



**FACULDADE FARIAS BRITO
CURSO DE DIREITO**

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: O
ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS.**

Estela de Almeida Lima Martins

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como critério parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Professor Me. Adriano Pessoa da Costa.

**FORTALEZA-CE
2012**

Esta monografia foi submetida ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na avaliação da banca este trabalho obteve o conceito **10 (DEZ)** conferido pelos avaliadores da banca e outorgada pela referida Faculdade.

A citação de qualquer trecho dessa monografia é permitida, desde que seja feita de acordo com as normas científicas.

Estela de Almeida Lima Martins

Banca examinadora:

Prof. Me. Adriano Pessoa da Costa

Orientador

Prof. Me. Juliana Maria Borges Mamede

Examinadora

Prof. Me. Fernando Antônio Campos Viana

Examinador

Monografia avaliada em: 19 de junho de 2012.

Ao Pai Celestial, por sua infinita bondade e compaixão. Por todas as bênçãos até hoje recebidas das mãos do Altíssimo, pois esta obra, por si só, já é uma delas.

AGRADECIMENTOS

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

Ao Professor Mestre Adriano Pessoa da Costa, por sua orientação criteriosa e incentivo nos momentos em que me senti insegura.

À Professora Mestre Juliana Maria Borges Mamede, por ter me orientado com tanta dedicação na caminhada inicial deste trabalho.

Aos amigos que conquistei ao longo do curso de graduação, por terem me apoiado nos momentos mais difíceis da vida acadêmica.

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo analisar a possibilidade do Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil, como forma de garantir a construção de uma sociedade democrática e a efetivação dos Direitos Fundamentais, possibilitando ao cidadão, uma nova opção de rogo, quando esse tem os seus direitos violados ou não concretizados, pelos Poderes Legislativo e Executivo. Buscamos apresentar quais seriam os pressupostos que legitimariam essa atuação e, ainda tecer os limites a serem observados pelo Poder Judiciário, de modo a preservar a harmonia entre os Poderes. Para tanto, foram analisados institutos como a revisão da teoria da Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito e o fenômeno da Judicialização da Política. Busca, ainda, apresentar quais meios processuais seriam legítimos a propiciar esse controle por parte do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Controle Jurisdicional, Políticas Públicas, Direitos Fundamentais, Democracia, Separação dos Poderes, Judicialização da Política, Direito Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 – TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS	10
1.1. Teoria da Separação de Poderes: Primeiras ideias e formulação da teoria clássica.	11
<i>1.1.1. Aristóteles: primeira ideia de uma tripartição de Poderes.</i>	12
<i>1.1.2. John Locke: Primeira construção sistemática de uma teoria da Separação de Poderes.</i>	14
<i>1.1.3. A doutrina da Separação de Poderes na obra de Montesquieu: A teoria clássica da Separação de Poderes.</i>	15
1.2. A doutrina dos freios e contrapesos como abrandamento à teoria de Montesquieu	17
<i>1.2.1. Breve distinção entre Separação de Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos.</i>	19
1.3. Transição do Estado Liberal para o Estado Social e sua transformação em Estado Democrático de Direito: A necessidade de uma revisão do princípio da Separação de Poderes no Estado Contemporâneo.	20
1.4. Impropriedade da expressão “Separação de Poderes”.	22
CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL E POLÍTICAS PÚBLICAS	26
2.1. Ativismo Judicial e Judicialização da Política: Fundamento Constitucional para o controle das Políticas Públicas pelo Judiciário	26

<i>2.1.1. Jurisdição Constitucional, Democracia e efetivação dos Direitos Constitucionais.</i>	30
2.2. O papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.....	36
2.3. Judicialização da Política como consequência da Jurisdição Constitucional... 37	
2.4. Políticas Públicas.....	39
<i>2.4.1. Políticas Públicas, questões meramente políticas e puramente discricionárias..</i>	<i>41</i>
2.5. Críticas feitas ao Controle Jurisdicional das Políticas Públicas	43
2.6. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas como forma de controle de constitucionalidade: A possibilidade do controle judicial	46
CAPÍTULO 3 – CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.	50
3.1. Direitos Fundamentais.	50
3.2. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.....	53
3.3. Pressuposto à intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas: O mínimo existencial	55
3.4. Limites para o controle: Proporcionalidade, razoabilidade e reserva do possível.	56
3.5. A posição dos Tribunais Brasileiros: Uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça	60
CONCLUSÕES	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	80
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR	88

INTRODUÇÃO

Em tempos de discussões voltadas ao Neoconstitucionalismo e ao Neoprocessualismo, e na construção de uma moderna democracia, o Judiciário ganha cada vez mais atuação na vida social e na Política Estatal, inclusive chegando a intervir nas chamadas Políticas Públicas. E neste crescente protagonismo do Judiciário, surgem várias questões quanto à legitimidade da sua intervenção nas Políticas Públicas. E é sobre esse tema que o presente Trabalho de Conclusão de Curso irá se debruçar, tendo em vista que nós, operadores do Direito, não podemos deixar de vislumbrar a relevância do tema.

Ao iniciarmos este estudo, a priori, examinaremos a teoria da Separação de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos, tendo em vista que o debate sobre as Políticas Públicas traz de envolta a questão prejudicial concernente à independência entre os Três Poderes.

Neste sentido, faremos em nosso primeiro capítulo um breve estudo sobre as origens da Separação de Poderes, e sobre o Sistema de Freios e Contrapesos, passando por uma análise do sentido mais moderno desses dois institutos, para que, ao final desse estudo, possamos entender os limites da atuação do Judiciário, de modo que este atue sem desrespeitar a harmonia entre os Poderes da República Federativa do Brasil.

Logo após, no segundo capítulo deste trabalho, focaremos nossa visão no Estado brasileiro e falaremos a respeito do crescente ativismo judicial na vida política do Estado.

Assim, a Judicialização da Política no Brasil será o tema central desse segundo capítulo. Analisaremos esse tema correlacionando-o com o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito instaurado no Brasil. Analisaremos também, as críticas feitas ao controle jurisdicional das Políticas Públicas e, para que possamos partir ao nosso último capítulo, analisaremos o conceito de Políticas Públicas.

No terceiro capítulo, abordaremos o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil de maneira mais objetiva. Para isso, inicialmente falaremos dos Direitos Fundamentais, visto que esse controle se reporta a realização destes direitos,

buscando efetivá-los judicialmente, quando o Poder Público se exime de fazê-lo. Traçaremos os pressupostos à intervenção do Judiciário e os limites para o controle. Todo esse entendimento com base na doutrina e também nos posicionamentos dos Tribunais brasileiros, aliás, teremos um tópico específico para apresentar os entendimentos, por hora fixados, por nossos Tribunais.

Como já fora dito, o trabalho se desenvolverá, com base na doutrina, sobretudo, na doutrina que defende a atuação Judicial nas chamadas Políticas Públicas que buscam efetivar os Direitos Fundamentais previstos na Constituição, más também, nos utilizaremos dos entendimentos fixados na Jurisprudência, para que, desta forma, possamos elaborar e enumerar as principais características e conclusões à respeito do tema.

CAPÍTULO 1 – TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS.

