particular.

Outra importante característica do Estado Liberal de Direito é a separação de poderes, que à época, tinha-se a noção da teoria clássica de Montesquieu, ideia essa desenvolvida a partir da noção de tripartição de poderes de Aristóteles e passando pela sistematização de John Locke.

A teoria da Separação de Poderes de Montesquieu buscava atingir os fins do Estado à época: Resistir ao poder absoluto, garantindo que o indivíduo fosse livre. Desta forma, ele condicionou a liberdade à separação entre as funções do Estado em legislativa, executiva e judicial. Seu argumento baseava-se na ideia de que a reunião desses poderes em uma única mão faria surgir leis tirânicas e exequíveis também de maneira tirânica, por isso a divisão de Poderes era a solução final do problema de limitação da soberania, ou seja, decompondo-se a soberania na pluralidade dos Poderes salvar ia-se a liberdade.

Desta forma, o próprio Estado criaria leis que limitassem a sua atuação, ou seja, ele se autolimitava no sentido de que o Estado só poderia fazer aquilo que estava expressamente em lei, enquanto que o indivíduo particular gozava de liberdade no sentido de que: o que não fosse proibido estava permitido. Assim o que tínhamos era um Estado que intervinha de forma inexpressiva na economia e na sociedade.

Pode-se afirmar que o Estado Liberal foi uma vitória da burguesia e da nobreza, pois a democracia era fraca, e era exercida apenas para garantir a liberdade jurídica de uma parcela formada por indivíduos instruídos e ricos, em detrimento dos pobres e sem instrução que formavam a massa operária, assim, a igualdade tão pregada na concepção liberal, era meramente formal, pois todos eram tratados de igual maneira, sem considerar suas situações fáticas e jurídicas, o que acabava por tutelar as classes economicamente mais favoráveis, e impedia que o Estado intervisse na sociedade para proteger os menos favorecidos.

Por outro lado, com o surgimento do fenômeno histórico da Revolução Industrial, as massas operárias passam a assumir uma relevância social e com isso surgem os sindicatos como representantes dessas massas. Então, do Estado, passa a ser exigido um outro comportamento: atender o bem comum.

Esse bem comum seria garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social, fazendo surgir então os direitos fundamentais de segunda geração: os direitos econômico-sociais.

Desta forma, a atuação do Estado passa a ser positiva para que o cidadão possa fruir dos direitos de liberdade da primeira geração e dos direitos de segunda geração também.

Neste cenário temos a transição do Estado liberal para o Estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração que se somam aos de primeira geração, modificando, assim, substancialmente a concepção do Estado e as suas finalidades.

A evolução da sociedade passou a exigir um novo tipo de atuação do Estado, se antes este deveria se abster, agora dele passou a exigir-se o contrário: a atuação positiva e direta na vida do particular.

No Brasil, com a edição da Constituição Federal de 1988, se fixou, no art. 3º, os *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com esta previsão o Estado Social de Direito transforma-se em Estado Democrático de Direito, pois para atingir esses *objetivos fundamentais*, o Estado tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social.

[...] o Estado Democrático de Direito, teria (tem?) a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do estado Social de Direito – vinculado ao Welfare State neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. (STRECK, 2014, p. 60-61).

Portanto, o Estado Democrático de Direito, ou Estado Democrático Constitucional como alguns autores denominam, é o modelo de Estado que vem consolidar os direitos fundamentais de primeira geração [direito das liberdades dita negativas - conquistas liberais], os direitos fundamentais de segunda geração [direito das liberdades ditas positivas - conquistas do Estado Social] e os direitos de terceira geração [direitos difusos e coletivos – como o meio ambiente e os direitos dos consumidores – conquista da sociedade civil organizada].

Assim sendo, o Estado Democrático de Direito é resultado da ultrapassagem dos modelos liberal-individual e social-coletivo, da força normativa das constituições rígidas e do acréscimo das diversas dimensões dos direitos fundamentais, conforme explica Streck (2014), *in verbis*:

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do estado Social. É nesse sentido que ele é um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que, os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. (STRECK, 2014, p. 61).

E, por ser o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito, os Direitos Fundamentais têm seus princípios proclamados e consagrados em nossa Constituição:

A Constituição Federal de 05.10.1988 agasalhou, no seu Título II [Dos Direitos e Garantias Fundamentais] um extenso e diferenciado rol de posições jurídicas expressamente designadas de fundamentais, logo após ter enunciado os princípios e objetivos fundamentais, dentre os quais desponta a dignidade da pessoa humana, expressamente guindada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. Sem que se possa aqui adentrar a discussão em torno da qualidade ‘jusfundamental’ de todas as posições jurídicas consagradas [mais de uma centena] no Título II, comunga-se da tendência majoritária no sentido de reconhecer que todos os direitos e garantias lá positivados são fundamentais e que em favor da opção expressa do Constituinte milita uma presunção em prol da fundamentalidade tanto dos

assim designados direitos e deveres individuais e coletivos, quanto dos direitos sociais [incluindo extenso elenco de direitos dos trabalhadores], dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos. Não fosse assim – e sem que se vá considerar outros argumentos – os poderes constituídos passariam a ter prerrogativa de, com base em critérios exclusivamente materiais de fundamentalidade [por exemplo, uma determinada teoria de base ou orientação ideológica], refutar a condição de direitos fundamentais a alguns [ou mesmo muitos, a depender da concepção de fundo utilizada] dos direitos enunciados pelo Constituinte ou mesmo negar-lhes, no todo ou em parte, seu regime jurídico privilegiado (SARLET, 2008, p. 248-249).

Em suma, os Direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos subjetivos positivados na Constituição Federal, ou em normas infraconstitucionais, “intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2009, p. 20).

Eles são direitos que conferem aos seus titulares a pretensão de que se adote um determinado comportamento em respeito à dignidade da pessoa humana – direito subjetivo -, e também são direitos que compõem a base do ordenamento jurídico – são elementos constitutivos do direito objetivo.

No Brasil é possível agrupar os direitos fundamentais em quatro grandes categorias, que os repartem em: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos (BARROSO, 2002).

Os direitos políticos “abrangem o direito de nacionalidade. Pelo primeiro, o indivíduo é incorporado na comunhão nacional para uma série de efeitos, que compreendem prerrogativas e deveres. Pelo segundo, se reconhece ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral [intervenção pelo voto na composição dos órgãos do Estado] e a capacidade eletiva [participação pessoal na composição dos órgãos do Estado]” (BARROSO, 2002, p. 100).

Os direitos individuais “frequentemente denominados liberdades públicas, são a afirmação jurídica da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares” (BARROSO, 2002, p. 101).

Os direitos sociais - direitos econômicos, sociais e culturais - passam “a considerar o homem para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. A intervenção estatal destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros” (BARROSO, 2002, p. 101).

E os direitos difusos “caracterizam-se por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade. Integram essa natureza de interesse a preservação do meio-ambiente, a defesa da qualidade dos produtos e a garantia contra manipulações de mercado [proteção ao consumidor] e a salvaguarda de valores culturais e espirituais [proteção ao patrimônio histórico, artístico e estético]” (BARROSO, 2002, p. 101-102).

2.2 MÍNIMO EXISTENCIAL: PRESSUPOSTO À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.

O fato de os Direitos Fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituído (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000) e ainda, o Judiciário, por ser o guardião da Constituição, revela-se o mais importante “concretizador” dos Direitos Fundamentais.

Em outras palavras, o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, estão vinculados aos Direitos Fundamentais, ou seja, o Poder Público em geral está “obrigado” a respeitar e a efetivar os Direitos Fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Nesse sentido, os Poderes, inclusive o Judiciário, devem agir e limitar-se de modo a concretizar os Direitos Fundamentais.

Como dito anteriormente, o papel do Poder Judiciário se revela ainda mais importante, pois a defesa de Direitos Fundamentais é da essência da sua função (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000). Nesta acepção, explica Sarlet:

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso [e em função disso] o controle de constitucionalidade dos atos dos demais

órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consonante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É neste contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial **a Jurisdição Constitucional** por intermédio de seu órgão máximo **que definem, para si mesmo e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais** (SARLET, 2010, p. 372-373, grifo nosso).

Mas qual a razão dos Direitos Fundamentais?

A razão dos Direitos Fundamentais é proporcionar ao cidadão o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana:

Na busca pela efetivação desses e dos demais objetivos, contemplados, sobretudo, nos direitos fundamentais e sociais, tenta-se considerar e, então, garantir um núcleo de condições jurídicas e materiais indispensáveis à existência humana digna, o que se denomina de *mínimo existencial* (SALES; CORTEZ, 2015, p. 329).

Torres nos ensina que “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas” (2009, p.35). Dessa forma, esse mínimo existencial se apresenta em dois aspectos (TORRES, 2009):

[1] Como proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas, representado pelo direito à subsistência, protegendo o cidadão, pobre ou rico, dentro dos limites mínimos necessários à garantia da dignidade humana, contra a constrição do Estado ou de terceiros, e;

[2] Como proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais matérias em favor dos necessitados.

Assim, o mínimo existencial é direito de *status negativus* e de *status positivus*, ou seja, “é direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais” (TORRES, 2009, p. 184).

