



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PATRÍCIA DRIELLY DA SILVA

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

SOUSA - PB
2008

PATRÍCIA DRIELLY DA SILVA

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2008

Patricia Drielly da Silva

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 27 de novembro de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Jacyara Farias Souza –Doutoranda pela UMSA – UFCG
Professora Orientadora

Vanina Ferreira - UFCG
Professora

Paulo Abrantes - UFCG
Professor

Dedico esta pesquisa a minha mãe, Leticia Anarcisa, meu exemplo de vida, a ela ofereço não apenas este trabalho, como também todas as minhas vitórias e conquistas.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ser a base para todas as minhas lutas e vitórias, através de sua força divina que me incentiva a lutar por todos os meus sonhos, até mesmo aqueles considerados inatingíveis e que foram alcançados mediante o sopro de sua inspiração.

À minha mãe, pela sua força, determinação e sacrifícios, por me ensinar o valor do caráter e da honestidade e por me mostrar que mesmo diante das adversidades da vida nada é impossível quando se pode sonhar.

Ao meu pai, que mesmo ausente, o tenho sempre em meus pensamentos.

Ao meu irmão Elizandro, por me mostrar que frases bonitas de nada servem, quando se tem um olhar capaz de dizer mais que mil palavras.

À minha irmã Gerciany, presente de Deus, e que com sua ternura e pureza enche a minha vida de paz e alegria.

À minha linda Manu, um encantamento de criança.

À tia Sandra, pelo seu esforço incondicional.

À Tarsila Maria, minha irmã e meu anjo protetor, pelas suas palavras de amor e por suas bênçãos e dedicação a mim destinadas, com certeza sem a sua presença meu jardim seria menos florido.

À Alinne Siqueira, amiga e companheira, leal até nas brincadeiras, incentivo diário e responsável por tornar os meus dias mais alegres, amizade que guardarei em meu peito para sempre.

Ao Dayson, por me fazer compreender as palavras de Mozart, que "Para fazer uma obra de arte não basta talento, não basta ter força, é preciso também viver um grande amor."

Aos amigos de faculdade, Nara Rúbia, Amanda, Talita, Talytinha, Camila, Carlinha, Crisdaienne, Paulo Jackson, Cris Rego e Marcus.

À minha orientadora Jacyara, por sua dedicação e esforço.

“Os resultados somente se fazem sentir depois que o tempo consolida a experiência. Então, os investimentos de suor e lágrimas se transformam em realizações.”

Autor desconhecido

RESUMO

Os direitos fundamentais devem ser efetivados de forma que assegure à coletividade um verdadeiro Estado Social Democrático, através da fiel execução dos deveres impostos e do exercício dos direitos constitucionalmente estabelecidos. A presente monografia tem como alvo um estudo a respeito do controle judicial das políticas públicas sob a perspectiva do neoconstitucionalismo e através do exame de decisões de grande relevância. Quanto aos objetivos da pesquisa, investiga-se o fenômeno do neoconstitucionalismo, os caracteres das políticas públicas, a Separação dos Poderes e a intervenção do judiciário na atuação do Estado. Para tanto, é usada a pesquisa bibliográfica coletada na doutrina nacional e estrangeira, bem como artigos científicos e decisões pertinentes à temática, os métodos foram o histórico-evolutivo, o exegético-jurídico e o dedutivo, sistematizando o estudo em três capítulos. De início, se remete a origem e evolução do Constitucionalismo moderno e os caracteres do Estado Democrático de Direito. Em seguida, é apresentada abordagem específica sobre o tema políticas públicas, bem como seu desenvolvimento no ordenamento jurídico pátrio. E por último, é abordada a defesa da legitimidade do controle judicial das políticas, embasado na teoria do mínimo existencial e em julgados de grande repercussão, objetivando a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Como resultado deste trabalho observa-se a crescente aceitação da defesa da intervenção judicial em sede políticas públicas, provando que as idéias trazidas pelo neoconstitucionalismo estão sendo fincadas no atual Estado Social e que se tem buscado efetivamente pela proteção ao direito à vida, à saúde e à educação.

Palavras-Chaves: Neoconstitucionalismo. Políticas Públicas. Intervenção Judicial.

ABSTRACT

The rights essential to be effective in a way that guarantees the community a genuine Social Democratic State, through the faithful implementation of duties imposed and the exercise of constitutionally established. This monograph is targeting a study on the subject of judicial control of public policies from the perspective of neoconstitucionalismo, and through examination of decisions of great importance. As for the objectives of the research, is investigating the phenomenon of neoconstitucionalismo, the character of public policy, the separation of powers and the intervention of the judiciary in the performance of the state. For both, is used to search bibliographic collected in national and foreign doctrine, as well as scientific articles and decisions relevant to the topic, the methods were a history-changing environment, the legal and exegetic-deductive, the systematic study of three chapters. From start to refer the origin and evolution of modern Constitutionalism and the character of the democratic rule of law. Then, you receive specific approach on the issue public policies and their development in the legal vernacular. And finally, is addressed to defend the legitimacy of judicial control policies, based on the theory of existential and at least tried to great effect, to the realization of social, economic and cultural. As a result of this work there is a growing acceptance of the defense of judicial intervention at public policies, proving that the ideas brought by neoconstitucionalismo are the current welfare state and which has been sought by effectively protecting the right to life, health and to education.

Keywords: Constitutionalism modern. Public Policy. Intervention of justice

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 A DOCTRINA NEOCONSTITUCIONALISTA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	13
1.1 Principais aspectos do neconstitucionalismo.....	15
1.2 Caracterização do Estado Democrático de Direito	17
1.3 O Princípio da Separação dos Poderes no ordenamento jurídico brasileiro.....	20
1.4 Funções típicas e atípicas dos poderes.....	22
CAPÍTULO 2 POLÍTICAS PÚBLICAS	27
2.1 Fases ou desenvolvimento das políticas públicas	29
2.1.1. Agenda governamental.....	30
2.1.2 Formulação das políticas públicas.....	31
2.1.3 Implementação das políticas públicas	32
2.1.4 Avaliação das políticas públicas	33
2.2 Políticas públicas no Brasil	34
2.2.1 Panorama das políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro antes da década de 80.....	35
2.2.2 As políticas públicas e a Constituição Federal de 1988.....	37
2.3 Políticas públicas e a Teoria da Reserva do Possível	39
CAPÍTULO 3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	42
3.1 O mínimo existencial como fundamento para o controle judicial das políticas públicas	44
3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 e a intervenção judicial.....	46
3.3 O Superior Tribunal de Justiça e a intervenção judicial em sede de políticas públicas	49
3.4 O panorama das decisões judiciais efetivadora das políticas públicas através de controle judicial.....	50
3.4.1 Garantia do direito à saúde e o controle judicial.....	53
3.4.2 Possibilidade de bloqueio de verbas públicas pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a portador de doença grave.....	56
3.4.1.2 A efetivação do direito à saúde e a disponibilidade de vagas em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI).....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

O controle judicial das políticas públicas é um tema corrente nos debates jurídicos, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro e, hodiernamente, é estudado sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo. Esse assunto exige do jurista perspicácia suficiente para resolver questões bastante controvertidas, pautadas na efetivação dos direitos fundamentais, que por vezes acabam ficando sem posições delineadas.

Os direitos fundamentais, em sua maioria, são efetivados através da implementação de políticas públicas, ou seja, estão intrinsecamente ligados à atividade promocional do Estado Social.

Na concepção de um Estado Democrático de Direito, tem-se que a compreensão de política pública se relaciona diretamente com as bases da Administração Pública e com as metas de desenvolvimento nacional que impulsionam os programas e ações a serem desenvolvidos pelo Estado.

O exercício das atividades públicas é um meio substancial para concretização dos mandamentos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, entretanto, não raramente são percebidas as omissões legislativas, seja pela falta de qualquer política pública ou pela presença de programas estatais insuficientes.

Assim sendo, o estudo da intervenção judicial das políticas públicas torna-se imprescindível, pois, é através de um controle de legalidade e de fiscalização orçamentária que a atuação judicial verifica a real efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais impostos constitucionalmente.

Nessa seara, o presente trabalho visa realizar uma abordagem acerca do controle judicial das políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica do constitucionalismo moderno, bem como perquirir se o Poder Judiciário dentro de sua função típica tem legitimidade e capacidade para determinar que o Executivo e o Legislativo implementem as políticas públicas determinadas em fase de formulação.

A pesquisa tem como objetivos específicos investigar o fenômeno neoconstitucionalista no ordenamento jurídico pátrio, e sua influência no controle judicial das políticas públicas, analisar a separação dos poderes no regime constitucional vigente caracterizando-a como não absoluta, bem como, estudar a possibilidade de intervenção judicial das políticas públicas na seara jurídica nacional.

Nesse esteio do estudo, tem-se que o Poder Judiciário busca provar que, dentre suas funções, pode julgar através do controle de formulação e execução as políticas públicas realizadas pelo Estado e tenta demonstrar que o poder discricionário do administrador público é limitado aos preceitos legais e constitucionais.

Utilizar-se-ão para tanto, os métodos histórico-evolutivo com a finalidade de relatar o desenvolvimento neoconstitucionalista e o das políticas públicas; o exegético-jurídico para interpretação dos princípios e regras baseados em critérios jurídicos e o dedutivo, com objetivo de averiguar a estrutura e a construção do Estado Democrático de Direito. Também será manejada na abordagem temática a pesquisa bibliográfica baseada na doutrina nacional e estrangeira, artigos científicos que tratam sobre a temática e, fundamentalmente, decisões jurídicas garantidoras do controle judicial das políticas públicas.

A presente pesquisa estruturar-se-á em três capítulos. *A priori* desenvolver-se-á um estudo sobre a origem e evolução do neoconstitucionalismo, destacado pelo positivismo, jusnaturalismo, Reforma Protestante, Revolução Francesa, até uma análise da temática nos dias atuais. Também versará acerca dos principais aspectos do neoconstitucionalismo. Será analisada ainda a caracterização do Estado Democrático de Direito, além do Princípio da Separação dos Poderes no ordenamento pátrio, bem como suas funções típicas e atípicas atribuídas aos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Em seguida, o trabalho aventará sobre as políticas públicas. Nesse ponto, o intuito é realizar uma abordagem específica sobre a origem do tema e suas fases de desenvolvimento. Abordar-se-á ainda, sobre o panorama das políticas públicas antes da década de 80 e a sua implementação depois da Constituição Federal de 1988. Será dedicada, também, atenção especial à Teoria da Reserva do Possível confrontada com a execução de políticas públicas, exaltando o seu abusivo uso como forma de justificar a omissão da administração pública.

Por fim, averiguar-se-á a possibilidade de intervenção e controle judicial das políticas públicas através da comprovação da legitimidade outorgada pela Lei Maior. Na consecução do fim proposto se fará a análise do mínimo existencial como fundamento para o controle judicial das políticas públicas, sendo apresentada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 e sua nuances para o enfrentamento do tema, como também, a exposição de julgados do Supremo

Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e também de diversas decisões monocráticas. Todas as decisões trazem à tona teses inéditas sobre a competência atribuída ao Poder Judiciário, principalmente no que se refere à defesa do direito à vida, à saúde e à educação.