Antes de iniciarmos o estudo sobre a viabilidade do Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil, se faz necessário analisarmos o Princípio da Separação de Poderes, tendo em vista que este princípio, que figura entre as cláusulas pétreas da nossa Constituição Federal [CF, art. 2º, c/c art. 60, §4º, inciso III], *in verbis*, apresenta-se como limitador [inclusive, podendo chegar a obstáculo em determinadas situações fáticas] ao controle jurisdicional das Políticas Públicas, no tocante à independência dos Poderes do Estado.

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

Art. 60. [suprimido].

...

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

III- a separação dos Poderes;

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

Art. 1º. [suprimido].

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

Nesse esteio, se faz necessário, desde já, deixar claro que entendemos que o termo Separação de Poderes permanece e se apresenta em nosso texto constitucional por uma mera tradição. Sendo assim, o termo Separação de Poderes deve ser entendido como Divisão das Funções do Estado, pois, caso o contrário, estaríamos admitindo que o Poder do Estado está fracionado entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como bem explica o Professor Rodrigo Uchôa de Paula, em sua dissertação de Mestrado, ao admitir como errôneo o emprego do termo “Separação de Poderes”, *in verbis*:

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

Separação de órgãos ou funções, ou mesmo divisão de órgãos, portanto, seria um termo mais consentâneo com a doutrina da Ciência Política¹.

Neste contexto, para que possamos entender a “revisão” desse princípio, se faz necessário, inicialmente, a análise de todo o seu evoluir, sob uma perspectiva histórica e doutrinária. Este exame torna-se indispensável para vislumbrarmos esta atuação do Poder Judiciário, no exercício do controle das políticas públicas, como uma compatibilização destas com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil sem que ofenda a harmonia dos Poderes, ou seja, sem que haja ofensa à vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado.

Ademais, o estudo da Separação de Poderes, com o seu conceito revisado, é claro, também nos ajudará, nos próximos capítulos, a delimitar os limites formais e materiais, impostos por esta doutrina, para uma correta intervenção nas Políticas Públicas pelo Judiciário.

1.1. Teoria da Separação de Poderes: Primeiras ideias e formulação da teoria clássica.

O princípio da Separação de Poderes nos impõe uma apreciação histórica em que se gerou, caso contrário se faz por incompreensível a revisão que lhe é feita pela moderna doutrina da Ciência Política, pois a concepção moderna da Separação de Poderes foi construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e com os conflitos político-sociais.

¹ PAULA, Rodrigo Uchôa de. **Jurisdição Constitucional, Política e Democracia**. 2005. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito – Curso de Mestrado, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, p. 24-25.

Neste contexto, embora tenha sido na obra de Montesquieu que atingimos a formulação clássica da Separação de Poderes, a ideia de divisão do Poder do Estado já tinha precursores na Antiguidade.

Assim, veremos que o antecedente mais remoto da Separação de Poderes passa principalmente pelas ideias de Aristóteles e John Locke, para atingir com Montesquieu a formulação clássica da Separação de Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. Observaremos, ainda, na ambiência histórica, que o surgimento do Estado Liberal propiciou a idealização da própria teoria da Separação de Poderes e ainda deu origem aos direitos fundamentais de primeira e segunda geração.

1.1.1 Aristóteles: primeira ideia de uma tripartição de Poderes.

Aristóteles, em sua obra “Política”, foi quem primeiro lançou a ideia de uma “tripartição de Poderes”, em que o pensador já vislumbrava a existência de três funções essenciais e distintas: a função deliberativa – o pensador assim a designava-, que seria a que *delibera sobre os negócios do Estado*; a função executiva, composta pelo *corpo de magistrados*, e a função judicial, que abrangeria os *cargos de jurisdição*².

Aristóteles, inclusive pelo momento histórico em que formulou sua teoria, identificava o exercício destas três funções concentradas na figura de uma única pessoa, o soberano. Apesar disso, sua teoria de “poder” do Estado contribuiu no sentido de vislumbrar as três funções estatais distintas existentes, quais sejam, legislação, administração e jurisdição; e ainda ressaltava a essencialidade das mesmas ao Estado, as quais chamava de poder, e essa sua teoria já trazia uma ideia de especialização de tais funções, como podemos observar no trecho destacado de sua referida obra, *in verbis*:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas³.

² ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-128.

³ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

Aristóteles ainda distinguira a assembleia geral, o corpo de magistrados e o corpo de judiciário⁴, aos quais, em suma, definia o primeiro como *o poder que delibera sobre negócios do Estado*, o segundo o que *compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las*, e por último o que *abrange os cargos de jurisdição*⁵.

Ele fazia ainda uma leve referência à questão da eficiência, pois considerava tais funções impraticáveis a um só homem, como podemos observar pelos trechos retirados de sua obra e ao longo do Livro III, Cap. XI:

[...] não é fácil que um só homem baste para a inspeção de tantas coisas. Ele precisa de vários magistrados sob suas ordens.

[...]

Por melhor que julgue o magistrado, guiado pela lei, seria estranho que um homem que só tem dois olhos, duas orelhas, dois pés e duas mãos visse, ouvisse e decidisse melhor que vários que têm cada qual o mesmo número de órgãos. Atualmente, mesmo os príncipes que detém sozinhos as rédeas do governo multiplicam seus olhos, suas mãos e seus pés, confiando a seus favoritos uma parte dos negócios de Estado⁶.

É por certo que sua teorização não sagrou em si a teoria da Separação dos Poderes, pois a mesma só veio a surgir em contraposição ao absolutismo e para ser empregada como técnica de salvaguarda da liberdade, sendo sistematizada como tal apenas na obra de Montesquieu como já fora dito anteriormente, mas sua teoria se faz de um todo importante pelo vislumbre das funções essenciais ao Estado, que desde essa sua “germinação” podemos caracterizar como sendo funções distintas.

⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146.

⁵ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

⁶ *Ibid.*, p. 154-155.

1.1.2 John Locke: primeira construção sistemática de uma teoria da Separação de Poderes.

A tripartição de poderes “esboçada” por Aristóteles foi posteriormente mais detalhada por John Locke no século XVII, em sua obra “Segundo tratado do governo civil”, na qual admitiu como funções distintas do Estado a legislativa, a executiva e a federativa; e ainda trouxe a ideia de que o poder era um depósito confiado aos governantes em proveito do povo, ou seja, apesar de não ter feito uma construção rigorosa, ele já trazia a ideia de que o povo era o verdadeiro detentor do poder soberano do Estado. Como podemos depreender da explanação de Jean-Jacques Chevallier a cerca da obra política de Locke, *in verbis*:

Locke partirá [...] do *estado de natureza e do contrato original*, dando-lhes, porém, uma nova versão, que lhe permitirá erigir em regra a distinção *do poder legislativo e do poder executivo*, para terminar com *uma limitação toda terrestre, toda humana do poder*, sancionada, em última instância, pelo direito de *insurreição* dos súditos.

[...] a sociedade, herdeira de homens livres do estado de natureza, possui, por sua vez, dois poderes essenciais. Um é o legislativo, que determina como se devem empregar as forças de um Estado para a conservação da sociedade e de seus membros. O outro é o executivo, que assegura no interior no interior a execução das leis positivas. Quanto ao exterior, tratados de paz e guerra, age um terceiro poder, aliás normalmente vinculado ao executivo, a que Locke chama de confederativo.