O nosso constituinte não indicou como esse mínimo existencial seria garantido, mas ao positivar os Direitos Fundamentais, sobre tudo os Direitos Sociais, especialmente nos artigos 6º e 7º da Carta Magna, seu desejo era de que toda interpretação constitucional fosse uma atividade voltada para a busca da efetividade da Constituição e conseqüentemente à concretização do mínimo existencial (MARMELSTEIN, 2009).

Assim, o Judiciário, como interprete da Constituição, deve interpretá-la de modo a garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais garantindo o mínimo existencial.

O mínimo existencial é garantido por meio do desenvolvimento de Políticas Públicas que busquem efetivar os Direitos Fundamentais.

Desta forma, a garantia ao mínimo existencial, uma vez descumprido, justifica e dá ensejo à intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas, conforme será visto nos próximos capítulos deste trabalho.

3 AS CRÍTICAS FEITAS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E OUTROS LIMITES .

Antes de continuar o estudo e adentrar no controle jurisdicional das políticas públicas, faz-se necessário analisar as críticas feitas a esse tema e, em especial, examinar a teoria da reserva do possível, visto que se trata do limite mais relevante ao controle ora estudado, pois a reserva do possível reflete a condição fática do Estado em colocar o direito em prática.

Pode parecer estranho adentrar esse assunto antes mesmo de explorar o controle jurisdicional propriamente dito, entretanto, é de suma importância entender as críticas e os limites ao controle, para quando se estudar o controle jurisdicional possa-se, desde já, compreendê-lo sem excessos e com sua legitimidade bem fundamentada.

3.1 AS CRÍTICAS

As críticas ao controle jurisdicional das políticas públicas partem daqueles comprometidos com a defesa de uma hermenêutica constitucional restritiva, em outras palavras, daqueles que defendem um controle restrito da Administração Pública (MEDAUAR, 2004) por parte do Judiciário. Veja-se, *in verbis*, na lição de Medauar, o posicionamento dos que abrigam um controle restrito da Administração:

Uma das questões relevantes no tratamento do tema do controle jurisdicional da Administração diz respeito ao alcance da atuação do judiciário.

Há um posicionamento favorável ao controle restrito. Em geral, os argumentos dessa linha são os seguintes: impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação de poderes, daí o âmbito do Judiciário ser a legalidade em sentido estrito; os integrantes do Judiciário são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. De acordo com essa linha, no controle do ato administrativo o Judiciário apreciaria somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto (2004, p. 468, grifo nosso).

O primeiro e principal argumento contra o controle judicial é o da Separação de Poderes, pois, ao decidir sobre Políticas Públicas, o Judiciário estaria usurpando a função do Executivo, tendo em vista que as Políticas Públicas são programas e ações de governo.

A outra crítica feita ao controle judicial das Políticas Públicas é quanto à questão da legitimidade democrática dos juízes, ou seja, quanto ao fato dos integrantes do Judiciário serem desprovidos de mandato eletivo; o que não lhes daria legitimidade para apreciar questões relativas ao interesse público, assim, a crítica argumenta que a Jurisdição Constitucional, ao

controlar matéria referente a Políticas Públicas, não seria compatível com a democracia, e, conseqüentemente, estaria adentrando a uma instância política, instância da qual não teria legitimidade para adentrar.

Nessa persuasão, continuam a afirmar que efetivação judicial dos direitos fundamentais estaria “além da dogmática jurídica” (CAMBI, 2011, p. 265), pois o juiz não teria como analisar as conseqüências de sua decisão para toda a coletividade, mas apenas a conseqüência para o indivíduo em particular, como explica Cambi, *in verbis*:

Critica-se, pois, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, por que tais decisões vão além da dogmática jurídica. A inexistência de dinheiro para satisfazer a implementação de todas as necessidades sociais exige escolhas alocativas de recursos, que são típicas opções políticas, pautadas por critérios de *macrojustiça* [o quanto disponibilizar e a quem atender]. Não estaria o Judiciário vocacionado para isto, devendo resolver apenas os problemas da *microjustiça* [ou da justiça do caso concreto], uma vez que não teria como levar em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Com efeito, não poderia examinar pretensões à prestação de um direito fundamental social, porque não teria como analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (CAMBI, 2011, p. 265).

Desta forma, podem-se enumerar as principais críticas: o Princípio da Separação dos Poderes seria desrespeitado; o Judiciário estaria adentrando ilegitimamente em uma instância política e, conseqüentemente, teríamos um grande domínio dos Tribunais e uma conseqüente restrição da soberania popular; e as decisões poderiam ser prejudiciais à coletividade, pois os juízes não possuiriam a aptidão técnica necessária a enfrentar assuntos complexos e dilemas distributivos que as Políticas Públicas ensejam.

Passa-se agora a desmistificar essas críticas. Inicialmente se tratará da Separação de Poderes.

O termo Separação de Poderes deve ser entendido como Divisão das Funções do Estado, pois, caso o contrário, estar-se-ia admitindo que o Poder do Estado está fracionado entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ou seja, o termo Separação de Poderes permanece e se apresenta em nosso texto constitucional por uma mera tradição:

O termo é errado, atécnico. E por uma simples razão. O poder, decorrente da soberania é uno e indivisível, pois que a soberania é uma só. E a soberania é uma só porque o titular do poder soberano, quem seria? É o povo. E o povo, elemento constitutivo do Estado, é – e só pode ser – único. Daí que, por se possuir um “poder” soberano, este, para ser limitado, deve ser fracionado suas funções principais em órgãos distintos.

Separação de órgãos ou funções, ou mesmo divisão de órgãos, portanto, seria um termo mais consentâneo com a doutrina da Ciência Política (PAULA, 2005, p. 24-25).

Na realidade, o Poder é uno e indivisível, pois a soberania é una, e possui apenas um único titular: o povo. Entendimento esse que se encontra expresso no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

Art. 1º. [suprimido].

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Não há dúvidas da importância da teoria da Separação de Poderes para a Ciência Política e para o Direito Constitucional, pois:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com retorno do arbítrio e da ditadura (MORAES, 2010, p. 415).

Para isso a Constituição Federal de 1988 confiou aos três tradicionais Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, o exercício da soberania da União.

Todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo (ZANETTI JUNIOR, 2011, p. 48-49).

Como se pode vislumbrar, a teoria da Separação de Poderes não pode ser entendida como um dogma, pois a sua formulação clássica concebida por Montesquieu não se adequa ao Estado Democrático de Direito hoje existente, e inclusive pelo fato do Poder do Estado ser uno e indivisível, ou seja, o Poder não se triparte, o que ocorre é que ele se manifesta através de órgãos específicos que exercem funções distintas e que se fiscalizam entre si.

E assim a teoria da separação dos poderes [art. 2.º da CF/88] muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão [ou Poderes]. Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes (CANELA JUNIOR, 2009, p. 17-19 apud GRINOVER, 2011, p. 128).

Nesse esteio, entende Grinover que:

Mas os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados (2008, p. 12-13).

Alguns doutrinadores defendem inclusive o emprego do termo Separação de Órgãos ou Funções, ou mesmo divisão de órgãos, em substituição à Separação de Poderes, como termo mais adequado:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característico do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento [Câmara dos Deputados], enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes* (SILVA, 2007, p. 109).

Mas independente do termo empregado, pois o que importa é o entendimento dado a este instituto, o importante é se ter em mente que o Poder soberano é uno, e o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de Separação de Poderes, o constitucionalismo moderno determina como divisão de tarefas estatais, de atividades entre órgãos distintos e autônomos, ou como bem resumiu Silva: “trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder” (2007, p. 109).

Desta forma, não se pode fazer uma leitura simplória do modelo puro de Separação de Poderes, tal como fora concebido pelo Estado Liberal, pois nosso modelo de Estado é outro – Estado Democrático de Direito [os objetivos e o agir do Estado é diferente do modelo Liberal Clássico]-, e pela própria dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, e por sua necessária proteção dos direitos fundamentais, como bem resume Moraes:

Lembre-se de que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente. O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” [*checks and balances*] (MORAES, 2000, p. 72-73).

Ainda nesse sentido, em relação à atuação positiva do Estado, Costa explica que: “ao Estado não mais se ajusta a carapuça de Leviatã, pois a ampliação de seu campo de atuação

já não mais é sinônimo de iniquidade e supressão de direitos; muito ao contrário, ela passa a ser necessária para concretizá-los [...]” (2007, p. 39).

Da mesma forma, também não se pode compreender o Judiciário como mero órgão julgador de conflitos, pois este era o papel do Judiciário no modelo Constitucional Liberal, aliás, deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como encarregado de aplicar a letra fria da lei, ou como ele definia: O judiciário não passava da “boca da lei”.