CAPÍTULO 1 A DOCTRINA NEOCONSTITUCIONALISTA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O atual modelo de Estado Constitucional adquiriu diferentes contornos com a chegada de uma nova fase, o pós-positivismo, que surgiu após o fim do conflito existente entre jusnaturalismo e positivismo. O jusnaturalismo tinha como principal instrumento o uso da filosofia, bem como os princípios da justiça universal e objetivava estreitar os laços entre a razão e a lei. Em contrapartida, o positivismo jurídico sustentava-se na idéia de objetividade científica, afastando a filosofia natural do direito juntamente com o seu subjetivismo e agarrando-se à idéia de igualdade entre o Direito e a lei.

Essa nova forma de pensamento, o neoconstitucionalismo, que emergiu com o pós-positivismo, surgiu na Europa com peculiares características do constitucionalismo americano e com idéias advindas da Reforma Protestante e da Revolução Francesa. Com a primeira, houve a decadência das idéias impostas pela igreja católica, que determinava a verdade para os homens embasada no poder de divino. A partir da eclosão da Revolução Francesa, surgiu a necessidade de afirmação do indivíduo livre por meio do uso de sua própria razão, simbolizado pelo poder do soberano retirado da vontade do povo, resultando na transição da monarquia para o Estado Liberal de Direito e fazendo surgir a idéia de poder constituinte caracterizado pela idéia de nação, originando, os fundamentos de uma Constituição que organize o Estado.

O novo modelo constitucional ganhou destaque após a segunda grande guerra mundial e fez culminar a idéia de Estado Democrático de Direito que teve como principais marcos a Constituição Alemã de 1949, o Tribunal Constitucional Federal de 1945, a Constituição da Itália de 1947 e a Instalação da Corte Constitucional em 1956.

Nesse deslinde Canotilho (2000, p. 46) discorre sobre a definição de constitucionalismo moderno:

Fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII,

questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até o século XVIII.

No Brasil, que vive mudanças resistentes ligadas ao autoritarismo e com uma constituição sem real aplicação, o contemporâneo pensamento jurídico ganhou força com o advento da Constituição Federal de 1988, e aflorou no país a idéia de Estado Constitucional Democrático, que vela por eficácia jurídica e pela efetividade das normas constitucionais. Sobre esse aspecto versa Barroso (2005, p. 01):

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Nesse diapasão, tem-se que as Constituições deixam de ser vistas apenas como leis básicas que regem a sociedade, ganhando o caráter de instrumento fundamental do Estado. A Constituição Federal de 1988 faz valer seus ensinamentos através de normas investidas de supremacia, sob uma perspectiva pragmática, exigindo dos poderes públicos, inclusive, a efetivação de políticas que satisfaçam os objetivos preconizados pela Magna Carta.

1.1 Principais aspectos do neconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo confere à Lei Maior o privilégio de estender sua superioridade para toda ordem jurídica, gerando a constitucionalidade do Direito, o que vem despertando nos doutrinadores brasileiros o interesse em desvendar as entrelinhas de tão complexo e encantador tema, identificando seus aspectos e principais características.

Segundo Barcelos (2007), ao dissertar sobre neoconstitucionalismo coaduna com a idéia de que o novo modelo constitucional possui características que podem ser agrupadas em dois grupos, um com elementos metodológico-formais e outro com elementos materiais.

De acordo com os elementos metodológico-formais, que constrói a idéia do neoconstitucionalismo, as premissas são: normatividade da constituição, superioridade da constituição sobre o restante da ordem jurídica e a centralidade da constituição nos demais sistemas jurídicos.

Ainda, retrata Barcelos (2007, p. 03):

A particularidade do neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica cabe agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. O neoconstitucionalismo vive essa passagem do teórico ao concreto, de feérica, instável em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

O reconhecimento da força normativa da Constituição gerou o seu caráter imperativo e obrigatório com relação à aplicação de suas normas, deixando de ser mero documento político e passando a ser reconhecida como norma superior de um Estado Democrático de Direito. Quanto à Superioridade da Constituição, ela deve se posicionar em patamar elevado com relação às demais normas, merecendo total e eficaz obediência e, com relação à sua centralidade, vincula todo o ordenamento jurídico aos seus valores estabelecidos.

O neoconstitucionalismo vela pela onipresença da Constituição em todos os ramos jurídicos, com o principal fim de buscar a efetivação da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais, englobando ainda os interesses difusos e coletivos, de forma a influenciar as diversas áreas jurídicas a serem estudadas a partir de uma nova perspectiva constitucional.

Dessa forma, coloca-se atualmente em discussão assuntos como a eficácia jurídica das normas previstas na Constituição e dos princípios, tais como o da Supremacia da Constituição, o da interpretação conforme a Constituição, o da Unidade, o da Razoabilidade e o da Efetividade, todos fundamentados em um Estado Democrático.

Com referência a tais elementos materiais, Barcelos (2007, p. 04) afirma:

Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais e a expansão, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais; (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Vê-se, assim, que as Constituições atuais carregam em seu bojo a priorização dos direitos fundamentais com o intuito de exigir a sua observância com relação a todos os ramos do direito e em todos os seus aspectos, sob o fundamento do respeito máximo à dignidade da pessoa humana e às formas garantidoras que oferecem aos indivíduos uma sobrevivência íntegra, seja pela implementação de políticas estatais objetivando a prestação da educação, saúde, lazer, seja por outros meios capazes de proporcionar, de maneira eficaz, a redução das desigualdades sociais.

Oto (2006), elenca características sobre o neoconstitucionalismo com o fim de ajudar na correta identificação desse novo paradigma.

Dentre as inúmeras características abordadas pelo referido autor, cita-se o pragmatismo, que é identificado como um direito que deve ser corretamente aplicado, ou seja, direcionado para a prática.

Tem-se, também, o ecletismo metodológico, caracterizado pela junção de dois métodos de interpretação do direito, o hermenêutico e o analítico, usado para fundamentação das decisões judiciais, logo após segue o principialismo, atribuindo aos princípios o poder de embasamento de todas as normas do ordenamento jurídico e, ainda, enfatizando o estatualismo garantista, que ocorre quando o Estado é garantidor da aplicação dos direitos fundamentais.

Outra marcante característica é o judicialismo ético, que oferece ao juiz a liberdade de utilizar preceitos morais para justificar as suas decisões, não podendo deixar de ser mencionado o interpretativismo moral-constitucional ou leitura moral da Constituição – nesse caso, o juiz não pode agir de forma arbitrária, deve sempre levar em consideração os ditames estabelecidos pela Carta Magna. Em ato contínuo Oto (2006) elenca, o pós-positivismo, que proporcionou a aplicação do direito sob o olhar da moral e não como simples direito de forma descritiva.

Aponta-se, ainda, o juízo de ponderação que, mediante a apreciação do juiz, será escolhido o princípio que mais se adéqüe ao caso concreto, sob o fundamento de que nenhum princípio é absoluto, porém, deve ser realizado um juízo de ponderação na intenção de ser apreciado o princípio que mais satisfaça ao anseio buscado.

Pelo que se vê, o neoconstitucionalismo se esforça para dar efetivo valor à Lei Maior, aferindo às suas normas eficácia direta e imediata, vinculando não apenas os poderes públicos, como também os indivíduos da sociedade para perfeita concretização do que se coaduna com as idéias do novo modelo Constitucional.

1.2 Caracterização do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como uma estrutura jurídica e política que pretende organizar uma sociedade popular em que toda a coletividade possa participar e usufruir dignamente dos direitos fundamentais constitucionalmente impostos.

Nas sábias palavras do mestre Canotilho, em seu livro *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, o Estado constitucional se forma sob dois fundamentos essenciais: o Estado de direito e o Estado democrático.

Discorre Canotilho (2000, p. 100):

O Estado constitucional é "mais" do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para "travar" o poder (*to check the Power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State Power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é *da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício político*. O Estado "impolítico" do Estado de direito não dá resposta a este último problema : donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual "todo o poder vem do povo" assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de "charneira" entre o "Estado de direito" e o "Estado democrático" possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado direito democrático*. [Grifos do autor].

O Estado de Direito é caracterizado pela obrigatoriedade da observância de um processo legalmente adequado com relação aos indivíduos que deverão ser submetidos ao crivo da justiça, pela ampla possibilidade de prestação jurisdicional oferecida à coletividade, quanto ao acesso perante os tribunais com o fim específico de garantir os seus direitos e pela correta aplicação da lei e dos costumes em detrimento de decisões arbitrárias advindas do poder judiciário.

Quanto ao Estado Democrático, caracteriza-se no que se refere ao poder político atribuído ao administrador, derivado do poder do povo, sob a égide do Princípio da soberania popular. O povo, mediante escolha, transfere para aqueles considerados capacitados a função de desempenhar as atividades essenciais para um Estado digno, consoante a observância da constituição vigente, bem como de suas normas e princípios, cobertos sempre pelo manto da proteção a Dignidade da Pessoa Humana com o propósito de consagrar os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

O Estado Democrático de Direito é uma característica marcante do Estado liberal, pois simboliza a passagem do poder concentrado nas mãos de monarcas para um poder extraído da vontade de uma nação, mediante voto popular.

Com o advento do Estado Social, o poder público, que era apenas um guardião das liberdades individuais, começa a intervir diretamente na concretização dos anseios da sociedade, por meio de políticas prestacionais, tornando-se um Estado Intervencionista, prestador de serviços sociais, sob o fundamento de uma constituição dirigente ou programática, que tem força nos anseios e aspirações populares, regulamentando todos os temas relevantes ao perfeito funcionamento do Estado. Nas palavras de Novelino (2008, p. 53), “A constituição programática caracteriza-se por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos”.

Em observância à Constituição da República federativa do Brasil de 1988, percebe-se em seu preâmbulo já o direcionamento do Brasil em estabelecer um Estado Democrático de Direito, garantidor de direitos individuais e sociais, que prima pelo respeito aos seus princípios norteadores e aos objetivos fundamentais da República, como exposto no art. 3º da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...] *omissis*
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, sob a égide de uma Constituição dirigente, com metas e programas que buscam tornar efetiva a realização dos dispositivos garantidores dos direitos sociais, o poder público utiliza-se de diversas ferramentas, tais como: serviços assistenciais relativos à saúde, educação, lazer, previdência e demais benefícios para o devido cumprimento dos preceitos constitucionais.

É mister destacar, ainda, que o Poder Judiciário tem a função de determinar a execução dessas políticas públicas quando a administração referente se mostrar omissa nessas ações. Vê-se, assim, que essa função estatal não se constrói apenas como um apaziguador de litígios individuais, tampouco, apenas um fiscalizador da

constitucionalidade de atos e procedimentos administrativos e legislativos; sua função é bem mais ampla, aferindo ao juiz um papel mais atuante na esfera do Estado Democrático de Direito.