O poder legislativo e o poder executivo, em todas as monarquias moderadas e em todos os governos bem ordenados, devem achar-se em diferentes mãos. [...] razão, inteiramente psicológica: a tentação de abusar do poder assenhorear-se-ia daqueles que tivessem nas mãos ambos os poderes reunido. ⁷

⁷ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**; prefácio, André Siegfried; tradução, Lydia Cristina. 8ª ed./2 impr. Rio de Janeiro: Agir, 1999, p. 107 e 112.

Essas ideias de Locke despontaram em meio a um contexto histórico de insurreições contra o absolutismo, em que podemos destacar em especial as duas guerras civis vivenciadas pela Inglaterra e seu findar com a edição do Bill of Rights em 1689, período esse, conhecido como Revolução Gloriosa [1688-89], que propiciaram o desabrochar da concepção de limitação do poder do Estado.

Sendo assim, o que podemos destacar como contribuição de Locke para o aprofundamento temático realizado posteriormente por Montesquieu, foi a tripartição equilibrada do poder em oposição ao absolutismo, embora reconhecesse uma esfera de poder discricionário do governante, pois para Locke esta prerrogativa nada mais era do que “o poder de fazer o bem público, na ausência da lei”.

Por certo, não tínhamos alcançado a então formulação clássica da Separação de Poderes, entretanto as teorias até aqui apresentadas já traziam a ideia da divisão de função em órgãos diferentes, evitando, assim, uma acumulação de poder nas mãos de uma única pessoa ou órgão, a fim de se evitar abusos desse poder.

1.1.3. A doutrina da Separação de Poderes na obra de Montesquieu: A teoria clássica da Separação de Poderes.

Diferentemente da doutrina em Locke, visto que neste último a divisão teria apenas um caráter teórico, Montesquieu teceu sua teoria com uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundiam. Foi através da sua obra que se chegou à formulação clássica da tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário.

Montesquieu faz do Judiciário um poder distinto, enquanto que na obra de Locke este não passava de uma função do executivo, como apreendemos da lição de Jean-Jacques Chevallier, in verbis:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou a mesma corporação dos principais, dos nobres ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as realizações públicas e o de julgar os crimes ou as desavenças dos particulares. Pois não existe liberdade quando se acham reunidos, nas mesmas mãos, legislativo e executivo.

*É para temer que o próprio monarca ou o próprio Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade quando o poder de julgar, o judiciário, não se acha separado do legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador; se unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor*⁸.

Para Montesquieu, a almejada liberdade individual seria garantida através da limitação do poder político, que por sua vez era alcançada através da tripartição das funções públicas, em outras palavras, o objetivo da tripartição era principalmente o de limitar a concentração do poder político, não se preocupando em assegurar-lhe a eficiência, dando atribuições restritas ao Estado.

Montesquieu defendia essas ideias com base na realidade política francesa da época, período no qual a doutrina do liberalismo era pregada na luta contra o absolutismo monárquico, baseado na ideia de que “quem tem o poder, tende a dele abusar”. Assim, a teoria da Separação de Poderes foi consagrada em um momento histórico no qual o seu objetivo era o enfraquecimento do Estado e a restrição da sua atuação na esfera das liberdades individuais.

Sua teoria serviu de base para o desenvolvimento de diversos movimentos revolucionários, inclusive a americana e a francesa, consagrando-se na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, aprovada na França em 1789, declarando em seu art. XVI:

Art. XVI: Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

Assim, o modelo constitucional do liberalismo, que se preocupava em proteger o indivíduo da ingerência do Estado, deu origem ao que chamamos de primeira geração de direitos fundamentais, em suma, o direito das liberdades ditas negativas, que, segundo Eduardo Cambi, seria a liberdade que se resume na possibilidade da pessoa

⁸ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**; prefácio, André Siegfried; tradução, Lydia Cristina. 8ª ed./2 impr. Rio de Janeiro: Agir, 1999, p. 140.

agir sem ser impedida, constringida ou obstaculizada por outras pessoas, abrangendo todo impedimento natural ou social ao exercício do direito⁹.

Em suma, podemos destacar como características mais importantes do Estado Liberal de Direito a “positivação” da teoria da Separação dos Poderes como princípio essencial ao Constitucionalismo; e dos direitos individuais dos particulares oponíveis ao Estado, destacando-se o voto, a liberdade de pensamento e a defesa da propriedade particular.

1.2. A doutrina dos freios e contrapesos como abrandamento à teoria de Montesquieu.

Graças à teoria da Separação de Poderes formulada por Montesquieu, cada poder exercia uma função típica inerente a sua natureza. Atuando de maneira independente e autônoma, cada órgão só poderia exercer a função que lhe fosse típica, isso significava que um único órgão não poderia legislar, aplicar a lei e julgá-la de maneira unilateral, como o que era praticado no absolutismo.

O que se observa com a teoria da Separação de Poderes, da maneira que fora concebida, é que ela é estanque e que delimita rigidamente as atribuições dos Poderes do Estado, pois estes ficam presos às suas funções típicas.

Assim, a teoria da “Tripartição de Poderes” foi adotada por vários Estados modernos só que de maneira abrandada. Digamos abrandada porque se passou a permitir certa interpenetração entre os Poderes, permitindo que os mesmos trabalhassem em equilíbrio e com interferência um no outro quando um deles extrapolasse sua competência, ou dela se omitisse; o que atenuou a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos Poderes.

Essa “controlada” interferência foi se desenvolvendo e foi concebido o instituto dos *checks and balances*, ou sistema de freios e contrapesos, na obra “O Federalista”, de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. E, nesse sentido,

⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 174.

podemos afirmar que o Sistema da Separação dos Poderes deu origem à construção doutrinária do Sistema de Freios e Contrapesos.

O professor Dalmo de Abreu Dallari ao definir a teoria dos freios e contrapesos, nos coloca diante da seguinte conclusão:

[...] os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.¹⁰

Pelos ensinamentos do professor Dallari aqui transcrito, o que percebemos é que entre os Poderes existe, e deve existir, uma espécie de colaboração e fiscalização, em que, através da realização desses trabalhos em harmonia, se alcançará a realização do trabalho do Estado como um todo. Essa harmonia nos trabalhos dos três Poderes é garantida pelo mecanismo do Sistema de Freios e Contrapesos. Como também podemos constatar através dos ensinamentos do professor José Afonso da Silva:

[...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco [que, aliás, integra o mecanismo], para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220-221.

acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro¹¹.

Sendo assim, o Sistema de Freios e Contrapesos, além de adaptar a teoria da Separação de Poderes aos Estados Modernos [assim entendido os Estados após o Liberal], ele se faz necessário à harmonia e equilíbrio dos três Poderes, fatores indispensáveis à realização do dever do Estado e, conseqüentemente, do bem da coletividade.

1.2.1. Breve distinção entre Separação de Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos.

É de suma importância fazermos este rápido parêntese no estudo da Separação de Poderes em conjunto com o Sistema de Freios e Contrapesos, pois não podemos confundir esses dois institutos.

Para tanto, primeiramente, entendamos que o Sistema de Freios e Contrapesos surgiu como um meio de abrandar a teoria da Separação de Poderes. Neste sentido nos ensina professor Paulo Bonavides ao afirmar que:

O sistema de freios e contrapesos constitui a primeira correção essencial que se impôs ao referido princípio, como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional, bem que não estivesse ausente das reflexões de Montesquieu¹².