Assim, o esquema clássico da Separação de Poderes, era suficiente para o Estado Liberal, como explica Cambi, *in verbis*:

Os direitos fundamentais negativos se moldavam ao *positivismo jurídico*, na medida em que reduzem o direito à lei e a atividade dos operadores do direito à busca da *vontade do legislador*. O modelo liberal, neste sentido, contenta-se com o esquema clássico da divisão de poderes. Cabia ao administrador controlar os problemas da atualidade, ao legislador tomar decisões voltadas para o futuro e aos juízes decidir voltados para o passado, baseados nas decisões políticas tomadas pelo legislador e diluídas no direito vigente. Os direitos de defesa protegiam os cidadãos contra o Estado, a partir da “reserva da lei”, a favor do legislador, a que correspondia a uma autodelimitação [*judicial self-restraint*] por parte do Poder Judiciário (2011, p. 175-176).

Nesse prol, analisar-se-á agora a crítica que se faz a atuação Jurisdicional em políticas públicas sob o argumento de que o Judiciário estaria adentrando ilegitimamente em uma instância política.

Essa “falsa” ideia de que o Judiciário não deve se envolver na política, para que desta forma não ultrapasse o limite de atuação de cada Poder, surge justamente da concepção que o Estado Liberal tinha de não vislumbrar o Judiciário como um Poder igual aos demais - Executivo e Legislativo -, desta forma, no modelo Liberal, o judiciário não participava da política do Estado, como Cambi continua a explicar:

Isso acarretou a *neutralização política* da atividade judicial. [...] Os órgãos judiciais deveriam se mover em um quadro jurídico-político pré-constituído, não podendo julgar *contra legem*, valendo-se apenas da racionalidade formal [subsunção de fatos a normas], desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Com isto, mantinha-se o juiz neutro ao jogo de interesses concretos na formação legislativa do direito e, se tais interesses não fossem atendidos, isso não era problema do magistrado que, simplesmente, aplicava a lei. O importante é que a lei fosse aplicada, independentemente do seu conteúdo (2011, p. 175-176).

O Judiciário, no modelo Liberal Clássico, na prática, não constituía um Poder de Estado, pois, na realidade, se tratava de uma instituição pública com atribuições voltadas à garantia de direitos e à resolução de conflitos, funções essas que apesar de primordiais, de certa

forma, não conferiam ao Judiciário o mesmo *status* de Poder estatal, do qual gozavam o Executivo e o Legislativo.

Entretanto, o desenho institucional brasileiro, feito pela Constituição Federal de 1988, confere ao Judiciário *status* de Poder do Estado realmente, pois, de aplicador das leis e dos códigos, o Judiciário passou a ser configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Pode-se afirmar que essa mudança de paradigma no papel do Judiciário é uma evolução, e essa se deu pela necessidade de fortalecer os novos objetivos do Estado e consequentemente da Separação de Poderes, desenhados no Estado Democrático de Direito: o de manter e fortalecer as estruturas institucionais do Estado, como se pode apreender da lição Bonavides:

Houve tempos, porém, ao começo da idade constitucional moderna, em que o Poder Judiciário, sem embargo do princípio da separação de poderes, que devera fortalecê-lo, era, todavia, pelas taras do *ancien régime*, o mais fraco dos Poderes que emergiram da Revolução Francesa. Poder desarmado, é ele, de natureza, poder débil. Mas, de necessidade, urge que seja poder forte, apto a dirimir grandes conflitos políticos e sociais cuja profundeza afeta a manutenção das estruturas institucionais (2004, p. 132-133).

É à medida que se tem o entendimento de que os Poderes do Estado são na realidade formas de expressão de um Poder estatal uno, que assim se divide para ter meios e instrumentos para a consecução dos fins do Estado, que se entende que o Judiciário, como manifestação de Poder do Estado, deve atuar ativamente na vida política do Estado, pelos meios que lhe são legítimos, aliás, sendo este o seu papel: resguardar os direitos e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico, e assim sendo, “o poder público não pode se omitir, devendo intervir ativamente no sentido de atender ao que consta do próprio Preâmbulo da Constituição” (SADEK, 2011, p. 15).

Nessa linha de raciocínio, vários doutrinadores defendem uma atuação ativa do Judiciário na Política Estatal, como se pode observar, *in verbis*:

Mas, no Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal (GRINOVER, 2008, p. 12).

Esse fenômeno da atuação do Judiciário na vida política estatal, com o intuito de se atingir os fins do Estado, é conhecido por Judicialização da Política, fenômeno este que será visto com mais profundidade no próximo capítulo, e este fenômeno cada vez mais crescente

tem impulsionado o Judiciário a intervir no Controle das Políticas Públicas, sem que esta atuação venha a ferir o princípio da Separação de Poderes - desde que sejam obedecidos certos limites, os quais serão estudados logo a seguir -, constituindo, assim, uma participação legítima e em total consonância com o papel atribuído pela Constituição Federal.

Quanto à questão da não aptidão técnica dos juízes para enfrentar as questões abordadas pelas políticas públicas, antes de tudo, deve-se ter em mente que o intuito do controle jurisdicional não é de que o Judiciário usurpe do Poder Executivo a decisão administrativa, mas sim que o Judiciário controle a legalidade da política, ou seja, “não apenas sua inserção na moldura da lei mas também verificar se a escolha feita está prevista na Constituição e se obedeceu ao processo de formação concreto” (JACOB, 2011, p. 248).

Outra observação a ser feita é que o Judiciário deverá utilizar um “processo com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da administração para poder chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível” (GRINOVER, 2011, p. 149), garantindo inclusive a participação de *amici curiae*, de maneira a permitir que a sociedade seja ouvida sobre o caso a ser analisado (GRINOVER, 2011).

Desta forma, a atuação do Judiciário se legitimaria, não só pela observância dos pressupostos e dos limites, mas também pelo processo de formação e construção da decisão judicial, respeitando o devido processo, a ampla defesa e o contraditório, e colhendo informações da administração para que possa chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível, e “essa valorização do aspecto procedimental, de elaboração, criação e execução das políticas públicas possui grande vantagem de fomentar a participação popular e, dessa forma, tornar cada vez mais real a democracia” (JACOB, 2011, p. 248).

Além disso, o conteúdo material das decisões, por trazerem vantagens sociais, também legitimaria as decisões judiciais em sede Políticas Públicas que programem Direitos Fundamentais Sociais, ou seja, o Judiciário se legitimaria pelo resultado das suas decisões.

3.2 RESERVA DO POSSÍVEL, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE: OS LIMITES PARA O CONTROLE JURISDICIONAL

Os Direitos Fundamentais são limitados:

Não existe direito absoluto. Assim, os Direitos Fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, etc..., resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade (CARVALHO, 1999, p.198).

Do mesmo modo, não poderia ser diferente com o controle jurisdicional de políticas públicas. E, apesar dos limites objetivos à intervenção do Judiciário ainda não serem bem definidos - entre outras razões, porque o texto legal, como qualquer outra forma de linguagem, é plurívoco e, muitas vezes, indefinido; e isso é especialmente verdadeiro quando se trata do texto constitucional que, no intuito de abarcar uma pluralidade de ideologias e valores, integra conceitos e princípios muitas vezes contraditórios -, podemos afirmar que os limites ao controle estão delineados no princípio da proporcionalidade combinado com a razoabilidade, e, em especial, no princípio da reserva do possível.

Passa-se a examiná-los.

O princípio da proporcionalidade alberga três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, também denominada idoneidade, consiste em averiguar se o meio escolhido é apropriado para alcançar o objetivo perseguido. A necessidade dá a ideia de que a medida restritiva deve ser indispensável, estritamente necessária para conservar o direito e não pode ser substituída por outra; assim o meio utilizado deve ser o menos oneroso para o réu. Por outro lado, a Proporcionalidade em sentido estrito, constitui na ponderação entre o ônus imposto pela medida e o benefício por ela trazido (HENRIQUES FILHO, 2008).

Entretanto, não basta que a decisão judicial observe o princípio da proporcionalidade. É necessário que ela exponha as razões de decidir e procure a solução mais democrática possível. Solução, esta, que deve estar albergada por argumentos capazes de convencer o público de que os outros Poderes estavam errados.

Assim, a decisão judicial que controla Políticas Públicas deve ser razoável, ou seja, deve ser considerada aceitável, considerando-se que esta foi a decisão mais justa e acertada.

Para diferenciar ainda mais esses dois princípios, veja-se a lição de Guerra Filho:

A desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles – mesmo quando não pareça, a primeira vista, “irrazoável” ir além (1997, p. 25-26).

Até aqui, pode-se enumerar os seguintes requisitos a serem observados na decisão judicial que controla Políticas Públicas:

[1] a medida escolhida deve ser adequada e pertinente a atingir o resultado;

[2] o meio escolhido deve ser o mais suave ou menos oneroso entre as opções existentes, e;

[3] o benefício alcançado com a adoção da medida deve buscar preservar direitos fundamentais mais importantes do que os direitos que a medida limitou.

Além de proporcional e razoável, a decisão judicial deve observar a disponibilidade financeira - a chamada “reserva do possível”, sendo esse o limite mais significativo imposto ao controle de políticas públicas.

Nesse ponto, observe que a simples alegação pelo Poder Público de que não dispõe de recursos para implementar a Política Pública, não será suficiente para que seja invocada a cláusula da reserva do possível. A insuficiência de recursos deve ser provada pela Administração, vigorando então, a regra da inversão do ônus da prova.