1.3 O Princípio da Separação dos Poderes no ordenamento jurídico brasileiro

A teoria da tripartição dos poderes foi apreciada inicialmente na Grécia por Aristóteles em seu livro "Política" (1998), que centraliza em sua obra a idéia de uma divisão de funções. O delineamento de Aristóteles não é o mesmo de hoje, e por considerar o contexto histórico da época essas funções eram concentradas nas mãos do soberano. Dessa forma, o referido autor foi marco na história por identificar distintas funções exercidas pelo Estado.

A partir de então, tendo como embasamento teórico os ensinamentos de Aristóteles, o grande filósofo Francês Montesquieu aprimorou a Teoria da Separação dos Poderes em sua obra o "Espírito das Leis", versando sobre o sistema de freios e contrapesos como pressuposto e fundamento para a teoria da tripartição dos poderes e sobre a existência de órgãos distintos para o exercício dos respectivos poderes.

Na mesma obra Montesquieu utiliza o sistema de freios e contrapesos para demonstrar que os poderes são independentes entre si e que cada órgão exerce suas atividades de forma harmônica, pois cada poder freia o outro e evita o excesso por parte deste.

Citam-se aqui as idéias de Montesquieu (1992, p. 26):

O que Montesquieu ressalta é a divisão dos poderes; não a sua harmonia. A divisão no sentido de terem eles funções que se entrelaçam muitas vezes, cada Poder concorrendo, dentro da sua esfera, para um desiderato comum, único. Mas, mesmo nessa colaboração, afirma-se divisão entre eles. Ao atuarem juntos, cada qual intransigente nas funções, resultará politicamente, não por expressa disciplina legal, a harmonia entre eles. É assim que se compreende não agirem os Poderes isolados, em áreas estanques, mas agirem concorrentemente, e, no entanto independentes, dentro da realidade política, naturalmente dinâmica.

Assim sendo, considerando sua doutrina tripartida, Montesquieu divide os poderes em: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Partindo do pressuposto que a tripartição das funções limita o absolutismo do Estado e sua fundamentação faz surgir teorias políticas, Bobbio (1971) cita três teorias decorrentes das primeiras, são elas: teoria dos direitos naturais ou jusnaturalismo, que visa limitar o poder do soberano e afirma que os direitos já existem antes da contemplação da constituição; teoria da soberania popular ou democracia, que enfatiza o poder emanado da vontade popular e, por fim, a Teoria da Separação dos Poderes.

A separação dos poderes objetiva mitigar o abuso e a concentração de poder nas mãos de poucos, gerando, dessa forma, um Estado organizado, vez que cada poder exerce uma função própria.

Bobbio (1971, p. 1439-1940) afirma:

O Estado Constitucional, quer dizer, aquele Estado no qual os poderes legislativo, executivo e judiciário são independentes um do outro e em posição tal que podem controlar-se reciprocamente.

A Teoria da Separação dos Poderes faz surgir a divisão de poderes como sendo a melhor forma de se governar uma nação, atribuindo a cada poder funções típicas e excepcionalmente funções atípicas, de forma a garantir um balanceamento entre os órgãos respectivos, com a precípua intenção de atuar respeitando os limites estabelecidos e evitando abusos e medidas arbitrárias.

De regra, um órgão não poder delegar suas funções para o outro, no entanto, ressalta-se que um poder não está absolutamente impedido de exercer uma função que seja da competência de outro, isso se verifica quando houver previsão expressa sobre o tema, é o que se denomina de funções atípicas.

A tripartição dos poderes, considerado um princípio jurídico-constitucional informador, foi adotada por todos os Estados Democráticos de Direito, salvo algumas exceções. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o Princípio da Separação dos Poderes e o eleva ao patamar de cláusula pétrea fundamental, como exposto no art. 2º e art.60, §4º, III:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...] *omissis*

III- a separação dos Poderes.

A condição de cláusula pétrea erigida à separação dos poderes garante a irremovibilidade dessas do ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se que a separação dos Poderes está consagrada na constituição Federal de 1988, e se mantém associada à idéia de estado democrático de Direito, tanto por finalidade proporcionar uma excelente estrutura e organização estatal.

1.4 Funções típicas e atípicas dos poderes

Muitos estados modernos adotaram a teoria da tripartição dos poderes, contudo, diante de uma realidade mais favorável ao desenvolvimento social, essa teoria ganhava uma interpretação mais branda e menos absoluta, o que deu origem ao que se conhece por funções típicas e atípicas.

Para Montesquieu, em sua obra "O Espírito das Leis", define os três poderes (1992, p. 26):

O Legislativo "faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas". O Judiciário "pune os crimes ou julga as demandas particulares". O Executivo, sendo o restante poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral.

O Poder Legislativo, no ordenamento jurídico brasileiro, por adotar a Federação como forma de Estado, apresenta-se num sistema bicameral, no qual as atribuições da função legiferante podem se concretizar pela manifestação do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o primeiro representando os Estados-Membros e o Distrito Federal e o último formado por representantes do povo.

Prossegue afirmando Montesquieu (1992, p. 198), sobre o legislativo bicameral, "Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentará a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, a seu turno, pelo Legislativo".

A função típica do Legislativo tem previsão constitucional nos arts. 48 e 70 ambos da Constituição Federal de 1988, sendo elas: legislar e fiscalizar os atos advindos do Poder Executivo nas esferas financeiras, orçamentária, operacional e patrimonial.

Por seu turno, tem por função atípica processar e julgar os ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União e julgar os crimes de responsabilidade, quando os agentes forem os previstos no art. 52, incisos I e II da Constituição Federal de 1988:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

O Poder Executivo, por sua vez, é exercido pelo Presidente da República com auxílio dos Ministros de Estados, e tem precípua função de exercer atos de chefia do Estado, do governo e da administração. No caso do Brasil, o Presidente da República exerce a função de chefe de Estado, ao representar o país em âmbito internacional e chefe de governo quando trata de negócios de natureza política ou administrativa.

Atipicamente o Executivo exerce a função legislativa, quando da elaboração de medida provisória e de julgador, como dispõe o artigo 62 da Constituição Federal de 1988, devendo agir de modo excepcional em caso de urgência ou de grande relevância, necessitando de plano, tal medida, a apreciação pelo Congresso Nacional.

Com relação ao Poder Judiciário, sua função típica é o exercício da jurisdição, sobre esse aspecto Lenza (2007, p. 486) explicita:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, parcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizado no mundo das coisas o que o preceito estabelece.

Sendo a atividade pela qual o Estado substitui a vontade das partes, tendo como características a lide, inércia e definitividade. A lide é caracterizada pela discordância de vontades, que gera a inércia, vez que o conflito é levado ao Judiciário para que se tenha uma solução pacífica e amparada na justiça, acarretando o caráter definitivo da decisão.

Quanto às funções atípicas desenvolvidas pelo Judiciário, frisa-se a natureza executivo-administrativa, assim como as de natureza legislativas verificadas quando da elaboração do regimento interno, previsto constitucionalmente em seu art. 96, I, "a" da Constituição Federal de 1988.

Na sociedade moderna, o Judiciário tem ganhado vultosa importância, além de ter ampliando o seu leque de atribuições, vez que a sociedade anda em constante transformação. Para que o supramencionado poder não se paralise no tempo e não perca sua real aplicabilidade diante da eficiência desejada, é necessário que se ultrapassem limites previamente estabelecidos, em prol do respeito às premissas importas pela Constituição Federal, à proteção a Dignidade da Pessoa Humana, bem como aos princípios que alicerçam uma sociedade justa e igualitária.

Tal característica fica mais destacada quando comparada com a importância que era dada por Montesquieu ao Poder Judiciário, pois ele centraliza sua atenção apenas nos Poderes Executivo e Legislativo, considerando o Judiciário uma “figura neutra e inanimada” e distante dos demais poderes. Tão distante era, que não existia, na época, fiscalização sobre a atuação de nenhum dos demais poderes.

Hodiernamente, devido à ampliação de suas funções, o Poder Judiciário tem extrapolado fundamentadamente a sua esfera de atuação para garantir os caracteres de um Estado Constitucional de Direito.

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu art. 3º os objetivos 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 a marginalização 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.

Dessa forma, verifica-se a necessidade de atuação direta do poder público quanto à elaboração de políticas públicas mediante a criação de programas que visem à satisfação dos anseios de uma sociedade carecedora de cuidados e assistência, buscando garantir tais objetivos.

Os referidos programas devem ser satisfatórios com relação às necessidades no âmbito da saúde, educação, lazer, previdência, assistencialismo, entre outros que assegurem a proteção ao princípio chefe de uma sociedade democrática e de direitos, a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, pois, a importância de uma fiscalização por parte do Judiciário na realização dessas políticas e se as execuções das mesmas estão sendo realizadas satisfatoriamente.

Assim sendo, inegavelmente, o Poder Judiciário intervém diretamente na esfera dos demais poderes e passa a exercer o controle dos atos e das políticas

impostas pelo poder público, imbuído na missão de zelar pela justiça no que se refere às decisões que afetam a todos os cidadãos.

Conforme exposto, percebe-se que os demais poderes não poderão agir com absoluta discricionariedade, devendo atuar adequadamente no delinear de seus legítimos limites, evitando utilizar tal mecanismo como manto protetor para a prática de medidas arbitrárias.

Ao assumir ativamente essa função, o Poder Judiciário se alicerça nos princípios implícitos da razoabilidade e proporcionalidade.

Discorre Alexandrino e Paulo (2008, p. 178) a respeito da temática:

Assim, o controle da discricionariedade pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade deve ser entendido desta forma: quando a Administração pratica um ato discricionário além dos limites legítimos de discricionariedade que a lei lhe conferiu, esse ato é ilegal, e um dos meios efetivos de verificar sua ilegalidade é a aferição da razoabilidade e proporcionalidade. Ainda que a Administração alegue que agiu dentro do mérito administrativo, pode o controle de razoabilidade e proporcionalidade demonstrar que, na verdade, a Administração extrapolou os limites legais do mérito administrativo, praticando, por isso, um ato passível de anulação (controle de legalidade ou legitimidade), e não um ato passível de revogação (controle de mérito, de oportunidade e conveniência administrativa, que é sempre exclusivo da própria Administração Pública).

Percebe-se assim, que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade freiam os ímpetus da Administração Pública assegurando ao particular a eficácia de seus direitos e garantindo a autonomia do Poder Judiciário que é fundamentado em seu discurso de justificação no que se refere às suas decisões, fazendo jus à democracia constitucional difundida.

CAPÍTULO 2 POLÍTICAS PÚBLICAS

O conceito de políticas públicas surgiu após a Revolução Industrial, tornando-se, a partir de então, um dos temas das cogitações das teorias jurídicas. As primeiras idéias sobre políticas públicas foram lançadas no mundo jurídico pelo célebre estudioso Ronald Dworkin, que criticava severamente o modelo positivista, vez que o considerava responsável pelo engessamento do Direito, afirmando, ainda, que o referido modelo priorizava as regras em detrimento dos princípios e diretrizes, instrumentos necessários para a construção de um Estado Democrático de Direito.

Outro importante autor que contribuiu para o aperfeiçoamento e entendimento das políticas públicas foi o Mestre Canotilho (2001), quando em uma de suas obras diferenciou princípios e fins e tarefas constitucionais, as últimas executadas mediante a implementação de políticas públicas.