O instituto do Sistema de Freios e Contrapesos também se fez necessário à realização da harmonia indispensável aos três Poderes:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. Brasil: Malheiros, 2007, p. 111.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004ª, p. 74.

indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados¹³.

O que percebemos então, é que a Separação de Poderes é mais ampla que o Sistema de Freios e Contrapesos, e nesse sentido, é importante ressaltar que o Sistema de Freios e Contrapesos, com o reconhecimento das funções típicas e atípicas, não negam o princípio da Separação de Poderes, antes disso o reafirmam e ainda o complementam, à medida que, só será possível falar em equilíbrio e harmonia entre os Poderes se também existir um meio pelo qual haja uma interferência recíproca entre os mesmos, de forma a permitir um controle e limitação à atividade um dos outros.

1.3. Transição do Estado liberal para o Estado Social e sua transformação em Estado Democrático de Direito: A necessidade de uma revisão do princípio da Separação de Poderes no Estado Contemporâneo.

O que vimos até agora é que Montesquieu condicionou a liberdade à separação entre as funções do Estado em legislativa, executiva e judicial; criando a teoria da separação dos poderes. Seu argumento baseava-se na ideia de que a reunião desses poderes em uma única mão faria surgir leis tirânicas e exequíveis também de maneira tirânica, por isso a divisão de Poderes era a solução final do problema de limitação da soberania, ou seja, decompondo a soberania na pluralidade dos Poderes salvaria a liberdade.

Esse sentido para a teoria da Separação de Poderes se deve pela finalidade do Estado à época: Resistir ao poder absoluto, garantindo que o indivíduo fosse livre. Para isso o próprio Estado criaria leis que limitassem a sua atuação, ou seja, ele se autolimitava no sentido de que o Estado só poderia fazer aquilo que estava expressamente em lei, enquanto que o indivíduo particular gozava de liberdade no sentido de que: o que não fosse proibido estava permitido. Assim o que tínhamos era um Estado que intervinha de forma inexpressiva na economia e na sociedade.

O Estado Liberal foi uma vitória da burguesia e da nobreza, pois a democracia era fraca, e era exercida apenas para garantir a liberdade jurídica de uma

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. Brasil: Malheiros, 2007, p. 110.

parcela formada por indivíduos instruídos e ricos, em detrimento dos pobres e sem instrução que formavam a massa operária, assim, a igualdade tão pregada na concepção liberal, era meramente formal, pois todos eram tratados de igual maneira, sem considerar suas situações fáticas e jurídicas, o que acabava por tutelar as classes economicamente mais favoráveis, e impedia que o Estado intervisse na sociedade para proteger os menos favorecidos.

Porém com o surgimento do fenômeno histórico da Revolução Industrial, as massas operárias passam a assumir uma relevância social e com isso surgem os sindicatos como representantes dessas massas. Do Estado, então, passa a ser exigido um outro comportamento, o qual seria: atender o bem comum. Esse bem comum seria garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social, fazendo surgir então os direitos fundamentais de segunda geração: os direitos econômico-sociais. A atuação do Estado passa a ser positiva para que o cidadão possa fruir dos direitos de liberdade da primeira geração e dos direitos de segunda geração também. Neste cenário temos a transição do Estado liberal para o Estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração que se somam aos de primeira geração, modificando, assim, substancialmente a concepção do Estado e as suas finalidades.

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

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

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

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

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

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

Sendo assim o Estado Democrático de Direito é resultado da ultrapassagem dos modelos liberal-individual e social-coletivo, da força normativa das constituições rígidas e do acréscimo das diversas dimensões dos direitos fundamentais.

1.4. Impropriedade da expressão “Separação de Poderes”.

Não há dúvidas da importância da teoria da Separação de Poderes para a Ciência Política e para o Direito Constitucional, pois, utilizando-se das palavras de Alexandre de Moraes, podemos dizer que:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com retorno do arbítrio e da ditadura¹⁴.

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

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

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 415.

Assim, todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um Poder uno e indivisível, Poder este que tem um único titular: O povo. O Poder, por ser soberano, precisa ser limitado, e para isso é fracionado em funções principais em órgãos distintos. Sendo assim, bem explica a professora Ada Pellegrini Grinover, inclusive utilizando-se das palavras de Osvaldo Canela Júnior, ao dizer:

E assim a teoria da separação dos poderes [art. 2.º da CF/88] muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão [ou Poderes]. Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes ¹⁵.

Mas os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados ¹⁶.

Ainda nesse prol podemos afirmar que:

Todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo ¹⁷.

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

¹⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição, São Paulo, tese defendida na USP, no prelo. apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 128.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 164, p. 9-28, out. 2008, p. 12-13.

¹⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 33 a 72, 2011, p. 48-49.

constitucionalista José Afonso da Silva, que assim se manifesta ao tratar da Separação de Poderes mantida em nossa Constituição Federal de 1888:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característico do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento [Câmara dos Deputados], enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*¹⁸.

Mas independentemente do termo empregado, pois o que importa é o entendimento dado a este instituto, o importante é termos em mente que o Poder soberano é uno, e o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de Separação de Poderes, o constitucionalismo moderno determina como divisão de tarefas estatais, de atividades entre órgãos distintos e autônomos, ou como bem resumiu José Afonso da Silva: *trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder*¹⁹.

Assim, em suma, acerca da Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito, podemos constatar que o Poder Estatal é uno e, conseqüentemente, indivisível, sendo divisíveis apenas as suas funções, que guardam interferências entre si em busca de um equilíbrio, dentro de um Sistema de Freios e Contrapesos, a fim de se evitar o arbítrio de poder e ainda para realizar o bem comum.

Toda essa discussão a respeito da Separação de Poderes se faz necessária tendo em vista a desmistificação da ideia de que o Judiciário é um órgão que não deve atuar na vida política do Estado, pois caso o fizesse estaria extrapolando o seu limite de

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. Brasil: Malheiros, 2007, p. 109.

¹⁹ *Ibid.*, p. 109.

atuação, passando a atuar na esfera dos outros Poderes, Legislativo e Executivo, e conseqüentemente, infringindo o princípio da Separação de Poderes expresso na Constituição Federal, este quando visto de um panorama conservador e literal, que enxerga os três Poderes de maneira limitada e totalmente estanques.

CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL E POLÍTICAS PÚBLICAS.

A construção de uma moderna democracia trouxe como consequência uma ampliação do controle normativo realizado pelo Poder Judiciário, e esse recente protagonismo das cortes supremas e também dos tribunais constitucionais por todas as democracias do mundo, transformou em questões problemáticas o Princípio da Separação dos Poderes e a neutralidade política do Poder Judiciário.