A despeito disso, Grinover (2011) defende que, em casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deve constituir em obstáculo para a imediata satisfação do direito. Inclusive, esta exceção ao princípio da reserva do possível já foi entendida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão da qual o Ministro Celso de Mello foi Relator. *In verbis*, segue a Ementa do julgado:

RE 482611 / SC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 482611.

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO

PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal [RTJ 183/818-819]. Comportamento que transgreda a autoridade da lei fundamental [RTJ 185/794-796]. **Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial** [RTJ 200/191-197]. Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade rídica do controle das omissões estatais pelo Poder Judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República [RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220]. Recurso extraordinário do Ministério Público Estadual conhecido e provido (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Desta forma, percebe-se que deve existir uma grande preocupação do magistrado em colher o máximo de informações, que incluam o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da Política Pública. O Juiz poderá, inclusive, a fim de observar esse cuidado, admitir a intervenção de *amici curiae*, de maneira a permitir que a sociedade seja ouvida sobre o caso a ser analisado (GRINOVER, 2011).

Com a estrita obediência aos limites por ora apresentados, combinado com o exato conceito de Políticas Públicas – aqui entendido como programas e ações tendentes a concretizar os objetivos do Estado brasileiro, em especial os Direitos Fundamentais Sociais, como se vera nos tópicos a seguir - é possível impedir que ocorram excessos na intervenção judicial em Políticas Públicas.

4 CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.

Neste capítulo, será abordado o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil de maneira mais objetiva, bem como se fará uma breve análise da posição dos Tribunais Superiores no Brasil.

Para tanto, inicialmente, será examinada a relação entre os Direitos Sociais e as políticas públicas, pois o grande objetivo do fenômeno da Judicialização da Política, nada mais é do que efetivar/concretizar os Direitos Fundamentais, sobretudo os Direitos Sociais, garantidos por nossa Constituição Federal, pois, como defendia Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-los” (1992, p. 24).

Apesar de a nossa Carta Magna garantir os Direitos Fundamentais como um todo - incluindo os direitos sociais -, se a execução das Políticas Públicas não possibilitar a implementação de tais direitos na vida do cidadão, e este último não tiver a possibilidade de acionar o Judiciário, com o fito de exigí-los judicialmente, estes não passarão de mera retórica política.

Entretanto, a exigibilidade destes direitos na esfera judicial deve ocorrer de acordo com certos limites.

Para poder demarcar esses limites é preciso relacionar os direitos sociais e as políticas públicas, definir o que seriam políticas públicas e quais destas podem ser alvo de controle judicial, bem como entender as circunstâncias em que o Judiciário poderia desempenhar o controle com legitimidade.

Essas delimitações devem ser observadas não apenas por conta do respeito à Separação dos Poderes, mas também para garantir uma atuação judicial responsável, impedindo que decisões sejam baseadas apenas em um ativismo judicial *ad hoc*, e ou ainda, justas de um ponto de vista individual, entretanto injustas do ponto de vista coletivo, ou seja, impedir que essas decisões tragam prejuízo à democracia e à coletividade.

4.1 OS DIREITOS SOCIAIS, AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O CONTROLE JURISDICIONAL.

A Constituição de 1988 é nitidamente comprometida com os Direitos Sociais e com a mudança social. Nela está claramente expresso que o papel do Estado brasileiro é acabar com a miséria e reduzir as desigualdades sociais, garantindo os Direitos Fundamentais.

Entretanto, não basta apenas enunciar os direitos, é preciso, sobretudo, protegê-los e concretizá-los (BOBBIO, 1992), por isso, “a Constituição de 88 pretendeu não apenas proclamar direitos, mas, sobretudo, concretizá-los” (MARMELSTEIN, 2009, p. 68-69).

A origem das Políticas Públicas está ligada à necessidade de se efetivar os Direitos Sociais, e estes por sua vez, só podem se realizar por meios dessas Políticas Públicas:

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente (COMPARATO, 2010, p. 77).

[...] Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meios de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental (COMPARATO, 2010, p. 205-206).

Além disso, conforme explica Torres, “o combate à miséria e à pobreza, respectivamente, deve ser feito pelo fortalecimento dos instrumentos de garantia do mínimo existencial e pela expansão das prestações positivas dos direitos sociais” (2009, p. 17).

É necessário que se garanta que todas as leis estejam em conformidade com a Carta Magna, tendo em vista ser a Constituição norma suprema do ordenamento jurídico. Para isso, é realizado o Controle de Constitucionalidade.

Os Direitos Fundamentais estão positivados na Constituição, logo, qualquer norma que seja incompatível com os valores por eles consagrados será inconstitucional, portanto, deve existir o Controle de Constitucionalidade a fim de que tal norma se molde à Constituição.

Conforme salienta Silva (2009), é bem possível que as normas – por ação ou omissão - venham a macular os Direitos Fundamentais, e, por existir essa possibilidade, o debate em torno do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas se faz tão importante:

A afirmação dos direitos fundamentais do homem no direito constitucional positivo reveste-se de transcendental importância. Mas – como notara Maurice Hauriou – não basta que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo, porque haverá ocasiões em que será discutido e violado (SILVA, 2009, p. 59).

Além disso, o Judiciário não pode se eximir da responsabilidade de garantir não só o respeito à Constituição, mas também a efetivação dos direitos nela previstos:

A grande questão é que os direitos humanos precisam se transformarem em realidade e não permanecerem por décadas a fio como um simples programa, ou se falando juridicamente, as suas normas não podem ser apenas normas programáticas. No Brasil os direitos humanos só se tornarão efetivos com políticas e legislação que conduzem a uma distribuição de renda e **isto deve ser da responsabilidade** de todos os brasileiros e **acima de tudo dos três poderes do estado**. (MELLO, 1999, p. 6, grifo nosso).

Mais uma vez, observa-se que não basta a atuação do Judiciário em ‘dizer o direito’, mas torna-se necessário que este atue de maneira a permitir a efetivação de tais direitos. Em outras palavras, pode-se afirmar que é necessária a participação do Judiciário na política estatal para que os fins do Estado sejam atingidos, conforme se depreende de Canela Junior:

[...] o Poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado brasileiro, não mais se pode falar em uma neutralização de sua atividade, a partir da interpretação do art. 2º da Constituição Federal. Ao revés, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal e, por via de consequência, este é um conceito que deverá obrigatoriamente integrar a teoria jurídica.

Política, a nosso juízo, é o conjunto de atividades do Estado tendentes à consecução de seus fins. Ajusta-se ao conceito de *standart*, ou meta a ser atingida. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos administrativos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) tendentes à realização dos fins primordiais do Estado (2009, p. 69).

Assim, o Controle das Políticas Públicas tanto realiza a conformidade das normas com a Constituição - sob o prisma da infringência frontal à Constituição -, quanto possibilita que os fins do Estado se realizem – ou seja, possibilita que os Direitos Fundamentais Sociais possam ser efetivados –.

4.1.1 Políticas públicas

Nesse esteio, se faz necessário entender o que seriam políticas públicas e como estas estariam passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Nosso texto Constitucional está repleto de normas constitucionais programáticas definidoras dos fins do Estado.

Normas programáticas são normas que “definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas fora ou além do texto constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 93), ou seja, essas normas “não especificam a conduta a ser seguida pelo Poder Público: apenas apontam linhas diretoras” (REIS, 2003, p. 36).

A concretização destas normas impõe o planejamento de ações – permanentes e futuras – como estabelecimento de políticas de médio e longo prazo. Essas ações estão vinculadas aos direitos estabelecidos nos princípios e objetivos constitucionais, entre eles a realização dos direitos sociais.

Quando se fala dessas ações, está se falando de Políticas Públicas. Senão, veja-se a definição de Políticas Públicas, *in verbis*:

Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Desta forma, as Políticas Públicas devem ser entendidas como ações e programas tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro (GRINOVER, 2011).

Quando a Constituição determina a atuação positiva do Estado – aqui, inclusive quando se tratar de norma constitucional programática -, este não pode se eximir de agir, alegando se tratar de discricionariedade na escolha de sua atuação, ainda que lei discipline tal norma programática.

Logo, é papel do Poder Público – nesse caso do Executivo e do Legislativo - programar Políticas Públicas que efetivem os objetivos do Estado.

A discricionariedade do legislador e do administrador não está na escolha de realizar ou não a Política Pública, mas sim em que situações e como a Política Pública irá se realizar.

Nesse sentido, é importante ressaltar que, existindo a atuação do Judiciário, esta não se faz em substituição a função do legislador ou do administrador, mas sim, e nesse caso, o Judiciário está apenas realizando a sua função: fazer cumprir a Constituição.

Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta como concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais (STRECK, 2014, p. 66).

Dessa forma, pode-se afirmar que o papel do Judiciário, quando se tratar de controle de políticas públicas, deve ocorrer nos casos de eventuais desvios na implementação dos Direitos Fundamentais Sociais pelos demais Poderes.

Assim, o papel do Judiciário será o de conformar as Políticas Públicas, já previstas no texto constitucional, à atividade legislativa e executiva.

Em outras palavras, a função jurisdicional apenas determina que seja cumprida a Constituição, a qual faz cessar a liberdade discricionária do administrador e mesmo a do legislador (LAGE, 2011).