Verifica-se a intrínseca necessidade da análise do conceito de políticas públicas e sua conseqüente implementação no Estado Democrático de Direito, assim como sua fiscalização pelo Poder Judiciário que visa efetivar os princípios que regem o novo modelo constitucional caracterizado pelo neoconstitucionalismo.

A idéia de políticas públicas foi introduzida no Brasil através da Constituição Federal de 1988, que trouxe a implementação dos direitos fundamentais positivos embasados na intervenção do Estado. Sua concretização acontece por meio dos programas, metas e ações governamentais que garantem o fiel desenvolvimento dos preceitos estabelecidos pela Lei Maior.

Assim, tem-se que a Constituição é a orientadora da atuação do Poder Público, devendo ser respeitada e efetivada através de programas governamentais, como bem relata Canotilho (*apud* BARROS 2008, p. 59):

Não há dúvida que a consagração concreta de políticas implica um *mandato constitucional de otimização* dos direitos através de uma política predeterminada com a conseqüente restrição da liberdade de conformação do legislador e entrada do controle das políticas no circuito da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade).

A concepção de política pública se une as pilastras da Administração Pública e as suas metas sociais e econômicas que impulsionam os programas e ações a serem desenvolvidas pelo Estado, nesse deslinde verifica-se que tais políticas se ligam a atividade promocional do estado e aos fins de cunho coletivo.

Dworkin (*apud* BARROS 2008, p. 57) transcreve:

Dworkin avisou expressamente que denominava [...] 'Política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Os princípios, na sua visão, já não têm a finalidade de assegurar uma situação socialmente desejável, mas instituir exigências de justiça e equidade.

Devem as políticas públicas ser compreendidas à luz da Constituição Federal de 1988, sob o prisma do novo modelo constitucional. Estas relacionam-se com os recursos financeiros públicos, pois sua realização emerge não só da necessidade da sociedade como também da disponibilidade de recursos orçamentários.

As políticas públicas realizadas pelo Estado não tem apenas a tarefa de aplicar os recursos financeiros, mas de investi-los visando o desenvolvimento do país, dando aos indivíduos condições necessárias de concorrerem potencialmente em mundo globalizado cercado de desigualdades sociais.

Assim sendo, as políticas públicas são instrumentos essenciais para concretização de metas, programas, prestações de serviços e ações estatais que tenham por finalidade garantir os objetivos fundamentais do Estado, dando importância máxima ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na intenção de garantir condições mínimas de existência. Sendo essa ferramenta necessária para efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, Comparato (*apud* BARROS 2008, p. 70) afirma:

A política ou "polícia" pública (...) é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa atividade, ou seja, uma serie ordenada de normas ou atos, do mais variado

tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenando de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos a consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução, são também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. O que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos poderes públicos ou a eles imposta pela Constituição ou as leis.

O conceito de políticas públicas é complexo, pois envolve várias fases, de seus atos iniciais caracterizado pela sua definição, até sua real e efetiva aplicação, devendo todas as ações passarem pelo crivo dos parâmetros constitucionais e legais. A partir de então, ver-se que o controle judicial passaria a ser parte do efetivo desenvolvimento das políticas, por ter dentre suas funções atípicas a obrigatoriedade de fiscalizar os supramencionados atos.

No Brasil as políticas públicas são caracterizadas de duas maneiras, uma de natureza social, que tem a preocupação com programas educacionais, de saúde e outros da mesma espécie e uma de natureza econômica, ambas se complementam e possuem a finalidade precípua de proporcionar à coletividade condições digna de sobrevivência.

2.1 Fases ou desenvolvimento das políticas públicas

A realização das políticas passa por um processo linear de desenvolvimento. O despertar para sua inicialização ocorre com a constatação de questões que merecem preocupação por parte do Poder Público, chamado por alguns doutrinadores de “problemas políticos”, verificado este, forma-se a agenda governamental para discussão da relevância do tema, em seguida surge a formulação e a implementação para solução do problema, ocorrendo à passagem do plano teórico para o prático, na intenção de garantir a eficácia dos fundamentos estabelecidos constitucionalmente.

2.1.1. Agenda governamental

A agenda governamental, primeira fase para o desenvolvimento das políticas públicas, é formulada mediante a averiguação de problemas que tomam proporções consideráveis no meio social e que podem influenciar diretamente na vida dos cidadãos, portanto, o problema para ser *a posteriori* transformado em objeto de política pública deve interferir diretamente nos anseios da sociedade. As questões que carecem de uma atenção mais urgente por parte dos formuladores e que integram a agenda governamental fazem surgir a agenda decisória, os assuntos que a integram por serem de providências imperiosas estão aptos a serem transformados em políticas públicas.

Os problemas passam a fazer parte da agenda governamental quando são capazes de gerar clamor no meio da sociedade, gerando crises ou eventos que despertam o interesse do público.

É importante ressaltar, que não raras às vezes uma política pública surge desvinculado de qualquer problema correlato, sendo apenas uma decisão impulsionada por estudos de especialista em determinada área.

Como bem relata Gonçalves (2008, p. 11):

Trata-se de um fluxo de conhecimento onde prevalece a persuasão e a busca do consenso. Os defensores de uma proposta tentam difundir-la dentro de suas comunidades até convencer seus pares de que ela é a melhor solução para atender a preocupação que compartilham. Em seguida, esses especialistas partem para fora da comunidade de que fazem parte para conseguir adeptos do público em geral, pois sabem que esse suporte pode ser fundamental para o sucesso da alternativa proposta. Durante o período de formulação na arena decisória.

Ainda, tem fundamental influência para fazer parte da agenda governamental os assuntos que move o clima nacional, devendo lembrar que para implementação das políticas públicas que objetiva sanar os problemas detectados é fundamental que haja viabilidade técnica, custos razoáveis e política organizada.

2.1.2 Formulação das políticas públicas

No que se refere à formulação das políticas públicas é o estudos das propostas lançadas para a resolução dos problemas verificados, mediante as preferências que melhor satisfaça os anseios de um Estado Democrático de Direito regido à luz de uma idéia que garanta o chamado mínimo existencial, que são condições necessárias para que um indivíduo sobreviva no meio social de forma saudável e satisfatória.

Ocorre aqui o debate sobre as preferências dos implementadores, sendo feita análise de custos e benefícios em relação a cada idéia lançada conforme o problema a ser resolvido.

Da formulação, surge a tipologia ou modelos das políticas públicas, que é bem explicada por Lowi (*apud* SOUSA 2006, p. 05):

Theodor Lowi (1964; 1972) desenvolveu a talvez mais conhecida tipologia sobre política pública, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política. Com essa máxima Lowi quis dizer que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e que disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas. Para Lowi, a política pública pode assumir quatro formatos. O primeiro é o das políticas distributivas, decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo. O segundo é o das políticas regulatórias, que são mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse. O terceiro é o das políticas redistributivas, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento. O quarto é o das políticas constitutivas, que lidam com procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente.

Os modelos de políticas públicas têm a intenção de facilitar o entendimento das diversas formas de atuações do Poder Público. O primeiro modelo é o das políticas distributivas que são caracterizados pelo pouco custo para os que não se

beneficiam diretamente com suas vantagens, tendo como alvo grande parcela da população.

O segundo modelo é o das políticas regulatórias que envolvem diretamente os políticos e os grupos destinatários e se relacionam com ordens, proibições, decretos e portarias.

O modelo seguinte é o da política redistributiva sendo aquela que atinge grande parte da população e que impõe perdas para uns e ganhos para outros, como ocorre no caso das políticas previdenciárias.

O quarto e último modelo é a política constitutiva que modificam, estruturam e geram regras conforme as necessidades.

A partir desses modelos, percebe-se que as políticas públicas não se limitam apenas as leis, mas apresentam fins a serem alcançados, sendo criados para gerar resultados duradouros através de um processo contínuo de desenvolvimento.

2.1.3 Implementação das políticas públicas

A implementação é a terceira fase do processo de execução das políticas públicas e tem a função de concretizar as metas estabelecidas na fase de formulação, conforme observância dos recursos financeiros disponíveis e do prazo determinado para finalização do projeto.

Nessa fase, deve-se definir exatamente o problema e demonstrar a forma como tratá-lo, identificando a solução mediante definição de estratégias de implementação.

Muitas vezes os resultados gerados com a implementação das políticas públicas é diferente daquele planejado na fase de formulação, na análise dos processos de implementação deve ser observado a qualidade material e técnica dos programas, ou seja, a correta avaliação dos planos a serem executados e se sua conclusão alcançou os fins almejados conforme estabelecido em fase de formulação, devendo ser observado e apontado os déficits do programa para que haja um efetivo melhoramento.

Tem-se, ainda, que analisar a atuação dos implementadores, verificando se estão agindo conforme exigência para a perfeita realização dos projetos e metas.

Pode-se dizer que tal implementação é a concretização das políticas públicas e ocorre através dos programas e ações de governo que viabilize um resultado satisfatório que sane as necessidades da coletividade.

2.1.4 Avaliação das políticas públicas

A última fase do ciclo das políticas públicas é a de avaliação, é nesse momento que ocorre à apreciação dos programas implementados, bem como a análise de seus efeitos, tanto positivos como negativos, com relação aos seus efetivos resultados. No caso de ser encontradas máculas a administração se prepara para repará-lo, seja modificando o programa executado anteriormente ou iniciando um novo processo de políticas públicas, dessa vez atenta para suprir os erros anteriormente percebidos.

Com isso, a fase de avaliação se torna ferramenta relevante para o processo de implementação das políticas públicas, bem como para o fiel desenvolvimento e fim a que se propõem os projetos determinados.

Como bem salienta Frey (2000, p.18-19):

A avaliação ou controle de impacto pode, no caso de os objetivos do programa terem sido alcançados, levar ou à suspensão ou ao fim do ciclo político, ou, caso contrário, à iniciação de um novo ciclo, ou seja, a uma nova fase de percepção e definição e à elaboração de um novo programa político ou à modificação do programa anterior. Com isso, a fase da avaliação é imprescindível para o desenvolvimento e a adaptação contínua das formas e instrumentos de ação pública, o que Prittwitz denominou como aprendizagem política. [Prittwitz, 1994, p. 60 s]. Segundo a concepção do modelo de *policy cycle*., o processo de resolução de um problema político consiste de uma seqüência de passos. Mas, na prática, os atores político-administrativos dificilmente se atêm a essa seqüência. Isso vale especialmente para programas políticos mais complexos que se baseiam em processos interativos, cuja dinâmica é alimentada por reações mútuas dos atores envolvidos [...].

Mesmo as fases sendo bem delineadas e todas apresentando funções específicas e logicamente pré-determinadas, a fase de avaliação pode acontecer antes da fase de implementação, durante, para análise dos possíveis efeitos a serem causados e depois de passada a fase de implementação e de realizada a ação estatal.

Quando a avaliação ocorre antes e durante se verifica uma fiscalização contínua e permanente do programa implementado, assim sendo, na medida em que é percebida alguma irregularidade são feitas adaptações que assegurem o resultado almejado.