E o que os modernos doutrinadores constitucionalistas buscam agora, é ultrapassar essas “barreiras”, a fim de justificar e garantir a participação do Judiciário na vida política do Estado, o que de certa forma, também inaugura um espaço público desvinculado das instituições político-representativas, antes ocupado apenas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Tendo em vista o empenho cada vez maior do Poder Judiciário por espaço na vida sócio-política do Estado, é que estudaremos, neste segundo capítulo, o fenômeno da Judicialização da Política, inclusive, por vezes, confrontando-o com o Princípio da Separação dos Poderes, de forma a demonstrar que esse moderno fenômeno pode coexistir com referido princípio, sem que um se contraponha ao outro. É justamente esse fenômeno de *politização da justiça*²⁰ que tem possibilitado o entendimento e as decisões judiciais que controlam Políticas Públicas, com o objetivo de concretizar os Direitos Fundamentais na vida dos cidadãos.

2.1. Ativismo Judicial e Judicialização da Política: Fundamento Constitucional para o controle das Políticas Públicas pelo Judiciário.

Como já fora esclarecido no capítulo anterior, no Brasil não podemos fazer uma leitura simplória do modelo puro de Separação de Poderes, tal como fora concebido pelo Estado Liberal, pois nosso modelo de Estado é outro – Estado

²⁰ Cf. VIANNA, Emilio de Medeiros. **Políticas Públicas e Controle Judicial: Ponderação econômica como critério de decisão, para uma atuação judicial social e economicamente responsável**. 2010. 129 f. Dissertação [Mestrado em Direito] – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, p. 15.

Democrático de Direito [os objetivos e o agir do Estado é diferente do modelo Liberal Clássico]-, e pela própria dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado²¹, e por sua necessária proteção dos direitos fundamentais, como bem nos resume Alexandre de Moraes, *in verbis*:

Lembre-se de que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente. O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” [*checks and balances*]²².

Também não podemos compreender o Judiciário como mero órgão julgador de conflitos, pois este era o papel do Judiciário no modelo constitucional liberal, aliás, deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como encarregado de aplicar a letra fria da lei, ou como ele definia: O judiciário não passava da “boca da lei”. Assim, o esquema clássico da Separação de Poderes, era suficiente para o Estado Liberal, como nos explica Eduardo Cambi, *in verbis*:

Os direitos fundamentais negativos se moldavam ao *positivismo jurídico*, na medida em que reduzem o direito à lei e a atividade dos operadores do direito à busca da *vontade do legislador*. O modelo liberal, neste sentido, contenta-se com o esquema clássico da divisão de poderes. Cabia ao administrador controlar os problemas da atualidade, ao legislador tomar decisões voltadas para o futuro e aos juízes decidir voltados para o passado, baseados nas decisões políticas tomadas pelo legislador e diluídas no direito vigente. Os direitos de defesa protegiam os cidadãos contra o Estado, a partir da “reserva da

²¹ Nesse sentido, nos explica o Professor Adriano Costa que: *ao Estado não mais se ajusta a carapuça de Leviatã, pois a ampliação de seu campo de atuação já não mais é sinônimo de iniquidade e supressão de direitos; muito ao contrário, ela passa a ser necessária para concretizá-los [...]*. (COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos Fundamentais entre particulares na ordem jurídica constitucional brasileira**. 2007. 181 f. Dissertação [Mestrado em Direito] – Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, p. 39.)

²² MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; Garantia Suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 72-73.

lei”, a favor do legislador, a que correspondia a uma autodelimitação [*judicial self-restraint*] por parte do Poder Judiciário²³.

A ideia de que o Judiciário não deve se envolver na política, para que desta forma não ultrapasse o limite de atuação de cada Poder, surge justamente desta concepção que o Estado Liberal tinha do Poder Judiciário, ou seja, o judiciário não participava da política do Estado, como continua a nos explicar Eduardo Cambi, *in verbis*:

Isso acarretou a *neutralização política* da atividade judicial. [...] Os órgãos judiciais deveriam se mover em um quadro jurídico-político pré-constituído, não podendo julgar *contra legem*, valendo-se apenas da racionalidade formal [subsunção de fatos a normas], desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Com isto, mantinha-se o juiz neutro ao jogo de interesses concretos na formação legislativa do direito e, se tais interesses não fossem atendidos, isso não era problema do magistrado que, simplesmente, aplicava a lei. O importante é que a lei fosse aplicada, independentemente do seu conteúdo²⁴.

Nesse sentido, podemos afirmar que o Judiciário, no modelo Liberal Clássico, na prática, não constituía um Poder de Estado, pois, na realidade, se tratava de uma instituição pública com atribuições voltadas à garantia de direitos e à resolução de conflitos, funções essas que apesar de primordiais, de certa forma não conferiam ao Judiciário o mesmo *status* de Poder estatal, do qual gozavam o Executivo e o Legislativo.

Entretanto, o desenho institucional brasileiro, feito pela Constituição Federal de 1988, confere ao Judiciário *status* de Poder do Estado realmente, pois, de aplicador das leis e dos códigos, o Judiciário passou a ser configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo. Podemos afirmar que essa mudança de paradigma no papel do Judiciário é uma evolução, e essa se deu pela necessidade de fortalecer os novos objetivos do Estado e conseqüentemente da Separação de Poderes, desenhados no

²³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 175-176.

²⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 175-176.

Estado Democrático de Direito: o de manter e fortalecer as estruturas institucionais do Estado, como podemos apreender da lição de Paulo Bonavides, *in verbis*:

Houve tempos, porém, ao começo da idade constitucional moderna, em que o Poder Judiciário, sem embargo do princípio da separação de poderes, que devera fortalecê-lo, era, todavia, pelas taras do *ancien régime*, o mais fraco dos Poderes que emergiram da Revolução Francesa. Poder desarmado, é ele, de natureza, poder débil. Mas, de necessidade, urge que seja poder forte, apto a dirimir grandes conflitos políticos e sociais cuja profundidade afeta a manutenção das estruturas institucionais²⁵.

É à medida que temos o entendimento de que os Poderes do Estado são na realidade formas de expressão de um Poder estatal uno, que assim se divide para ter meios e instrumentos para a consecução dos fins do Estado, que entendemos que o Judiciário, como manifestação de Poder do Estado, deve atuar ativamente na vida política do Estado, pelos meios que lhe são legítimos, é claro, aliás, sendo este o seu papel: resguardar os direitos e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico, e assim sendo, “*o poder público não pode se omitir, devendo intervir ativamente no sentido de atender ao que consta do próprio Preâmbulo da Constituição*”²⁶.

Nessa linha de raciocínio, vários doutrinadores defendem uma atuação ativa do Judiciário na Política Estatal, e entre estes defensores temos, por exemplo, a professora Ada Pellegrini Grinover, que em um artigo esclarecedor, publicado na Revista de Processo, expõe esta sua visão, como podemos vislumbrar no trecho *in verbis*:

Mas, no Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal²⁷.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade [algumas observações sobre o Brasil]. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 18, n. 51, pp. 127-150, 2004b, p. 132-133.

²⁶ Cf. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 1 a 32, 2011, p. 15.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 164, p. 9-28, out. 2008, p. 12.

Esse fenômeno da atuação do Judiciário na vida política estatal, com o intuito de se atingir os fins do Estado, é conhecido por Judicialização da Política, e este fenômeno cada vez mais crescente tem impulsionado o Judiciário a intervir no Controle das Políticas Públicas, sem que esta atuação venha a ferir o princípio da Separação de Poderes - desde que sejam obedecidos certos critérios e limites, que serão estudados mais adiante, em nosso próximo capítulo -, constituindo, assim, uma participação legítima e em total consonância com o papel atribuído pela Constituição Federal.