Entretanto, é necessário fazer uma diferenciação entre Políticas Públicas passíveis de controle judicial e os atos exclusivamente políticos – ou também puramente discricionários -, pois estes últimos não podem sofrer Controle Jurisdicional.

O motivo é simples, quando se tratar de questões meramente políticas, ou puramente discricionária dos outros Poderes, o Judiciário não poderá interferir, sob pena de macular o Princípio da Separação dos Poderes, pois estaria intervindo em funções típicas do Executivo e do Legislativo.

Entretanto, quando se tratar de Políticas Públicas previstas, ou expostas de maneira programática, em nossa Constituição, poderá sim o Judiciário exercer o Controle Jurisdicional, exigindo a efetivação destes direitos.

Diferenciar o que seria Política Pública do que seria questão meramente política, ou puramente discricionária, pode ser complicado, mas essa dificuldade não pode ser um empecilho à atuação do Judiciário:

Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não

política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 604-605).

Mas como fazer essa diferenciação? Quais aspectos poderiam ajudar no reconhecimento de situações em que a atuação judicial seria possível?

Na concepção de Bonavides, as questões políticas seriam:

[...] entre outras as que se alojam na faculdade discricionária, reservada aos poderes políticos, para ditar, por exemplo, as medidas da política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento, em suma, aquelas prerrogativas que, pela sua natureza mesma, podem compor o substrato de uma política ou de uma legislação, cujo teor controverso não será nunca objeto legítimo de apreciação judicial (1998, p. 292).

É por certo que as Políticas Públicas também estão inseridas na discricionariedade da Administração Pública, pois o Legislativo poderá escolher quais Políticas Públicas devem ser implementadas pelo o Executivo, e este, por sua vez, irá escolher quais e como os programas e as ações serão desenvolvidos, ou seja, irá definir as Políticas Públicas que irá implementar.

Entretanto essas escolhas devem buscar a máxima efetividade dos Direitos Fundamentais, sobretudo os Direitos Fundamentais Sociais – e outros direitos em geral – e alcançar o máximo possível de pessoas.

As Políticas Públicas que buscam efetivar os Direitos Fundamentais Sociais não são discricionariedade da Administração Pública, pois se trata de um dever.

Por outro lado, a discricionariedade está em como e em que situações essas Políticas Públicas irão se desenvolver. Por isso, as escolhas da Administração Pública devem “ser feitas com a devida cautela e sob inspiração do que melhor convenha ao interesse público” (MANCUSO, 2002, p. 775).

Por essa razão, e por muitas vezes essas escolhas não serem as melhores, a atuação do Judiciário será necessária para que a efetividade dos direitos ocorra.

Deve-se, pois, pensar em uma discricionariedade pautada nos fins constitucionais, vinculando a atuação do administrador aos direitos fundamentais e ao dever de boa administração.

Nessa esteira, não há mais espaço para compreender a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam ao interesse público implícito na finalidade leal, sejam as que o atendam de maneira deficiente (DANIEL, 2011, p. 121-122).

Percebe-se, então, que, apesar da linha que separa as Políticas Públicas das questões meramente políticas e puramente discricionárias ser tênue, é possível fazer essa diferenciação, tornando possível enxergar as situações em que, quando for necessária a atuação do Judiciário, o Controle Jurisdicional seja possível.

4.1.2 Jurisdição constitucional e sua consequência: a judicialização da política

O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito e a concepção desse tipo de Estado “está fundada principalmente na ideia de participação popular e na busca em aliar a ideia de direito à ideia de justiça, alcançando a chamada justiça material” (COSTA, 2011, p. 452).

Para se adequar a esse modelo de Estado, o Poder Judiciário teve que assumir novas funções e, inclusive, a sistemática da Separação de Poderes teve que ser reestruturada, de maneira a viabilizar que o Judiciário exercesse mais um novo papel: o de dar concretude aos princípios constitucionais.

Essa ação do Judiciário ocorre quando este é devidamente provocado pelos cidadãos e, a viabilidade de o cidadão acionar o Judiciário, a fim de possibilitar a concretude dos seus Direitos Fundamentais, é uma inovação trazida pelo Estado Democrático de Direito:

[...] a fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social. Trata-se, portanto, do elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico. [...] **a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política**, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade. A fórmula política [...] é um fator essencialmente dinâmico, pois toda ideologia pretende realizar-se mediante sua institucionalização e sua **implantação na realidade social**.

Essa circunstância, por si só, já justifica que se veja a *Constituição como um processo*, [...]. Sim, porque **a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais**, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e **um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação**. (GUERRA FILHO, 2003, p. 20-21, Grifos nosso).

Desta forma, pode-se depreender que a Constituição impõe aos seus integrantes, os três Poderes, um *programa de ação*, uma maneira de agir capaz de modificar a realidade social, possibilitando que seus ideais/objetivos não sejam apenas retórica, cabendo também ao Judiciário atuar no processo de efetivação dos ideários constitucionais.

E ainda, o Estado Democrático de Direito só existirá se todos esses Poderes puderem ter canais de participação e se estes canais também estiverem abertos para que os cidadãos participem e possam exigir seus direitos, mesmo que por meio do Poder Judiciário

Assim sendo, o Judiciário torna-se um canal “além” para a participação dos cidadãos, condição imprescindível a um Estado que se autodenomina Estado Democrático de Direito, pois, como se depreende da lição de Guerra Filho, em um Estado Democrático de Direito, é necessário que se garanta aos cidadãos todos os meios de transformar a realidade social.

O fortalecimento da Jurisdição Constitucional [entendida como a função de afirmar a vontade da Constituição e torná-la efetiva] e o reconhecimento dos fins sociais do Estado [fins estes que buscam, sobretudo, garantir uma sociedade democrática que seja capaz de efetivar os Direitos Fundamentais] fez com que o Judiciário passasse a atuar de maneira mais significativa na vida política do Estado, pois assumiu deliberações antes atribuídas apenas ao Legislativo e ao Executivo.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, vislumbra-se em nosso País o fenômeno da Judicialização da Política, fenômeno este impulsionado, principalmente, pelo reconhecimento da força normativa dos Direitos Fundamentais, e das crescentes demandas que buscam ver esses direitos judicialmente efetivados.

Neste sentido:

A passagem do Estado Liberal Clássico ao Estado Social de Direito, com a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e o reconhecimento da força normativa dos mesmos – e, portanto, da pronta exigibilidade de tais direitos – ensejou incremento do poder dos juízes, originando o fenômeno que se convencionou designar de Judicialização da política [ou politização da justiça]. Assim, deliberações/tarefas antes atribuídas a outros órgãos são assumidas, por assim dizer, pelo Poder Judiciário (VIANNA, 2010, p. 15).

E, seguindo o entendimento traçado nos tópicos anteriores, a Jurisdição Constitucional só se realiza em sua plenitude quando o Judiciário assume um papel “político”, conforme, também, esclarece Bonavides:

Enfim, não podemos chegar ao termo destas considerações senão repulsando um preconceito doutrinário que tanto fere e não raro envolve numa nuvem de sombras e suspeição a jurisdição constitucional ao fazer mais ponteagudos e inarredáveis os seus óbices.

Este preconceito parte sobretudo daqueles que conjecturam uma justiça constitucional absolutamente neutra tomando por condição de independência da corte constitucional não se imiscuir com matéria política, quando, em verdade, se sabe que toda Constituição tem, por sua natureza mesma, um alto teor de politicidade, superior ao de juridicidade.

Quem levanta objeções deste feitio acha a resposta nestas palavras lapidares, de conteúdo e sentido, cuja autoria é de Pestalozza, um dos mais insignes processualistas do Direito Constitucional contemporâneo: “Os tribunais constitucionais declaram o direito, mas ao mesmo passo fazem política” (2004, p. 144).

Entretanto, “não se quer, com isso, dizer que o direito é fruto da política, uma vez que isso significa subordinar o primeiro à segunda” (MARIANO, 2010, p. 200), mas sim que “o direito contém elementos políticos, todavia, ele se sobrepõe à política porque fornece o próprio fundamento da legitimidade da sua autoridade e fornece-lhe os conteúdos essenciais, como critérios de avaliação da justiça, da legislação pública e da atuação de todos os poderes” (MARIANO, 2010, p. 200).

Para entender melhor essa “política” realizada pelo Poder Judiciário, veja-se o ensinamento Fonseca:

Há de possuir o juiz consciência da função política que exerce, e isto não se confunde com a ideia de “política partidária”, na qual estão envolvidos o Executivo e o Legislativo – até certo ponto, é bom lembrar, porque também os parlamentares e os chefes executivos exercem funções estritamente técnicas que tem de ser desempenhadas independentemente de seu “posicionamento político-partidário”. Sendo o Judiciário parte no Estado e a lei a maior expressão do estado, o juiz subordinado à lei contribui para a legitimidade das instituições estatais (2005, p. 90-91).

Observe que, o papel político a ser realizado pelo Judiciário não é o mesmo papel político desempenhado pelo Executivo e Legislativo, mas sim o papel político que se apresenta impregnado na Constituição. Pois, por ter a Constituição uma natureza política, quando o Judiciário propicia que a Constituição se realize, ele, conseqüentemente, realiza política.