Com precisão, o Estado é o responsável direto pelo processo de avaliação das políticas públicas, objetivando, dessa maneira, o desenvolvimento nacional. Esse, em algumas vezes, juntamente com a sociedade participativa, depois de verificado a concretização dos programas, cria novas formas de políticas públicas para a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, introduzindo na agenda governamental novos problemas políticos que serão alvos de uma futura formulação e implementação das políticas objetivadas.

Com isso, a participação da sociedade pode alterar e redesenhar a destinação de gastos públicos, por isso, as exigências da sociedade devem estar presentes nas discussões dos partidos políticos e debates públicos.

2.2 Políticas públicas no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro o modelo, a elaboração e o controle das políticas públicas adotados, visam assegurar às premissas impostas pelo Estado Democrático de Direito à luz do modelo constitucional contemporâneo, denominado de neoconstitucionalismo.

Dessa forma, a garantia de uma sociedade justa e solidária, embasada na proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é caracterizada principalmente pela responsabilidade imposta ao Estado através do seu intervencionismo nas relações sociais e na realização de metas que tornem eficazes os objetivos impostos pela Constituição Federal de 1988.

Vale destacar, que o Estado brasileiro tem sido em muitos aspectos considerado incapaz de promover meios que supram as necessidades da população carecedora de planejamento governamental. Tamaña insatisfação é gerada pelo insucesso das implementações de algumas políticas públicas.

2.2.1 Panorama das políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro antes da década de 80

Nesse período, de história brasileira, as políticas públicas eram centralizadas, todos os atos advinham do Executivo Federal, o Estadual e o Municipal eram apenas os executores dos planos já elaborados pelos primeiros. Porém, mediante as dificuldades de saber ao certo as reais necessidades da população alvo das políticas implantadas, os governos locais e estaduais ganharam destaque no processo de desenvolvimento das políticas públicas, pois tinham uma maior percepção das necessidades sentidas pelos respectivos destinatários dos programas a serem realizados, dessa forma o governo central carecia do suporte daqueles para melhor desempenhar seu papel, originando, nesses moldes o sistema de clientelismo, que se caracterizava pela troca de favores entre as esferas de governo.

A política pública, ainda, era caracterizada pela fragmentação institucional, que simboliza o nascimento de órgãos e agências nas áreas de saúde, educação, moradia, segurança, entre outros que se ligava a uma idéia de País Social.

Outra forte característica das políticas públicas é o caráter setorial, e nesse ponto Gonçalves (2008, p. 02):

O processo de construção institucional fragmentado selecionou algumas áreas de políticas às quais o Estado dedicava mais atenção. A especialização dos órgãos contribuiu para que esses setores de políticas ganhassem atenção especial, o que era condizente com a complexidade que os caracteriza – complexidade menosprezada por muitas décadas. Contudo, esse desenvolvimento setorializado contribuiu para que as políticas se apresentassem de forma autônoma e desarticulada, sem mecanismos que permitissem a consecução de objetivos comuns ou o aproveitamento de

efeitos positivos da coordenação entre políticas. Ocorriam, muitas vezes, retrabalhos, desperdícios e ineficiência, principalmente em políticas relacionadas a realidades interligadas em que a coordenação entre programas é um fator fundamental para o aprimoramento da qualidade de vida do público alvo.

O caráter especializado visa uma maior eficiência nas realizações das ações governamentais, contudo, não se deve analisar as políticas públicas apenas em seu âmbito específico, mas também em seu caráter geral que se relaciona diretamente com os específicos.

Bercovici, (*apud* BARROS 2008, p. 65):

Da opinião de Bercovici fica uma lição relevante: deve-se combater qualquer orientação no sentido de uma excessiva ênfase em políticas setoriais e fragmentadas, que possa obnubilar as políticas gerais, mais ligadas ao desenvolvimento econômico e social. Qualquer atuação em matéria de políticas públicas exige a compreensão do todo (do macro), sob pena de obter mais retrocessos que avanços e esse, certamente, não pode ser o objetivo.

Tem-se, que a atuação do poder público não pode supervalorizar excessivamente as políticas setoriais em detrimento das políticas gerais, caracterizadas pelo desenvolvimento social e econômico. A atuação do poder público exige a análise do todo e não apenas de parte, sob pena de não ser aferido o compromisso de zelar pelo bom desempenho das metas estabelecidas pelo Estado.

Outra importante característica dessa época é a exclusão da sociedade civil dos programas de políticas públicas, ou seja, gerando um panorama em que a grande massa carente fica na linha do esquecimento enquanto grupos seletos se beneficiam do dinheiro público, na maioria das vezes alimentando exageradamente os índices de miserabilidade diagnosticados no país.

Ainda, é relevante mencionar que no período em epígrafe vigorava o modelo de provisão estatal que dava ao Estado a total responsabilidade em implantar um Estado Social, servindo de peça chave para fundamentar a nossa atual Lei Maior.

2.2.2 As políticas públicas e a Constituição Federal de 1988

Depois de vivenciado várias constituições, o ordenamento jurídico nacional estava disposto à elaboração de uma Constituição mais eficaz e mais amparado nas necessidades da coletividade, surgindo, dessa forma, a Constituição Federal de 1988 com a idéia de democratização, descentralização e aumento da participação do povo nas implementações das políticas públicas e na busca de um Estado Social e Democrático.

A sociedade passava a sentir necessidades que podiam ser supridas através de atividades de natureza prestacional.

Recorda Appio (2008, p. 143):

As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento teórico.

O Estado Constitucional esboçado na Constituição Federal de 1988 assume a responsabilidade de garantir aos seus cidadãos condições suficiente de oportunidades, através da atuação da administração pública por meios de suas diretrizes, conforme normas programáticas que visam assegurar o eficaz desenvolvimento das pilastras bases de uma sociedade que reza pela proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, dessa forma, verifica-se a atuação do poder público na elaboração de projetos que impulsionam o desenvolvimento social, econômico e cultural.

A intervenção do Estado se limita e se vincula aos direitos e garantias individuais impostos pela Constituição Federal de 1988, concomitantemente a Lei Maior impõe as obrigações e os deveres a serem cumpridos pelo Estado intervencionista e estabelece o campo de atuação do Poder Público.

Nesse modelo previsto na Carta Magna os recursos públicos devem ser aplicados de forma a gerir o desenvolvimento econômico e social do país, atribuindo, também, a capacidade de competir com os países desenvolvidos.

Nesse deslinde a atuação estatal objetiva ser eficaz e concreta e deve atuar não apenas na área econômica como também na área social, seja no âmbito educacional, da saúde básica entre outros setores.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que as múltiplas políticas públicas deve se caracterizar mediante sua relação com os altos custos que lhe são atribuídos. O Estado ao executar os programas públicos realizam atividades complexas, que configura o processo de implementação das políticas, como o processo de formulação, da implementação em si e a avaliação.

Conforme estabelecido pela Carta Magna o desenvolvimento das políticas públicas deve obedecer ao planejamento da gestão pública, almejando a perfeita execução sob pena de não conseguir o fim almejado.

Como peça fundamental para a plena realização e concretização das políticas públicas é necessário agir conforme as peças orçamentárias, não podendo ser desvinculado orçamento público dos programas implementados, caso essa contextualização não ocorra ficará demonstrado a falta de compromisso e respeito aos princípios constitucionalmente previstos.

Afirma Barros (2008, p. 89): “O realce, nos dias de hoje, do papel político do orçamento, como instrumento de planejamento estatal para a efetividade de direitos que demandam políticas públicas e efetivação gradual, é incontestante”.

Ainda, no mesmo sentido Torres (*apud* BARROS 2008, p. 90):

Que o Estado Orçamentário procura, através do orçamento, além de fixar as receitas tributárias e patrimoniais, redistribuir rendas, entregar prestações de saúde, educação, seguridade e transporte, além de promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a economia. Tal modelo estatal baseia-se no planejamento. É um Estado de planejamento.

Como observado, a vinculação dos programas implementados com o planejamento orçamentário deve ser peça prioritária, porém, vale ressaltar que existem exceções. Sendo constatadas nos casos em que se verifica a

impossibilidade da exata execução das metas estabelecidas, situação em que são exigidas justificativas cabíveis e legais, dentro de uma normalidade esperada para que não ocorra violação aos ditames constitucionais e para que não se verifique abuso de poder pela administração pública.

2.3 Políticas públicas e a Teoria da Reserva do Possível

O texto constitucional vigente prevê que os direitos fundamentais que deverão ser executados pelo Poder Público, especialmente os direitos sociais prestacionais, através de programas governamentais e conforme disponibilidade de dinheiro público, caracterizando a obrigatoriedade da atuação estatal para a concretização dos objetivos almejados pelo Estado Social. Nesses termos, relata Cunha Júnior (*apud* FACCHINI 2006, p. 10):

Na hodierna dogmática constitucional, com o reconhecimento de um direito fundamental à efetivação da Constituição, assiste-se, sem dúvida, a um deslocamento da doutrina dos direitos fundamentais dentro da reserva de lei para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais, de tal modo que é incogitável negar o caráter jurídico e, conseqüentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, que são autênticos direitos subjetivos. Todos os direitos sociais geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, exigíveis desde logo, inobstante possam apresentar teores eficácias distintos.

Para efetivação desses direitos demandam gastos públicos, que na maioria das vezes são escassos, gerando a obrigação de escolhas por parte do poder público com relação às medidas adotadas para concretização das prestações estatais positivas.

Dessa forma, tem-se que o Estado quando não possui meios suficientes para o cumprimento das metas estabelecidas pelos projetos governamentais utiliza-se da chamada reserva do possível.

No Brasil diante de um panorama marcado pela desigualdade social, a administração pública se utiliza da Teoria da Reserva do Possível para explicar a não implementação das ações públicas justificada na indisponibilidade de recursos financeiros, prejudicando, em algumas vezes, substancialmente os direitos sociais exigíveis.

É importante frisar as palavras de Mello na ADPF nº 45 MC/DF, publicada no Diário de Justiça da União em 04 de maio de 2004:

[...] para fins de implementar direitos sociais, a necessidade de conjugar um binômio. 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.

O Estado, representado na ocasião pelos chefes do Executivo, enquanto implementadores das políticas públicas, não pode se eximir da responsabilidade de gerir o desenvolvimento nacional do país em prol de benefício próprio, sendo necessária a observância da Teoria da Reserva do Possível e o seu suposto abuso como forma de justificar a omissão da administração pública.

Conforme percebido a exigência de implementação de programas sociais, econômicos e culturais, encontra-se intrinsecamente ligada à idéia de proporcionalidade e razoabilidade vinculada ao direito requerido e a constatação de recursos financeiros por parte do Estado.

A cláusula da reserva do possível considera, ainda, que os direitos fundamentais não tenham eficácia imediata, uma vez que estão condicionados ao financeiramente possível, chegando a acarretar não raras às vezes uma demora na execução das metas estabelecidas ou a inexistência da prestação estatal.