2.1.1. *Jurisdição Constitucional, Democracia e efetivação dos Direitos Constitucionais.*

Antes de tudo, entendamos o que significa Jurisdição. Etimologicamente, Jurisdição deriva de *Juris dictio*, que significa dizer o direito, entretanto, não se resume apenas a isso. O termo jurisdição requer o complemento de outras características, sem as quais, não podemos formular seu conceito. Se procurarmos sua definição nos dicionários jurídicos, no depararemos com a seguinte definição, *in verbis*:

JURISDIÇÃO. 1. [...]. 2. ***Direito Processual.*** a) Judicatura; b) **administração da justiça pelo Poder Judiciário**; c) **poder-dever de aplicação do direito objetivo**, conferido ao magistrado; d) **atividade exercida pelo Estado para aplicação de normas jurídicas ao caso concreto**; e) **poder de conhecer e julgar casos concretos** dentro dos limites da competência outorgada; f) soma de atividades e de atribuições o juiz; g) área territorial onde a autoridade judiciária exerce seu **poder de julgar**; h) compreende o poder de decisão; o de compelir, no processo de execução, o vencido a cumprir a decisão; o de ordenar notificação das partes ou testemunhas; o de documentação, que advém da necessidade de representação por escrito dos atos processuais e rege-se pelo princípio da investidura, da indelegabilidade e da aderência ao território [Moacir Amaral Santos]; i) poder de dizer o direito. 3. [...]. 4. [...].²⁸ [*Grifo nosso*].

Como podemos observar, pela definição apresentada acima, o termo Jurisdição nos traz a noção de processo, ou em outras palavras, e segundo Paulo Roberto de Gouvêa Medina, a jurisdição *só se exerce em decorrência de uma ação e na conformidade de um processo*, e seu exercício deve se dar *em caráter definitivo, no*

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2ª ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

juízo das lides, assim, associamos também, a idéia de Jurisdição a idéia de coisa julgada²⁹.

O Poder Judiciário é quem realiza a Função Jurisdicional, ou simplesmente, Jurisdição. Ou seja, é o Poder Judiciário que aplica as normas de caráter geral e abstrato na solução das lides, ou como nos explica Motta e Barchet, *in verbis*:

A função típica do Poder Judiciário é a prestação da tutela jurisdicional, que consiste em aplicar a norma [que é abstrata] a um caso concreto, a um litígio [lide] que lhe foi apresentado, dizendo quem tem razão de acordo o Direito.[...] Jurisdição significa “dizer o Direito”, e qualquer cidadão tem direito a esta prestação [art. 5º, XXXV]³⁰.

Ainda, quando falamos em Jurisdição, comumente, nos vem à mente o “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” esculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º. [suprimido].

...

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.]

É este princípio que constitui a principal garantia dos direitos subjetivos. Garantindo inclusive a atividade jurisdicional, não apenas quando se tem direito lesado, mas também, quando existir a simples ameaça a um direito, seja ele individual ou coletivo. Revela, ainda, como já fora explanado, que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição – não admitindo o contencioso administrativo-, como podemos depreender dos comentários à Constituição de Uadi Lammêgo Bulos, *in verbis*:

Através desse princípio, todos têm *acesso à justiça* para pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo, difuso e até individual homogêneo. Constitui, portanto, um direito público subjetivo, decorrente da assunção estatal de administração da justiça, conferido ao homem para

²⁹ Cf. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53.

³⁰ MOTTA, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009, p. 442.

invocar a prestação jurisdicional, relativamente ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão irresistível³¹.

Agora que temos uma noção geral de Jurisdição, passemos à Jurisdição Constitucional. Voltemos a nós utilizar do dicionário jurídico. Nele encontraremos a seguinte definição, *in verbis*:

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. *Direito constitucional e direito processual.* Aquela que tem competência para resolver litígios ou conflitos constitucionais; ante o controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Poder Judiciário³².

Nesse primeiro momento, como podemos observar pela definição acima, a Jurisdição Constitucional, grosso modo, é a Jurisdição realizada em matéria que envolve a Constituição.

A fim de chegarmos a uma definição mais completa do que seria a Jurisdição Constitucional, peguemos a definição de Jurisdição por Chiovenda, *in verbis*:

[...] a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, seja no afirmar a existência de uma vontade das leis seja em torná-las posteriormente efetiva³³.

Portanto, Jurisdição Constitucional, seguindo os entendimentos anteriormente apresentados, seria a função de afirmar a vontade da Constituição e torná-la efetiva, agindo assim na solução dos conflitos constitucionais. Como nos conclui André Ramos Tavares, *in verbis*:

É comum o emprego da expressão “jurisdição constitucional” para designar a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica. A fiscalização do cumprimento da Constituição tem como pressuposto básico a ideia desta como conjunto normativo fundamental, que deve

³¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** 9ª ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

³² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 2ª ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

³³ CHIOVENDA apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010, P. 263.

ser resguardado em sua primazia jurídica, vale dizer, em que se impõe a rigidez constitucional³⁴.

Essa atividade da Jurisdição Constitucional funciona como um instrumento de defesa da Constituição, tendo em vista que busca garantir a prevalência da nossa Lei Maior. José Afonso da Silva assim nos assevera, *in verbis*:

A jurisdição Constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos³⁵.

Assim, ao Judiciário não está apenas reservada a estrita atuação na solução de conflitos individuais, mas, também, e acima de tudo, reservasse a ele, a garantia da Democracia e da efetivação dos Direitos Fundamentais, por se tratarem esses, de valores basilares e supremos da nossa Carta Magna, e por ser a Jurisdição Constitucional, meio de garantia dos valores sociais e políticos da nossa Constituição.

É diante dessas conclusões, que podemos reconhecer a importância da atuação do Judiciário, no que diz respeito à proteção Jurisdicional da Constituição, como também nos assevera André Ramos Tavares, *in verbis*:

[...] a proteção da Lei Maior, em especial contra o próprio legislador, representa um dos consectários do constitucionalismo, tendo sido atribuída essa missão a uma das instituições constitucionais, no caso brasileiro, o Poder Judiciário, e com particular deferência ao Supremo Tribunal Federal³⁶.

Como já fora antecipado, pelo ensinamento do sobredito doutrinador, cabe ao Supremo Tribunal Federal a proteção à Constituição Federal, tendo em vista que esta, expressamente, em seu artigo 102, delega a essa instituição, o dever de guardar a Lei Maior.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

³⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010, P. 264.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. Brasil: Malheiros, 2002, p. 554.

³⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010, P. 264.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não é o único a realizar a Jurisdição Constitucional, pois os tribunais e os juízes também o realizam, por via de exceção, fundado na Jurisdição Constitucional Difusa - ou Controle Difuso de Constitucionalidade -, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade.

A Jurisdição Constitucional Concentrada – ou Controle de Constitucionalidade Concentrado - é aquela realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse modelo de controle, o Supremo Tribunal Federal *analisa a constitucionalidade dos atos normativos em abstrato, ou seja, sem qualquer ligação com o caso concreto*. Esse controle *prestigia a segurança jurídica, garantindo maior isonomia, pois seus efeitos valem para todos [erga omnes], muitas vezes com efeito vinculante*³⁷.