Por isso não se pode negar a Judicialização da Política, pois negá-la é negar ao Judiciário o cumprimento do seu papel designado constitucionalmente, e mais, é negar uma importante via de realização da própria Constituição.

4.2 LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA REALIZAR O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

É justamente esse fenômeno de judicialização da política, ou também chamado de “politização da justiça” (VIANNA, 2010) que tem possibilitado o entendimento e as decisões

judiciais que controlam Políticas Públicas, com o objetivo de concretizar os Direitos Fundamentais na vida dos cidadãos, sobretudo os Direitos Sociais.

As críticas feitas ao Controle Jurisdicional das Políticas Públicas são, na verdade, críticas ao fenômeno da Judicialização da Política como um todo. É certo que limites devem ser impostos, justamente para que as críticas feitas a este fenômeno não se tornem uma realidade, porém, o medo de se ter um Judiciário com superpoderes, não pode impedir que se tenha, sim, funções estatais fortes – nesse caso os três Poderes – e capazes, cada uma dentro de suas funções, de realizar os Direitos Fundamentais e os objetivos traçados em nossa Constituição.

Esse medo de um Judiciário com superpoderes passa a ser superado quando se traça os limites e condições para que ocorra o Controle Judicial das Políticas Públicas, ou seja, quando, livres de preconceitos doutrinários, traça-se o novo papel do Judiciário.

Veja-se, na lição de Medauar, o posicionamento dos que defendem um controle jurisdicional amplo da Administração, posicionamento este que propicia, inclusive, que esse controle alcance as políticas públicas:

Outro entendimento inclina-se por um controle amplo, ante os seguintes fundamentos: pelo princípio da separação dos poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição, e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida; por outro lado, onde existe controle de constitucionalidade da lei, a invocação da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força.

[...]

A tendência de ampliação do controle jurisdicional da administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público.

[...]

Hoje no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, [...]. Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de elevar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites.

[...]

[...]. Com a vigência do princípio na inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito, se o ato de governo acarretar lesão a direito poderá ser impugnada perante o Judiciário (2004, p.468-469).

De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados (DI PIETRO, 2007; VALE, 2006): daí, a atuação do Poder Judiciário ser não apenas possível, mas, na realidade, é extremamente importante para a efetivação dos Direitos Fundamentais:

Ocorre que a jurisdição constitucional, enquanto atividade de fiscalização dos atos infraconstitucionais em face da Constituição, não se limita apenas ao controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos. Na verdade, vai um pouco mais além, abrangendo também a proteção da Constituição como um todo, em especial a proteção e a promoção dos direitos fundamentais (LIMA, 2005, p. 93).

Como se vê ao longo desse trabalho, os Princípios da Separação de Poderes e o da inafastabilidade da tutela jurisdicional podem ser compatíveis entre si, desde que as competências definidas constitucionalmente para cada Poder venham a ser observadas, e, caso os atos administrativos maculem alguma norma constitucional, o Judiciário poderá rever esses atos administrativos e/ou legislativos, especialmente em sede de Controle de Constitucionalidade:

Assim, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada “área de livre decisão” que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito. Ademais, não se concebe a noção de Direito fora do regime de legalidade e do regime de observância dos princípios constitucionais. Por fim, o exercício da Administração Pública na denominada área de livre decisão não significa arbítrio, pois pressupõe sempre uma lei a conferir essa margem de liberdade à Administração Pública (MORAES, 2004, p. 110-111).

Canotilho, também enfrenta a questão do Controle de Constitucionalidade de Políticas Públicas. Para ele, as Políticas Públicas podem ser inconstitucionais, por ação ou omissão, e por isso, devem ser objeto de controle. Ele aponta que, caso haja expressa previsão quanto às Políticas Públicas na Constituição, a questão, apesar de pertencer à política, também poderá ser vista pelo Judiciário. Entretanto, ele é cauteloso, pois sabe que a linha entre as Políticas Públicas e as questões meramente políticas é tênue, como foi visto nos tópicos anteriores.

Se tivermos em conta as articulações atrás feitas entre competência, funções, tarefas e responsabilidade dos órgãos políticos, poderíamos recortar como objecto do controlo da inconstitucionalidade [por acção ou por omissão] uma *política* sectorial [de saúde, do ensino, da habitação]. Nesse sentido a *policy* seria também um padrão de conduta [*standard*] constitucional definidor de um fim a alcançar através de realizações de tarefas económicas, sociais e culturais. Assim, por ex., poder-se-ia afirmar que a nossa política de educação foi, durante muito tempo, inconstitucional porque passados mais de vinte anos ainda não fora criado um sistema público de educação pré-escolar [CRP, art. 74.º/2/c]. Esta problemática – **a inconstitucionalidade de políticas públicas** – não é desconhecida na doutrina. O Tribunal Constitucional enfrenta a questão nos acórdãos n.º 92/85 e n.º 330/89 referentes à política da saúde [taxas moderadoras], embora o objecto de controlo fosse aí reconduzido a normas e não a políticas. Voltou a abordar o assunto no Ac. 148/94

[Lei das Propinas]. No plano doutrinal, salienta-se que a efectiva vinculação jurídica pretendida através de normas-tarefa implica, designadamente, que o objectivo ou programa, como tal, é retirado à livre escolha do objetivo ou do fim pelos órgãos políticos, consideradas, em geral, características das escolhas políticas [Böckenförde]. O relevo modesto da inconstitucionalidade por omissão prova as dificuldades do controlo de políticas públicas. Estas reconduzem-se fundamentalmente a um conjunto de decisões e acções adoptadas pelo governo para influir sobre um determinado problema. Os juizes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de acção. Pode censurar-se, através do controlo da constitucionalidade, actos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a *política deliberativa* sobre as *políticas* da República pertence à política e não à justiça (2003, p. 945-946).

Desta forma, é preciso entender que não serão quaisquer Políticas Públicas que o Judiciário poderá exercer Controle de Constitucionalidade, pois apenas “quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, é que fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente” (MANCUSO, 2002, p. 772).

Pode-se concluir que, existindo a possibilidade concreta de o interessado provar que o ato deixou de se realizar, e também de se saber qual providência cabível poderá satisfazer a finalidade da lei, o Judiciário poderá intervir e realizar o Controle de Constitucionalidade que lhe compete.

4.3. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: UMA BREVE ANÁLISE DE ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Busca-se neste tópico do trabalho fazer uma breve análise de decisões e entendimentos fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, foi realizada pesquisa no sítio eletrônico dos referidos Tribunais, entre os dias 16 e 17 de novembro de 2015.

No sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal a pesquisa foi realizada no campo ‘publicações - informativos’, mais especificamente os campos: ‘informativos – por temas’ e ‘informativos – teses e fundamentos’, nos quais se buscou os temas: Controle de políticas públicas, mínimo existencial e direitos sociais.

Já no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa foi feita no campo ‘Informativo de Jurisprudência’, no qual foram pesquisados os seguintes temas: Mínimo Existencial e Políticas Públicas.

Para efeito mais didático, as decisões foram separadas por espécie de direito social.

Ao final da análise de alguns julgados encontrados, analisar-se-á a ADPF 45/2004, por ter esse julgamento do STF aberto espaço às discussões em torno do tema controle de políticas públicas pelo Judiciário e por ser considerado o julgamento mais esclarecedor a respeito do tema.

Passa-se agora a analisar as decisões mais recentes e relevantes encontradas na pesquisa.

4.3.1 O direito à saúde

Não é por acaso que as principais decisões dos Tribunais, em matéria de Políticas Públicas, dizem respeito à integralidade da assistência à saúde, pois quando se trata deste direito social é mais fácil de ser demonstrado o requisito do mínimo existencial, pois além de ser um direito fundamental social, também representa consequência constitucional indissolúvel do direito à vida.

Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no RE 271.286 e AgRg 271.286, o dever de o Estado fornecer gratuitamente medicação aos portadores do vírus HIV, sob o fundamento de que os poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem alcançar os objetivos invocados no art. 196 da Constituição Federal.

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO [CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196] - PRECEDENTES [STF] - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República [art. 196]. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por **cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.** - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. **O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade,

substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República [arts. 5º, caput, e 196] e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (BRASIL, 2000, grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça, igualmente ao Supremo Tribunal Federal, reconheceu a necessidade do Poder Judiciário intervir nas Políticas Públicas em situações de descaso do Poder Público, e em repetidas decisões, também reconheceu o direito à integralidade da assistência à saúde a ser prestado pelo Estado. Desta forma, vejam-se as Ementas encontradas na pesquisa:

O STJ, no REsp 1.041.197-MS, julgado em agosto de 2009, Veja-se o Informativo de Jurisprudência deste Tribunal:

STJ – Informativo de Jurisprudência nº 0404, período: 24 a 28 de agosto de 2009. SEGUNDA TURMA. ACP. CONTROLE JUDICIAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do STF: MC na ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJE 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ

22/3/2004. REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009. (BRASIL, 2009, p. 4-5, grifo nosso)

Como se pode verificar, o STJ reconheceu que os Direitos Sociais, por refletirem o mínimo existencial, não podem deixar de ser realizados pelo Estado pela simples alegação de afronta ao princípio da reserva legal, bem como justificou a legitimidade do Judiciário para intervir em políticas públicas essenciais à promoção do mínimo existencial, quando existir a omissão injustificada da Administração na promoção desses direitos.