A utilização dessa teoria não pode ser usada como regra, sob pena de prejudicar a efetividade dos deveres constitucionais que se relacionam diretamente com as políticas públicas. Assim sendo, deve ser usada sob um juízo de ponderação, com a finalidade de permitir a implementação de outros projetos que beneficiem a coletividade, não podendo ser manejada com empecilho a efetivação dos direitos individuais, devendo ser usada como forma de explicar um direito que será aplicado de maneira lenta e gradual.

A alegação da reserva do possível deve ser justificada mediante a demonstração de provas concretas, assim comenta Barros (2008, p. 155):

Não é suficiente a simples alegação desacompanhada de provas, até porque o limite fático (ausência de recurso) ou jurídico (ausência de previsão orçamentária) deve ser demonstrado objetivamente, não comportando ponderações de ordem subjetiva ou que encubram intenções manifestas de descumprir a constituição, o que briga de frente com as premissas do neoconstitucionalismo.

Ademais, considera-se que os recursos financeiros devem ter suas destinações conforme impõe a Constituição Federal de 1988, tendo que ser observadas as prioridades em detrimento das metas não prioritárias, imbuídos na intenção de zelar pela Dignidade Humana, conforme pregado pelo neoconstitucionalismo, vez que todos os gastos públicos devem obediência aos preceitos legais e constitucionais, pois sua força normativa transcende a toda ordem jurídica.

CAPÍTULO 3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos fundamentais constitucionalmente previstos são efetivados mediante a realização de políticas públicas, portanto, aferi-se ao poder público a implantação de programas, metas e ações governamentais para a concretização desse fim.

Observa-se, nesse cenário, que a atuação da Administração Pública, por meio dos programas governamentais e os seus respectivos resultados, merecem uma fiscalização mais minuciosa por parte do poder público quanto ao seu desenvolvimento, por possuírem importância significativa na concretização das diretrizes estabelecidas pela Lei Maior. Sendo verificada alguma irregularidade, ação ou omissão, que afronte aos princípios estabelecidos pela Carta Magna, o Poder Judiciário terá competência para controlar e encontrar soluções para efetivação dos princípios fundamentais, à luz das idéias de Barros (2008, p.99):

Os mais altos pretórios, aos poucos, aqui e acolá, na esteira do que já vinha decidindo juízes e Tribunais mais abertos a teses inovadores, vêm sufragando entendimentos mais apropriados à concretização dos direitos fundamentais, inclusive os que demandam políticas públicas, superando época histórica onde o Poder Judiciário, por apego ao formal e em obséquio a uma roupagem, absoluta atribuída a discricionariedade administrativa, ao princípio majoritário e ao postulado da separação dos poderes, sequer examinavam demandas que envolvessem orçamento ou realização, por qualquer modo, de políticas públicas.

O Poder Judiciário, fundamentado em um Estado Democrático de Direito e na idéia trazida pelo constitucionalismo pós-positivista, designado neoconstitucionalismo, introduz no ordenamento jurídico brasileiro não apenas o respeito aos princípios constitucionais, como também a sua superioridade em detrimento das regras, fiscalizando e controlando os atos emanados do poder público, sob a justificativa de um poder dotado de garantias e coberto pelo véu da imparcialidade.

Tem-se, que o controle Judiciário é exercido sobre todos os atos administrativos emanados pelos demais poderes, seja no que se refere à forma e

sua legalidade, seja na observância das diretrizes impostas pela Constituição Federal de 1988 que garante a proteção aos direitos individuais.

A fiscalização e o controle atribuído ao Poder Judiciário fundamenta-se nas normas impositivas constitucionais, consoante se observa no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, merece transcrição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] *omissis*

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...] *omissis*

O controle exercido pelo Judiciário é um meio de resguardar os direitos individuais, sempre embasados sob o Princípio da Legalidade, Proporcionalidade e Razoabilidade, evitando extrapolar as funções impostas ao referido órgão.

O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais é de essencial importância, inclusive pelo descompasso que é percebido entre a vontade constitucional e a vontade do administrador.

Por isso, tem-se que a atuação judicial é reflexo das insatisfações da sociedade participativa, de modo que os cidadãos lutam pela eficácia das promessas constitucionais, enquanto o poder público se reveste de ideologias e má administração para justificar sua irresponsabilidade com o cumprimento do dever constitucional.

Nesse quadro, a legitimidade judiciária mostra-se visível e bem delineada, vez que age em prol da força normativa da Constituição Federal de 1988 e de sua supremacia.

3.1 O mínimo existencial como fundamento para o controle judicial das políticas públicas

Essa teoria nasceu durante em um período que compreende a derrocada do regime feudal até o final do século XVIII. Nessa época não havia imunidade tributária para os pobres, apenas para classe alta da sociedade.

Em meio a esse panorama histórico, surge a idéia de mínimo existencial entrelaçada com o Estado de Polícia. Assim essa teoria veio ganhar destaque no Estado democrático, por pregar que todo cidadão tem o direito de viver dignamente.

O mínimo existencial é um direito fundamental, que serve de embasamento substancial para exigência dos direitos individuais e sociais, inclusive de cunho prestacionais,

Nessa diapasão, Dworkin (*apud* Gouvêa, 2003 p. 68): “os direitos fundamentais (incluindo os direitos fundamentais a prestações) são *trunfos* que seus titulares podem invocar, até mesmo, contra o princípio majoritário”.

O conceito de mínimo existencial se caracteriza por ser um complexo de interesses relacionados com a idéia de preservação da existência digna de vida, assim sendo, resta configurada a competência para um controle judicial com relação à intervenção estatal que tenha por fim garantir prestações estatais positivas.

Salienta Barros (2008, p. 147):

É possível perceber, nos esforços para se construir uma noção concreta do que seja mínimo existencial, uma preocupação doutrinária que vem de um tempo onde se clamava por “salvar” alguns direitos sociais, econômicos e culturais da sua sina de absoluta falta de efetividade. A esse respeito, se construiu a idéia de que existem direitos que se inserem como condições básicas de vida digna (mínimo existencial) e que, por sua proximidade com o valor da dignidade da pessoa humana, tem aplicação direta e imediata, por outro lado, encontram-se também os que defendem a necessidade de submeter à eficácia, mesmo deste núcleo básico, aos limites dos recursos disponíveis. [grifos do autor]

Percebe-se, ainda, que o mínimo existencial engloba todo o direito que seja utilizado como meio de levar ao indivíduo condições razoáveis de sobrevivência, não se podendo excluir a busca pela efetividade de alguns programas governamentais

pelo fato de não se tratarem diretamente de direitos fundamentais, como bem observado por Gouvêa (2003, p. 73):

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do *máximo de utilidade* (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social.

O Estado deve sempre visar à garantia do mínimo existencial mediante suas metas de políticas públicas, colocando numa escala de prioridades as ações que se relacionam diretamente com a condição de felicidade e satisfação dos indivíduos que vivem em sociedade, que se concretiza na observância a efetividade dos direitos à educação fundamental, saúde, assistência e acesso a justiça.

Tem-se, que as prestações estatais devem caminhar paralelamente com os ditames impostos pelas condições mínimas de existência, identificando as necessidades prioritárias da sociedade, o que vincula a intervenção estatal a escolhas, pois os recursos públicos se tutela no financeiramente possível.

O mínimo existencial é tido como uma das ferramentas essenciais para a fundamentação do controle judicial das políticas públicas, e também como forma de garantir a integridade constitucional, bem como seus ditames estabelecidos, vez que ao poder público cabe a função de observar o mínimo existencial não apenas como um mínimo para sobrevivência, mas sim como um meio para existência amparada na proteção da dignidade humana.

3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 e a intervenção judicial

A arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 foi um fidedigno caso onde o Supremo Tribunal Federal foi provocado para promover o controle jurisdicional de políticas públicas.

A referida ADPF foi promovida contra o veto do Presidente da República que recaiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente remunerado para o art. 59) da Lei de nº 10.707/2003 (LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias), vez que o veto presidencial descumpria o estabelecido através da EC nº 29/2000, que garantia recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos.

Em pronunciamento monocrático o Ministro Celso de Mello, com referência a ADPF nº 45 MC/DF, explicitou posicionamento favorável sobre a possibilidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário:

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], [ADPF nº 45 MC/DF, DJU de 04.05.2004, informativo nº 345-STF].

Depois do questionamento realizado nesta sede processual quanto ao veto mencionado, o Presidente da República, se antecipou e remeteu ao Congresso Nacional projeto de Lei que foi transformada na Lei nº 10.777/2003, que restaurava, em sua integralidade o § 2º, do art. 59 da Lei 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), suprimindo a omissão que deu causa a referida ação, assim sendo, alcançado o objetivo perseguido pela ADPF antes mesmo que se chegasse ao julgamento do colegiado pela Corte Suprema. Dessa forma, superada a

inconstitucionalidade, a decisão monocrática reconheceu a perda superveniente de interesse de agir, extinguindo o feito.

Contudo, vem sendo alicerçada, mesmo que de forma lenta, no âmbito do Supremo Tribunal Federal a idéia de intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas. Independente de a ação ter sido prejudicada, aproveitou-se a oportunidade para arrolar que por meios constitucionais, como a ADPF no referido caso concreto, podem-se adentrar, em caráter excepcional, na esfera dos demais poderes quando ficar caracterizada o desrespeito das normas constitucionais, como bem observado nas palavras do insigne Ministro Celso de Mello, ao citar dentro da ADPF nº45 um Recurso do Tribunal de Justiça nº 175/1212-1213:

(...) 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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. (...) Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "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.

Ainda sobre esse tema destaca o Ministro Celso de Mello sobre os pontos de maior complexidade e de barreiras quando se refere à intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, dentre eles destaca-se: a não legitimidade de tal controle pelo Poder Judiciário que é colocado a tona pela fundamentação da excepcionalidade constante no texto da ADPF nº 45:

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. [ADPF nº 45 MC/DF, DJU de 04.05.2004, informativo nº 345-STF].

O Ministro Mello, também, versa na ADPF nº 45 sobre a questão da reserva do possível e do mínimo existencial:

[...] 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. (...) A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida 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." [grifos do autor]. [ADPF nº 45 MC/DF, DJU de 04.05.2004, informativo nº 345-STF].

Ainda, refuta o obstáculo da separação dos poderes, na mesma ação, quando expõe:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. [ADPF nº 45 MC/DF, DJU de 04.05.2004, informativo nº 345-STF].

Foi necessário trazer à tona alguns trechos do voto proferido no julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, para demonstrar que mesmo a passos demorados o Egrégio Tribunal Federal tem se mostrado tendencioso a acolher a tese da intervenção judicial nos casos que versam sobre as omissões ou as ações desregradas por parte do poder público.

3.3 O Superior Tribunal de Justiça e a intervenção judicial em sede de políticas públicas

O Superior tribunal de Justiça apenas recentemente vem acolhendo entendimento favorável a intervenção de políticas públicas, dando novo contorno ao que tradicionalmente defendia.

Como exemplo, pode ser destacar a ação civil pública impetrada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo/SP, através da Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Santos, que tinha por fim obrigar a Prefeitura Municipal de Santos a implantar serviço de auxílio no tratamento e orientação de jovens e adolescentes alcoólatras e toxicômanos, sob o fundamento de que a referida prefeitura mostrava-se inerte ao determinado pela Resolução Normativa 04/97 (resolução de um conselho de política pública), do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos.