Enquanto que na Jurisdição Constitucional Difusa – ou Controle de Constitucionalidade Difuso- *o juiz tem a missão de realizar a análise da compatibilidade dos atos infraconstitucionais com a Constituição, invalidando os que forem incompatíveis, com efeitos apenas para aquele caso específico*. Esse modelo de controle também é chamado de *controle difuso é concreto ou incidental ou indireto*, pois a análise da constitucionalidade *é apenas uma questão acessória dentro de uma discussão fática principal*³⁸.

No Brasil, existe uma tendência de se valorizar a Jurisdição Constitucional Concentrada. Entretanto, a Jurisdição Constitucional Difusa ainda subsiste com grande importância, pois possibilita corrigir *eventuais injustiças que a aplicação da norma, no caso concreto, pode gerar*³⁹.

Além disso, a interpretação dos Direitos Fundamentais, na maioria das vezes, se voltará ao caso concreto, assim, o controle a ser realizado será compatível com o Controle Difuso de Constitucionalidade, no qual o juiz terá que realizar a análise da

³⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 258.

³⁸ Ibid., p. 257-258.

³⁹ Ibid., p. 258.

compatibilidade dos atos infraconstitucionais com a Constituição – com os Direitos Fundamentais – invalidando os que forem incompatíveis, com efeitos apenas para aquele caso específico⁴⁰.

Não é o caso aqui de aprofundarmos no tema do Controle Concentrado e Difuso de Constitucionalidade, mas, apenas, de entendermos e termos em mente que, por conta do sistema misto de Controle de Constitucionalidade adotado no Brasil – coexistem o Controle concentrado e o Controle Difuso de Constitucionalidade-, o controle jurisdicional das Políticas Públicas poderá ser realizado tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelos Tribunais e Juízes de 1º grau. E, por conta desse sistema misto de Controle de Constitucionalidade, um Juiz de 1º grau poderá intervir nas Políticas Públicas de um município, por exemplo.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário, seja na figura do Supremo Tribunal Federal, seja através dos tribunais ou juízes de primeira instância - por via de exceção -, zelar pela observância da Democracia e pela efetivação dos Direitos Fundamentais, o que torna a atividade do Poder Judiciário, como um todo, de suma importância para a sociedade brasileira, como nos assevera Paulo Bonavides, *in verbis*:

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. [...] Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.⁴¹

Assim, podemos afirmar que a Jurisdição Constitucional está intimamente ligada à Democracia e à efetivação dos Direitos Fundamentais, pois quando os mecanismos democráticos falham, a Jurisdição Constitucional deve funcionar, para que, através desta, possamos ter um Estado e um sistema jurídico que busca e garante, efetivamente, a prevalência e o respeito aos princípios constitucionais.

⁴⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 257-261.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade [algumas observações sobre o Brasil]. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 18, n. 51, pp. 127-150, 2004b, p. 127.

2.2. O papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Como já explicamos no capítulo anterior, vivemos em um Estado Democrático de Direito. A concepção desse tipo de Estado *está fundada principalmente na idéia de participação popular e na busca em aliar a ideia de direito à ideia de justiça, alcançando a chamada justiça material*⁴².

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

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

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

Essa circunstância, por si só, já justifica que se veja a *Constituição como um processo*, [...]. Sim, porque **a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais**, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e **um Estado Democrático de**

⁴² COSTA, Suzana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 451-466, 2011, p. 452.

Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação.⁴³ [*Grifo nosso.*].

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

2.3. Judicialização da Política como consequência da Jurisdição Constitucional.

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

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

Nesse sentido, nos resume Emilio de Medeiros Vianna, *in verbis*:

A passagem do Estado Liberal Clássico ao Estado Social de Direito, com a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e o reconhecimento da força normativa dos mesmos – e, portanto, da pronta exigibilidade de tais direitos – ensejou incremento do poder dos juízes, originando o fenômeno que se convencionou designar de Judicialização da política [ou politização da justiça]. Assim,

⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003, p. 20-21. O que podemos depreender do ensinamento do Professor Willis Santiago é que a Constituição impõe aos seus integrantes – aqui seriam os três Poderes – um *programa de ação* – maneira de agir- capaz de modificar a realidade social, possibilitando que seus ideais/objetivos não sejam apenas retórica, assim, cabe também ao Judiciário atuar no processo de efetivação dos seus ideários. Para ele, o Estado Democrático de Direito só existirá se todos esses Poderes puderem ter canais de participação – aqui também podemos depreender que os canais também devem estar abertos para que os cidadãos participem e possam exigir seus direitos, mesmo que por meio do Poder Judiciário.

deliberações/tarefas antes atribuídas a outros órgãos são assumidas, por assim dizer, pelo Poder Judiciário⁴⁴.

A Jurisdição Constitucional só se realiza em sua plenitude quando o Judiciário assume um papel “político”:

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

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

Quem levanta objeções deste feitio acha a resposta nestas palavras lapidares, de conteúdo e sentido, cuja autoria é de Pestalozza, um dos mais insignes processualistas do Direito Constitucional contemporâneo: “Os tribunais constitucionais declaram o direito, mas ao mesmo passo fazem política”⁴⁵.

Entretanto, *não se quer, com isso, dizer que o direito é fruto da política, uma vez que isso significa subordinar o primeiro à segunda*⁴⁶, mas sim que *o direito contém elementos políticos, todavia, ele se sobrepõe à política porque fornece o próprio fundamento da legitimidade da sua autoridade e fornece-lhe os conteúdos essenciais, como critérios de avaliação da justiça, da legislação pública e da atuação de todos os poderes*⁴⁷.

⁴⁴ VIANNA, Emilio de Medeiros. **Políticas Públicas e Controle Judicial: Ponderação econômica como critério de decisão, para uma atuação judicial social e economicamente responsável**. 2010. 129 f. Dissertação [Mestrado em Direito] – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, p. 15.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade [algumas observações sobre o Brasil]. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 18, n. 51, pp. 127-150, 2004b, p. 144.

⁴⁶ MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: Neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 200.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 200.

Mas para que possamos entender melhor essa “política” realizada pelo Poder Judiciário, vejamos o ensinamento de William Lopes da Fonseca:

Há de possuir o juiz consciência da função política que exerce, e isto não se confunde com a idéia de “política partidária”, na qual estão envolvidos o Executivo e o Legislativo – até certo ponto, é bom lembrar, porque também os parlamentares e os chefes executivos exercem funções estritamente técnicas que tem de ser desempenhadas independentemente de seu “posicionamento político-partidário”. Sendo o Judiciário parte no Estado e a lei a maior expressão do estado, o juiz subordinado à lei contribui para a legitimidade das instituições estatais⁴⁸.

Observe-se que, o papel político a ser realizado pelo Judiciário não o mesmo papel político desempenhado pelo Executivo e Legislativo. Como observamos pelo ensinamento de Paulo Bonavides, o papel político do Judiciário é o mesmo papel político que se apresenta impregnado na Constituição. Pois, por ter a Constituição uma natureza política, quando o Judiciário propicia que a Constituição se realize, ele, conseqüentemente, realiza política.

Assim, negar a Judicialização da Política é negar ao Judiciário o cumprimento do seu papel designado constitucionalmente, e mais, é negar uma importante via de realização da própria Constituição.