Da mesma forma, o referido Tribunal voltou a afirmar esse entendimento em 2010, no AgRg no Recurso Especial nº 1.136.549 (BRASIL, STJ, 2010). Veja-se a situação em tela:

Em Ação Judicial, que visava à obrigação de fornecimento de medicamentos, bem como a determinação pelo Poder Judiciário de sua inclusão na verba orçamentária, interposta pelo Ministério Público contra município, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu não ser possível a intervenção Jurisdicional em políticas públicas sob pena de macular o princípio da Separação de Poderes.

Todavia, a decisão foi levada ao STJ e, contrariando o entendimento prolatado pelo TJRS, aquele compreendeu que, por tratar de Direito Fundamental Social, a Ação Principal, que visava assegurar o fornecimento de medicamentos, poderia ser alvo do Controle Jurisdicional e que o princípio da Reserva do Possível não poderia ser oponível ao Direito à Saúde, tendo em vista tal direito refletir o Mínimo Existencial, visto que, somente depois de atingido esse Mínimo Existencial, é que se poderia discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos o Poder Público poderia investir.

STJ. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.136.549 - RS (2009/0076691-2). Ementa: ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. **Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador**, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. **Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal**. 3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte,

no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde [SUS] é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" [REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005]. Agravo regimental improvido (BRASIL, STJ, 2010).

Seguindo esse entendimento, no Recurso Especial nº 1.068.731, do ano de 2012, também temos decisão no mesmo sentido. Desta vez o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul, pleiteando a condenação do ente a implementar ações para dotar o Município de Cachoeirinha da gestão plena do Sistema Único de Saúde, tendo em vista que o referido município contava apenas com um hospital, cujo número de leitos era insuficiente ao atendimento à população local. Mais uma vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o Poder Judiciário não poderia intervir na Administração Pública, em razão do princípio fundamental da Separação dos Poderes.

A referida decisão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial. Como em decisões anteriores, o STJ entendeu que o Direito à Saúde, em oposição a omissões do Poder Público, é exigível de imediato e que a violação a esse direito afetaria o mínimo existencial e, mesmo que de maneira excepcional, as políticas públicas previstas na Constituição e em outras leis, poderiam ser controladas pelo Judiciário, tendo em vista não comporem em absoluto a esfera de discricionariedade do governante. Segue, *in verbis*, a Ementa do Julgado:

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº. 1.068.731 RS (2008/0137930-3). Ementa: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. **O direito à saúde**, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, **exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público**. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI's no único hospital local **viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local**, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, **as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade**, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. **A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar**. A escusa da "limitação de recursos

orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até **políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.** 6. "**A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.** Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" [REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010]. 7. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2012, grifos nosso).

Como é possível observar, os Tribunais Superiores reconhecem o Direito à Saúde como direito que trás em seu escopo o conceito do mínimo existencial e, por isso, reconhecem o dever do Estado de assegurar a realização de políticas públicas capazes de garantir esse direito ao cidadão.

Entretanto, se faz necessário esclarecer que não serão todas as questões relacionadas ao direito à saúde em que a pretensão do autor poderá ser concedida pelo Poder Judiciário.

Faz-se imprescindível a comprovação material da necessidade de financiamento por parte do Estado, de que a medida escolhida é adequada e pertinente a atingir o resultado pretendido, de que o meio escolhido para a realização do direito é o mais suave ou menos oneroso entre as opções existentes e, de que o benefício alcançado com a adoção da medida preservará direitos fundamentais mais importantes do que os direitos que a medida limitará.

A adoção de uma análise criteriosa, em que todas as especificidades do caso concreto são observadas, garante uma atuação jurisdicional consciente, impedindo, assim, que a decisão pareça justa de um ponto de vista individual, entretanto, na realidade, seja injusta do ponto de vista coletivo.

Trata-se, portanto, de questões que devem ser cautelosamente analisadas, a fim de garantir uma atuação judicial responsável e impedindo que as decisões tragam prejuízo à democracia e à coletividade.

4.3.2 O direito à Educação

Temos muitas outras decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a necessidade da intervenção judicial para que os Direitos Fundamentais Sociais seja efetivados, dentre eles, além do direito à saúde, o direito social à Educação.

Analisaremos então o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337 (São Paulo). Aqui se fez necessário apresentarmos apenas parte da Ementa, pois se trata de uma citação longa, da qual destacamos apenas as informações mais relevantes à compreensão de nosso trabalho. Veja-se o trecho, *in verbis*:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL [...] - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGACÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL [CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006] - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO [CF, ART. 211, § 2º] - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - [...] POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível [...] Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado [...] a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 [cinco] anos de idade” [CF, art. 208, IV], [...] sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios [...] não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, [...] e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa, [...] não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA

DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que **nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.** - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil [RTJ 199/1219-1220], objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. [...]. (BRASIL, STF, 2011, grifo nosso).

Como se pode depreender do Julgado apresentado, o Supremo Tribunal Federal entende que o descumprimento de políticas públicas constitucionalmente previstas, se traduz em omissão estatal injustificada, pois, por se tratar o direito à Educação de Direito Fundamental Social e, conseqüentemente, de prerrogativa constitucional indisponível, não pode o Poder Público se eximir de cumprir os encargos a ele impostos, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, visto a previsão Constitucional se tornar fator de limitação da discricionariedade político-administrativa-da implementação de políticas públicas.

Igual decisão também já havia sido tomada em 2005, no Recurso Extraordinário n. 410.715-5 (São Paulo), a qual obrigava o Município de Santo André, do Estado de São Paulo, a garantir a matrícula de crianças de até seis anos de idade em creche e pré-escola. O referido acórdão encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. (Acessado em: 16/11/2015).

4.3.3 ADPF 45/2004

Diante das decisões apresentadas até aqui, percebe-se que a maior dificuldade para o controle jurisdicional se coloca em face dos critérios a serem adotados pelo Judiciário ao realizar o controle de Políticas Públicas.

A despeito disso, apresenta-se um importante posicionamento oriundo do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, tratando-se, inclusive, do posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Judiciário no controle de Políticas Públicas.

O Ministro Celso de Mello revelou seu posicionamento por meio da Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental n. 45-9, da qual se destaca a Ementa, que segue, *in verbis*:

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]. (BRASIL, 2004, grifo nosso).

A referida Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental questionava um veto presidencial a um dispositivo da lei que, segundo o autor da ação, violaria o dispositivo constitucional que garantiria um financiamento mínimo à saúde. Entretanto, no decorrer da ação, foi editada uma lei que corrigia a situação, o que fez com a ADPF perdesse seu objeto e, conseqüentemente, o mérito da questão não chegou a ser discutido pelo plenário da Corte.

Não obstante a perda do objeto da ação, o Ministro Celso de Mello optou por adentrar ao mérito da questão, no intuito de demonstrar seu ponto de vista. E mesmo que ao final o Ministro tenha julgado prejudicada a Ação pela perda superveniente de seu objeto, fazendo com que o seu voto fosse desnecessário ao desfecho do julgado, o voto apresentado é de grande valia, pois vislumbra o posicionamento, de um conceituado Ministro do Supremo, favorável ao ativismo do Poder Judiciário, no sentido de efetivar os Direitos Fundamentais Sociais.

Apesar de o referido voto ser uma citação longa, é saliente apresentá-lo neste Trabalho, por isso, veja-se os trechos mais esclarecedores do voto do Ministro:

[...] **a dimensão política da jurisdição constitucional** conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de **tornar efetivos os direitos** econômicos, **sociais** e culturais [...] -, **sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional** [...].

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. [...]

Não deixo de conferir [...] significativo relevo ao tema pertinente à "**reserva do possível**" [...], notadamente em sede de efetivação e implementação [sempre onerosas] dos direitos de segunda geração [**direitos** econômicos, **sociais** e culturais], cujo **adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras** de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos **direitos** econômicos, **sociais** e culturais [...] depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às **possibilidades orçamentárias do Estado**, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a **incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal**, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a **limitação material** referida, a **imediate efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência**. Cumpre 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**. [...] não se pode esquecer que a **finalidade do Estado ao obter recursos**, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente **realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988** em particular, [...] está em **assegurar** as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da **proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência**. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade [**o mínimo existencial**], estar-se-ão estabelecendo exatamente os **alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial**, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, **é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível**. Vê-se, pois, que os **condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível"**, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, **[1] a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, [2] a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas** dele reclamadas. [...] 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 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** (BRASIL, 2004, grifos nosso).

Como se percebe, a posição do Supremo Tribunal Federal, manifestada pelo Ministro Celso de Mello, é favorável ao controle de Políticas Públicas pelo Judiciário, desde que presentes alguns requisitos, quais sejam: [a] limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão [garantia ao mínimo existencial]; [b] razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público [aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade] e [c] a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas [a chamada reserva o possível].