A referida ação levada ao Judiciário importou no acórdão da 2ª turma do STJ, em um Recurso Especial nº 493.811/SP, publicado no Diário de Justiça em 15 de março de 2004, pela relatora Ministra Eliana Calmon:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do ministério público para exigir do município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso Especial provido.

Percebe-se, da dicção do acórdão, que o próprio Superior Tribunal de Justiça já admitiu a intervenção judicial com relação à inércia de implementação das políticas públicas, através da tutela preventiva da peça orçamentária, com a inclusão de verbas para o orçamento posterior, o que caracteriza um avanço inigualável para acolhimento das idéias liberais em torno do poder discricionário dos administradores públicos e da separação dos poderes.

Nesse quadro, o STJ privilegiou o controle judicial das políticas públicas, por meio de um posicionamento inovador, diferentes de todos antes proferidos pelo referido Tribunal Superior, o que leva a considerar que este julgado é um marco para os novos casos que versarem sobre o tema.

3.4 O panorama das decisões judiciais efetivadora das políticas públicas através de controle judicial

O Poder Judiciário tem o compromisso de zelar pela eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais com o fim de proteger a integridade e eficácia constitucional, embasados na idéia do neoconstitucionalismo que prioriza a supremacia e a força normativa da Constituição.

Para persecução das premissas impostas pelo texto Constitucional o Poder Judiciário tem exercido um papel de extrema importância, mediante sua atuação nas esferas dos demais poderes, por meio do controle dos atos administrativos, o que tem gerado decisões limitadoras ao mérito administrativo.

Não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, um caso-líder que sirva de base para uma alteração concreta no pensamento pretoriano, considera-se, pois, que uma teoria sólida sobre a intervenção do Poder Judiciário quanto ao desenvolvimento das políticas, vem sendo construída paulatinamente na seara jurídica, conforme se verifica em recentes precedentes judiciais.

Quanto a intervenção judicial zelando pelo direito à educação, tem-se que a Constituição Federal de 1988 assegura, nos termos do art. 208, IV, que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche ou acesso à pré-escola. Sendo assim, o direito à educação pode ser considerado um direito fundamental social, pois exige uma prestação positiva por parte do Estado e é necessária para o pleno desenvolvimento do ser humano, que serve como pressuposto para o pleno exercício dos direitos civis e políticos.

Com base na fundamentação exposta e sob a intenção de se buscar a garantia de repasses financeiros obrigatórios previstos na Constituição, o STF prevê a interferência judicial na prática dos atos administrativos.

Para tanto, foi ajuizada Ação Civil Pública pelo Ministério Público de São Paulo/SP em desfavor do Município de Santo André/SP com o objetivo de assegurar o direito à matrícula em creche escolar de criança com seis anos de idade, com base nas razões anteriormente expostas, que acarretou o acórdão relatado da lavra do Ministro Celso de Mello, mediante um Recurso Extraordinário nº 436996/SP, sendo publicado no Diário de Justiça em 07 de novembro de 2005, que toca no tema da intervenção judicial das políticas públicas:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, 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 - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), 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 resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- Descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

Nesse deslinde, a ementa em epígrafe, trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, em face de decisão que conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário do referido caso, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo/SP.

De acréscimo, vale lembrar que nesse julgado, o objeto do presente recurso de agravo é um direito fundamental que deve ser respeitado e consolidado mediante ações do poder público, pois o direito à educação é uma prerrogativa constitucional.

Percebe-se, ainda, que foram enfatizados os mesmos pontos do julgado anterior, ou seja, a questão da reserva do possível, a possibilidade do Judiciário adentrar na órbita de outro poder e a natureza excepcional do controle judicial.

Nesse contexto, tem-se que o administrador público está vinculado a Constituição para implementação das políticas públicas, tendo seu poder discricionário reduzido, não podendo, dessa forma, alegar a conveniência e a oportunidade baseado no mérito administrativo, pois as obrigações deferidas pela Lei maior não comportam descasos ou inércia por parte dos administradores.

Com base nesses argumentos e nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como na ponderação dos demais princípios que regem a matéria o Poder Judicial encontra-se apto e competente a "invadir" a esfera dos poderes,

imbuído na intenção e na finalidade de zelar pela integridade da Constituição Federal do Brasil de 1988.

3.4.1 Garantia do direito à saúde e o controle judicial

A proteção ao direito à saúde está previsto 169 ao 200 da Constituição Federal de 1988, garantido vida e existência digna a todos os cidadãos. Dessa forma, o Estado se vê na obrigação de implantar políticas públicas que assegure o bem social através de programas que vise à proteção e a recuperação dos indivíduos e a redução do risco de doenças.

Para Appio (2008, p.183) existem duas formas básicas de proteção a vida humana: “[...] (1) a proteção específica, através da prática de atos administrativos ancorados em lei prévia, dado o princípio da estrita legalidade; ou ainda (2) através de implementação, pelo Estado, de políticas públicas, econômicas e sociais”.

A administração pública, no entanto, deve seguir os ditames estabelecidos pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais, usando seu critério de discricionariedade dentro dos limites impostos pela lei, zelando sempre pela positividade de atividades que efetive a integridade do ser humano.

A intervenção judicial em sede de políticas públicas relacionadas à saúde e a proteção do indivíduo se mostra de valiosa importância, pois tenta evitar que o administrador, mesmo nos casos em que exista um programa social prévio, com orçamento determinado e aprovado, use de injustificável limitação de benefícios para comprometer a dignidade humana e o princípio da isonomia.

Dessa forma a atuação judicial recebe significativo mérito, pois tem o condão de zelar pela correta atuação dos administradores, evitando omissões descabidas.

É imperioso demonstrar precedentes judiciais ligados ao controle de políticas públicas em matéria de saúde.

Nesse contexto, é de grande valia citar um acórdão do Supremo Tribunal Federal que garante o fornecimento de medicamentos para tratamento de doenças graves como a AIDS e nega provimento ao agravo regimental interposto pelo Município de Porto Alegre. O relator foi o insigne Celso de Mello:

DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER DO PODER PÚBLICO. 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 conseqüência 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 conseqüência 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 inconstitucional. 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 inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impositivo 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 àqueles 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.

[STF. AGRRE 271286, 2ª T., Relator Ministro Celso de Mello, DJU24 nov. 2000]

Notadamente, no caso em questão, além dos preceitos fundamentais que determina a procedência do pedido, encontra-se amparado também na legislação local, que criou programa de distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes, como verificado nas Leis nº 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 editadas pelo Estado do Rio Grande do Sul.

O direito à vida e à saúde é um direito subjetivo inalienável, e por razões de ordem ético-jurídica deve ser prioridade entres as atividades a serem exercidas

pelos administradores, não devendo apenas serem proclamados, é essencial que seja efetivado, por isso, afirma-se que o direito à saúde é de relevância pública.

Se dessume, que para tanto, o Ministério Público e o Poder Judiciário são legitimados para atuar quando os administradores desrespeitarem mandamento constitucional mediante ações arbitrárias que caracterize comportamento inaceitável, seja por um não fazer ou por qualquer outro meio de atividade desviante.

Nessa esteira de pensamentos, ressalta-se um outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que solidifica o entendimento no sentido de admitir à possibilidade de se exigir, dentro da reserva do possível, a efetivação de políticas públicas em matéria de saúde, mesmo que tal posicionamento judicial importe em restrições orçamentárias. Nesse caso, o fornecimento gratuito de medicamentos é destinado a pessoa portadora de transtorno afetivo bipolar.

Sobre esse aspecto destaca-se o relato do Desembargador Araken de Assis, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nº 70007321300, publicado em 26 de novembro de 2003 no Diário da Justiça:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PORTADORA DE TRANSTORNO AFETIVO BIPOLAR. POSSIBILIDADE. ENTREGA DE VALOR EM ESPÉCIE. IMPOSSIBILIDADE. 1. O direito à vida (CF/88, art. 196), que é de todos e dever do Estado, exige prestações positivas, e, portanto, se situa dentro da 'reserva do possível', ou seja, das disponibilidades orçamentárias. É passível de sanção a ausência de qualquer prestação, ou seja, a negativa genérica a fornecer medicamentos. Não se mostra possível a entrega de valor em espécie. 2. Agravo de instrumento parcialmente provido.

O caso levado à apreciação judicial tratou-se de ação ordinária movida contra o Estado do Rio Grande do Sul que indeferiu a antecipação da tutela requerida, ocasião em que a requerente interpôs o agravo de instrumento citado.

A agravante era acometida de transtorno afetivo bipolar, apresentando constantemente características de depressão, o que a impedia de ter uma vida saudável e que por vezes podia levar ao suicídio. Assim sendo, pleiteava o recebimento da medicação para realização de continuo tratamento.

É oportuno citar as palavras do Desembargador Araken de Assis, em sede de agravo de instrumento impetrado no TJRS (2003, p. 03), que serviram de fundamentação para o deferimento de parte do agravo de instrumento:

Convém distinguir a espécie, em que está em jogo o direito à vida e pretensão a ações positivas do Estado, na área da Saúde, consoante o art. 176 da CF/88.

A doutrina brasileira jamais se rendeu ao caráter absoluto de tais proibições, defendendo a aplicação do princípio da proporcionalidade e o sacrifício do interesse menos relevante (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela no processo civil*, nº 45, p. 61). É a velha opção entre prover ou perecer, no qual o perecimento afetará a vida humana.

Nesta contingência, nenhuma hesitação é admissível ou razoável. Cabe ao órgão judiciário, tutelando o direito à vida e à saúde (art. 196 da CF/88), sacrificar o direito patrimonial contraposto. Não se cuida de negar vigência àquelas normas legais, que proíbem a antecipação, mas interpretá-las à luz da Constituição [grifos do autor].

O Poder Judiciário exerce além do papel de fiscalizador, a função de complementar dos direitos sociais, pois sua atuação é peça fundamental para perfeita satisfação da coletividade, consistindo numa atuação subsidiária dos demais poderes quando constatado infundas omissões ou ações que desvie os princípios impostos a administração pública.

3.4.2 Possibilidade de bloqueio de verbas públicas pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a portador de doença grave

O orçamento público deve estar vinculado a critérios prioritários de vida digna com atentamento ao direito à saúde, devendo ser observada à reserva do possível de maneira que não afronte o mínimo existencial.

Corroborando as idéias estudadas, o acórdão do processo Resp. nº 857502 do Superior Tribunal de Justiça, proferido pelo Ministro Humberto Martins, tratou da possibilidade de bloqueio de verbas públicas pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a portador de doença grave:

FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º, DO CPC - PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. 5. Precedentes da Primeira Seção: (REsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24.3.2006).

Ao considerar que o não recebimento do medicamento poderá causar danos irreparáveis que afronta diretamente o maior bem jurídico tutelado, a vida, decisões que obrigam o fornecimento de medicamentos não se encontra sujeito ao arbítrio do administrador, nem vinculados ao mérito administrativo, devendo assim, ser cumprida e respeitada.