E assim, caso haja desrespeito à Constituição e, presentes esses pressupostos e limites indicados pelo Ministro, o Judiciário pode – e na verdade, deve – fazer cumprir o preceito constitucional, seja formulando ou implementando Políticas Públicas.

Esses pressupostos e limites indicados pelo Ministro são imprescindíveis, pois, além de indicarem as condições para o controle, também coíbem possíveis excessos na intervenção judicial em Políticas Públicas.

O fato de o Ministro ter optado por adentrar ao mérito do julgado, propiciou que a doutrina “abrisse os olhos” para o debate em torno do assunto, possibilitando que a defesa em favor do tema fosse enriquecida.

5 CONCLUSÃO

Com efeito, diante do até aqui exposto, pode-se vislumbrar a importância da Judicialização da Política para a construção de um Estado Democrático de Direito. Pois, só é possível afirmar que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, se também for possível afirmar que, caso as Políticas Públicas, - desenvolvidas pelo Executivo, e ou ainda as Leis Ordinárias, implementadas pelo Legislativo - venham a ferir ou não cheguem a concretizar os Direitos Fundamentais do cidadão, este ainda poderá ter, no Poder Judiciário, o seu abrigo de rogo à concretização de seus Direitos Fundamentais Sociais.

Nesse esteio, os modernos doutrinadores procuram traçar pressupostos que garantam uma participação legítima do Judiciário na vida política do Estado.

Percebe-se, ainda, que a judicialização da política no Estado brasileiro tem se tornado uma realidade cada vez mais presente, a qual pode se vislumbrar através de decisões que controlam Políticas Públicas, em especial, às voltadas à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Apesar de ainda não se ter objetivamente definidas as condições e as limitações a esse Controle Jurisdicional das Políticas Públicas, as decisões do STF e dos nossos Tribunais começam a traçar critérios limitadores à apreciação Jurisdicional no que diz respeito às Políticas Públicas efetivadoras dos Direitos Sociais, assim, a cada nova decisão, percebe-se o amadurecimento da jurisprudência em relação ao tema.

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, pode-se propor algumas conclusões a respeito do tema. Então, veja-se:

[1] O Poder Judiciário pode exercer o controle das Políticas Públicas para aferir sua compatibilização com os Direitos Fundamentais, sobre tudo os Direitos Sociais, tendo em vista que ele tem autoridade para decidir sobre assuntos constitucionais, pois o constituinte o designou a ser o guardião da Constituição, e também porque determinou que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser excluída da apreciação judicial;

[2] O controle exercido não fere o Princípio da Separação de Poderes [esse entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado], pois o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas seria uma forma de Controle de

Constitucionalidade, sendo assim, o Judiciário estaria realizando função designada pela Constituição;

[3] O controle é plenamente possível, desde que observados, o princípio da razoabilidade – “razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público” (GRINOVER, 2011) – e a reserva do possível – “entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública” (GRINOVER, 2011) –, ou seja, o Judiciário encontra nesses princípios os limites de sua atuação;

[4] Muitos doutrinadores defendem, inclusive, que, quando se tratar de urgência ou do mínimo existencial, não se torna necessária a observância da reserva do possível;

[5] O Judiciário, ao realizar o controle jurisdicional, deve utilizar um processo com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da administração para poder chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível, garantindo inclusive a participação de *amici curiae*, de maneira a permitir que a sociedade seja ouvida sobre o caso a ser analisado (GRINOVER, 2011);

[6] A atuação do Judiciário se legitimaria, não só pela observância dos pressupostos e dos limites expostos, mas também pelo processo de formação e construção da decisão judicial, respeitando o devido processo, a ampla defesa e o contraditório, e colhendo informações da administração para que possa chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível, e;

[7] O conteúdo material das decisões, por trazerem vantagens sociais, também legitimaria as decisões judiciais em sede Políticas Públicas que programem Direitos Fundamentais Sociais, ou seja, o Judiciário se legitimaria pelo resultado das suas decisões.

Não custa, mais uma vez, falar da importância da atuação ativa do Judiciário, pois este passa a ser uma espécie de “catalisador da vontade constitucional” (LIMA, 2005, p. 95), que busca a concretização dos objetivos delineados em nossa Constituição, ou como esclarece Vianna, um Judiciário preocupado com o âmbito social:

O Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no

que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social (VIANNA, 1999, p. 9).

Pode-se afirmar, nas palavras de Lima, que “o Judiciário é o principal instrumento de proteção institucional dos direitos fundamentais e que, sem Judiciário, não há que se falar em direito fundamental” (2005, p. 77). Essa afirmação pode parecer de um todo exacerbada, porém, o fato de a Constituição garantir os direitos sociais, tidos como fundamentais, por si só não é a garantia da sua efetivação, pois a Administração Pública – neste caso, mais especificamente, o Poder Executivo/administrador, mas também se inclui aí o Poder Legislativo/legislador – pode desrespeitar esses direitos, seja por infringir uma garantia ou seja por não possibilitar a sua realização, inclusive por omissão ou inércia da Administração. Nessa situação, a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais depende em última instância da atuação do Judiciário.

Em suma, não se pode deixar de reconhecer a importância do ativismo judicial para que nossa Constituição se torne uma realidade, pois essa atuação nos permitiria a construção de uma sociedade democrática, e que possibilita ao cidadão, uma nova chance de ver seus Direitos Fundamentais Sociais concretizados e, conseqüentemente, o Mínimo Existencial garantido, mesmo quando o Poder Legislativo e Executivo se eximem de fazê-lo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8ª ed. São Paulo: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade [algumas observações sobre o Brasil]. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, 2004, vol. 18, n. 51, pp. 127-150, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.136.549. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0076691-2. Agravante: Município de Esteio; Procurador: Luiz Bernardo de Souza Froner e outro[s]; Agravado : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator[a] Ministro HUMBERTO MARTINS [1130]. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 08/06/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 21/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900766912&dt_publicacao=21/06/2010>. Acessado em: 17.11.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência**, nº 0404, período 24 a 28 de agosto de 2009. <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270404%27>> Acessado em: 17.11.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.068.731/RS**. Recurso Especial 2008/0137930-3. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator[a] Ministro HERMAN BENJAMIN [1132]. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 17/02/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 08/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801379303&dt_publicacao=08/03/2012>. Acessado em: 17.11.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/ DF – Distrito federal**. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Adv.[a/s]: Advogado-geral da União; Argdo.[a/s]: Presidente da República; Argte.[s]: Partido da Social Democracia

Brasileira – PSDB; Adv.[a/s]: Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho. Relator[a]: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 16.11.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639.337 AgR / SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337**. Agravante: Município de São Paulo, Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 23/08/2011, Data da Publicação/Fonte DJe-177 divulgação 14-09-2011 publicação 15-09-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acessado em: 16.11.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 271.286 AgR / RS. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 271.286**. Agravante: Município de Porto Alegre, Agravado: Dina Rosa Vieira. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 12/09/2000, Data da Publicação/Fonte DJ 24-11-2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acessado em: 16/11/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 482.611 / SC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 482.611**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: Município de Florianópolis. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento: 23/03/2010, Data da Publicação/Fonte DJe-060 Divulg 06/04/2010 Public 07/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=482611&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 16/11/2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari [Coord.]. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-51.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese [Doutorado em Direito Processual] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional didático**. 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos Fundamentais entre particulares na ordem jurídica constitucional brasileira**. 2007. 181 f. Dissertação [Mestrado em Direito Constitucional] – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza, 2007.

COSTA, Suzana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 451-466.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 93-124.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FONSECA, William Lopes da. O controle social do Poder Judiciário, a independência da Magistratura e o caráter político da função jurisdicional. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 841, p. 87-117, novembro de 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 164, p. 9-28, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago [coord.] *et al.* **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 11-29.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Direitos fundamentais e processo**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: 2008.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 237-283.

LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. Políticas Públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 151-182.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 245 f.; Dissertação [Mestrado em Direito Constitucional] – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Edis [Coord.]. **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: Neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo [org.]; *et al.* **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica – Instituto Brasiliense de Direito Público [IDP], 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; Garantia Suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. **Jurisdição Constitucional, Política e Democracia**. 2005. 190 f. Dissertação [Mestrado em Direito Constitucional] – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza, 2005.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1 a 32.

SALES, Tainah Simões; CORTEZ, Maysa Cortez. O mínimo existencial à luz da jurisprudência do STF. In: CONPEDI/UFPB. (Org.). **Acesso à Justiça II**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI,

2015, v. 1, p. 326-352. Disponível em:
<<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c1dad158473d5997>>

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl.; 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: Uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. *In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate, nº 9, p. 243-274, julho/dezembro, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. Brasil: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. **As Dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais**. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2006.

VIANNA, Emilio de Medeiros. **Políticas Públicas e Controle Judicial: Ponderação econômica como critério de decisão, para uma atuação judicial social e economicamente responsável**. 2010. 129 f.; Dissertação [Mestrado em Direito Constitucional] – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; *et al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini

[Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas.**
Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33 a 72.