A justiciabilidade do direito à saúde pugna pelo correto desempenho das atividades impostas pela implementação das políticas públicas e por isso não se pode deixar a mercê de administradores irresponsáveis a total fiscalização de suas próprias atividades, pois em não raros casos se utilizam de argumentos descabidos para justificar sua inércia.

Nessa linha de raciocínio, é de grande valia o entendimento de que não se poder mitigar o direito à saúde sob a alegação de que os medicamento referente à determinada patologia não consta na lista de fornecimento gratuito lançada pelo Ministério da Saúde, pois é do conhecimento de todos que a mesma não passa por um processo de continua atualização, reflexo dos óbices burocráticos que se encontram os órgãos públicos.

Desta feita, importa salientar que foi reconhecida a aplicabilidade imediata do direito à saúde, decorrente do art. 196 da Constituição Federal de 1988, permitindo-se o controle judicial das políticas públicas.

3.4.1.2 A efetivação do direito à saúde e a disponibilidade de vagas em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI)

Tendo como fundamento a possibilidade da máxima efetividade das normas constitucionais, ao Poder Judiciário é atribuída a possibilidade de se exigir da esfera estatal, dentro da reserva do possível, a efetivação de políticas públicas.

Nesse esteio, é saliente explicitar uma decisão de 1º grau advinda da lavra do Juiz Federal George Marmelstein Lima em sede de Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público Federal, diante da crise que vinha sofrendo o Sistema Único de Saúde (SUS), na cidade de Fortaleza.

Assim, o Ministério Público Federal requereu em sede de Medida Liminar que o Município de Fortaleza providenciasse, imediatamente, a transferência de todos os pacientes que necessitavam de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI para hospitais particulares de Fortaleza conveniados ao SUS e de forma subsidiária para os hospitais particulares não conveniados.

Requeria, ainda, conforme respectiva competência, que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, iniciassem, dentro de 90 dias, ações que modificassem o estado de emergência que na época se encontrava a cidade de Fortaleza, com a implementação de novos leitos de UTIs.

Em sede de decisão, vale expor a ementa da referida decisão ao pedido formulado na Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7:

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. POSSIBILIDADE E DEVER DE O PODER JUDICIÁRIO CONFERIR MÁXIMA EFETIVIDADE À NORMA CONSTITUCIONAL. 1. A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental social. 2. O cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um

dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vista à máxima efetividade da Constituição. 3. Feliz será o dia em que não for mais necessária a intervenção judicial na concretização do direito à saúde. Enquanto esse dia não chegar, esta decisão terá algum sentido."

A decisão deferiu o pedido de liminar, determinando que os hospitais conveniados ao SUS, recebessem, ante a falta de leitos de UTI, os pacientes dos hospitais públicos às custas dos recursos orçamentários do SUS, mediante a apresentação dos respectivos comprovantes, de molde a evitar prejuízos para os estabelecimentos hospitalares. Frisando, também, que na falta dos os hospitais conveniados os não conveniados suprisse a carência.

Determinou, também, que o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza transferissem os recursos destinados à propaganda institucional do governo para solucionar o problema de saúde do Município.

Frisando, ainda, que em caso de desrespeito da decisão judicial, fica automaticamente aplicada a multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) aos responsáveis pelo descumprimento.

Extrai-se da decisão, que houve uma direta intervenção do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, inclusive no que se refere ao controle concomitante da execução orçamentária, obrigando a transferência de verbas destinadas a serviços não prioritários, vez que comparada com os direitos constitucionais à vida e à saúde. Convém lembrar as idéias transcritas pelo nobre e respeitado juiz George Marmelstein Lima usadas para fundamentação da decisão referente a Ação Civil Pública em epígrafe nº 2003.81.00.009206-7:

Vale ressaltar que melhor seria que os Poderes Públicos levassem a sério a concretização dos direitos fundamentais e, com mais "vontade de Constituição", conseguissem oferecer um serviço de saúde de qualidade a toda a população, independentemente de qualquer manifestação do Poder Judiciário. Como atualmente essa situação ideal está longe de ser realidade, é imprescindível a atuação jurisdicional para que pelo menos a camada mais pobre da população possa usufruir, na mínima dimensão desejável, o direito conferido pela Constituição.

Dessa forma, vê-se que o julgado oferece alternativas para o controle judicial de políticas públicas, objetivando a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Contudo, mesmo diante de tão brilhantismo pensamento na busca por uma sociedade mais justa e menos marcada pela pobreza e descrença da atuação do poder público, a referida decisão não pairou por muito tempo, sendo suspensa pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Pedido de Suspensão de Segurança – PETPR-3361/CE), em sede de suspensão liminar, sob o argumento de que faleceria competência à Justiça Federal para o processamento e julgamento do caso submetido à apreciação judicial.

Vergonhosos posicionamentos como o adotado pelo TRF 5º Região, devem ser descabidos, pois acolhem a infundamentada inércia do poder público, gerando na sociedade uma sensação de incredulidade com relação aqueles que devem zelar pelas premissas impostas na Constituição, dando ínfima importância aos direitos mais exaltados na nossa Lei Maior, como a vida e a saúde incumbidos na proteção da Dignidade Humana.

Apesar de serem encontrados posicionamentos como o supramencionado, percebeu-se que muitas decisões são favoráveis a intervenção do Judiciário na órbita dos demais poderes, tendo em vista que os julgados mais recentes tem desconsiderado o caráter absoluto da separação dos poderes e tem demonstrado visível aceitação a teoria do controle das políticas públicas. Posições como as referidas advém não só dos tribunais superiores como também da lavra de juízos monocráticos, comprovando a forte tendência para uma construção sólida sobre a legitimidade da atuação judicial nas esferas dos Poderes Executivos e Legislativos.

Conclui-se, que os direitos fundamentais não devem apenas ser aclamados, mais do que isso, devem ser efetivados com tamanha determinação que assegurem à coletividade um verdadeiro Estado Social Democrático, com respaldo na fiel execução das obrigações impostas e no exercício dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios estabelecidos pela Constituição surge à necessidade de intervenção por parte do Estado, dessa forma, tem-se que através da atuação administrativa por meio da implementação de políticas públicas busca almejar a efetivação das diretrizes impostas pela Magna Carta.

Assim sendo, o controle judicial das políticas públicas ganha relevante destaque no ordenamento jurídico nacional, por significar uma forma de se buscar pela eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, vez que sua atuação perante o poder público tem a finalidade de fiscalizar a legalidade dos atos praticados e providenciar soluções para omissões descabidas ou qualquer outra ação que desvie a finalidade da atuação estatal, que é a promoção de um Estado social.

Para exata compreensão do tema foi necessário o estudo do Constitucionalismo moderno e suas influências para o mundo jurídico, vez que se percebeu a força desse novo instituto, inclusive por trazer à tona a idéia de supremacia da Constituição e sua força normativa, além de introduzir na seara jurídica a centralidade da Carta Magna, por influenciar todos os ramos do direito, atribuindo, ainda, prioridade aos princípios constitucionais em detrimento as regras pautadas no ordenamento pátrio.

Através do estudo sobre o neoconstitucionalismo, encontrou-se embasamento para a intervenção do Poder Judiciário na órbita dos demais poderes, pois, o Judiciário tem dentre seus objetivos a satisfação dos anseios da coletividade, sendo o elo entre uma sociedade participativa que preza pela formulação e implantação das políticas públicas e o perfeito exercício da atividade estatal.

Em assim sendo, tornou-se necessário tecer no presente trabalho considerações pertinentes e bem delineadas sobre o tema políticas públicas, instrumento de efetividade dos direitos sociais, sendo analisadas suas principais características e formas de desenvolvimento, bem como seus contornos no ordenamento jurídico pátrio antes e após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a sua relação com a Teoria da Reserva do Possível.

Nessa esteira de pensamento, buscou-se também mostrar a legitimidade do Poder Judiciário quanto à sua atuação em meio à eficácia esperada das políticas públicas, vez que o controle é imprescindível diante da diagnosticada insuficiência do controle político.

Ademais, constatou-se, que o poder de discricionariedade do administrador, que se fundamenta no mérito administrativo, ou seja, na oportunidade e na conveniência, tem sido limitado pela priorização da satisfação dos preceitos constitucionais e pela cláusula do mínimo existencial, pois o zelo pelos princípios estabelecidos constitucionalmente, dentre eles o da dignidade humana tem sido fundamento suficiente para limitar as descabidas atuações dos administradores públicos.

Outra vertente abordada na pesquisa, foi o exame de decisões de Tribunais Superiores e de juízes monocráticos, na ocasião foram percebidos avanços contínuos com relação ao óbice da separação dos poderes, pois atualmente a idéia de tripartição tem se adequado aos novos tempos, em que um poder adentra na esfera do outro quando fortemente amparado por fundamentos justificáveis, em prol de uma sociedade mais justa e igualitária.

Conseqüentemente, para coibir o abuso do poder público é fundamental a ação do Judiciário, que se dá através da fiscalização e do controle da atuação estatal, por meio de decisões que demonstre a força e importância dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*, trad. de Roberto Leal Ferreira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 30 ago. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetro objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Quale giustizia o quale politica?*. v. II, ano 27. Ponte, 1971.

BRASIL, *Ação Civil Pública* nº 2003.81.00.009206-7. Disponível em: Consultor Jurídico <http://conjur.uol.com.br/textos/18443/>. Acesso em: 7 set. 2008.

_____, *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45*, de 29/04/2004, Rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Argüinte: PSDB; Argüido: Presidente da República. Disponível em www.stf.gov.br/dj/. Acesso em: 24 set. 2008.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____, REsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24 mar.2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2008.

_____, Lei nº 10.777/2003, Disponível em: https://www.planato.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.777.htm. Acesso em: 15 set. 2008.

_____, STF. *Saúde*. AGRRE 271286, 2ª T., Relator Ministro Celso de Mello, DJU 24 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2008.

_____, STJ, 2º T., Resp. 493.811/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU.15 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2008.

_____. STJ. REsp 857502-RS 2006/0138024-6. Rel. Min. Humberto Martins. 2ª Turma, Brasília, DJU 30 out. 2006, p. 284. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

_____, TJRS nº 70007321300, DJ em 26 de nov. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed. Almedina, 2000.

FACCINI, Nicole Mazzoleni. *Controle judicial das políticas públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos poderes*. 2006. Disponível em: <http://www.tex.pro.br>. Acesso em: 30 set. 2008.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*. nº 21, jun. 2000. Disponível em http://www.preac.unicamp.br/arquivo/materiais/txt_pdf. Acesso em: 01 de novembro de 2008.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implantação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GONÇALVES, Marcelo. *Políticas Públicas no Brasil Contemporâneo*. 2008. Disponível em: <http://www.pontodosconcursos.com.br>. Acesso em: 27 out. 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *O Espírito das Leis, as formas de governo, a divisão dos poderes/Montesquieu*, introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

OTO, Écio Duarte. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. *A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL*. Disponível em: [http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano V novembro 2005/rosalia-eficacia.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf). Acesso em: 27 de out. 2008.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologia*, Porto Alegre, n. 16, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artte. Acesso em: 25 set. 2008.