2.4. Políticas Públicas.

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

Normas programáticas são normas *que definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas fora ou além do texto constitucional*⁴⁹, ou seja, essas

⁴⁸ FONSECA, William Lopes da. O controle social do Poder Judiciário, a independência da Magistratura e o caráter político da função jurisdicional. In **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 841, p. 87-117, novembro de 2005, p. 90 e 91.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

normas *não especificam a conduta a ser seguida pelo Poder Público: apenas apontam linhas diretoras*⁵⁰.

Assim, a realização destas normas faz com que seja necessário o planejamento de ações – permanentes e futuras – como estabelecimento de políticas de médio e longo prazo. Essas ações estão vinculadas aos direitos estabelecidos nos princípios e objetivos constitucionais.

Na realidade, quando falamos dessas ações, estamos falando de Políticas Públicas. Senão, vejamos a definição de Políticas Públicas, *in verbis*:

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

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados⁵¹.

Assim, Políticas Públicas devem ser entendidas como ações e programas tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro⁵².

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

⁵⁰ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari [Coord.]. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, p. 1-51, 2006, p. 39.

⁵² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 140.

Logo, é papel do Poder Público – nesse caso do Executivo e do Legislativo - programar Políticas Públicas que efetivem os objetivos do Estado. Sua discricionariedade não está em realizar ou não a Política Pública, mas sim em escolher quais e como serão implementadas estas Políticas Públicas.

O papel do Judiciário, em matéria de Políticas Públicas, ocorre nos casos de eventuais desvios na implementação dos Direitos Fundamentais pelos demais Poderes. Seu papel será o de conformar as Políticas Públicas, já previstas no texto constitucional, à atividade legislativa e executiva.

Em outras palavras, a função jurisdicional apenas determina que seja cumprida a Constituição, a qual faz cessar a liberdade discricionária do administrador e mesmo a do legislador^{53 54}.

2.4.1. Políticas Públicas, questões meramente políticas e puramente discricionárias.

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

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

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

⁵³ Cf. LAGE, Lívia Regina Savergnini Bissoli. Políticas Públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 177.

⁵⁴ Aqui a autora deixa claro que atuação do Judiciário não se faz em substituição a função do legislador ou do administrador. Nesse caso, o Judiciário está apenas realizando a sua função: fazer cumprir a Constituição. A discricionariedade do legislador e do administrador não está na escolha de realizar ou não a Política Pública, mas sim em que situações e como a Política Pública irá se realizar.

É bem verdade que diferenciar o que seria Política Pública do que seria questão meramente política, ou puramente discricionária, pode ser complicado, mas, como nos explica Gilmar Mendes, essa dificuldade não pode ser um empecilho à atuação do Judiciário:

Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais⁵⁵.

Mas como fazer essa diferenciação? Ou ainda, quais aspectos poderiam nos ajudar no reconhecimento de situações em que a atuação judicial seria possível?

Na concepção de Paulo Bonavides, as questões políticas seriam:

[...] entre outras as que se alojam na faculdade discricionária, reservada aos poderes políticos, para ditar, por exemplo, as medidas da política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento, em suma, aquelas prerrogativas que, pela sua natureza mesma, podem compor o substrato de uma política ou de uma legislação, cujo teor controverso não será nunca objeto legítimo de apreciação judicial⁵⁶.

É bem verdade que as Políticas Públicas também estão inseridas na discricionariedade da Administração Pública, pois o Legislativo poderá escolher quais Políticas Públicas devem ser implementadas pelo o Executivo, e este, por sua vez, irá escolher quais e como os programas e as ações serão desenvolvidos, ou seja, irá definir as Políticas Públicas que irá implementar. Mas essas escolhas devem buscar a máxima efetividade dos Direitos Fundamentais – e outros direitos em geral – e alcançar ao máximo possível de pessoas.

A grande diferença está em que está fundada a discricionariedade. As Políticas Públicas que buscam efetivar os Direitos Fundamentais não são discricionariedade da Administração Pública, pois se trata de um dever. A

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 604-605.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 292.

discricionariiedade está em como e em que situações essas Políticas Públicas irão se desenvolver.

Por isso, as escolhas da Administração Pública devem *ser feitas com a devida cautela e sob inspiração do que melhor convenha ao interesse público*⁵⁷.

E assim, por essa razão, e por muitas vezes essas escolhas não serem as melhores, a atuação do Judiciário será necessária para que a efetividade dos direitos ocorra. Nesse sentido, temos o entendimento de Juliana Maia Daniel, *in verbis*:

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

Nessa esteira, não há mais espaço para compreender a discricionariiedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam ao interesse público implícito na finalidade leal, sejam as que o atendam de maneira deficiente⁵⁸.

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

2.5. Críticas feitas ao Controle Jurisdicional das Políticas Públicas.

As críticas ao controle jurisdicional das políticas públicas partem daqueles comprometidos com a defesa de uma hermenêutica constitucional restritiva, ou como define Odete Medauar, daqueles que defendem um *controle restrito da Administração Pública*⁵⁹ por parte do Judiciário. Vejamos, *in verbis*, na lição da referida autora, o posicionamento dos que abrigam um controle restrito da Administração:

⁵⁷ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In MILARÉ, Edis [Coord.]. **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2ª ed. rev. e atual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 753-798, 2002. p. 775.

⁵⁸ DANIEL, Juliana Maia. Discricionariiedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, p. 93-124, 2011, p. 121-122.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 468-470.

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

Há um posicionamento favorável ao controle restrito. Em geral, os argumentos dessa linha são os seguintes: impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação de poderes, daí o âmbito do Judiciário ser a legalidade em sentido estrito; os integrantes do Judiciário são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. De acordo com essa linha, no controle do ato administrativo o Judiciário apreciaria somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto⁶⁰.

O posicionamento, delineado acima, compreende os principais argumentos contra o controle jurisdicional das Políticas Públicas, vejamos cada um deles:

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

A outra crítica feita ao controle judicial das Políticas Públicas, é quanto a questão da legitimidade democrática dos juízes, ou seja, quanto ao fato dos integrantes do Judiciário serem desprovidos de mandato eletivo; o que não lhes daria legitimidade para apreciar questões relativas ao interesse público, ou seja, a crítica argumenta que a Jurisdição Constitucional, ao controlar matéria referente a Políticas Públicas, não seria compatível com a democracia, e, conseqüentemente, estaria adentrando a uma instância política, instância da qual não teria legitimidade para adentrar.

Nessa persuasão, continuam a afirmar que efetivação judicial dos direitos fundamentais estaria *além da dogmática jurídica*⁶¹, pois o juiz não teria como analisar as conseqüências de sua decisão para toda a coletividade, mas apenas a conseqüência para o indivíduo em particular, como nos explica Eduardo Cambi, *in verbis*:

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 468.

⁶¹ Cf. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 265.

Critica-se, pois, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, por que tais decisões vão além da dogmática jurídica. A inexistência de dinheiro para satisfazer a implementação de todas as necessidades sociais exige escolhas alocativas de recursos, que são típicas opções políticas, pautadas por critérios de *macrojustiça* [o quanto disponibilizar e a quem atender]. Não estaria o Judiciário vocacionado para isto, devendo resolver apenas os problemas da *microjustiça* [ou da justiça do caso concreto], uma vez que não teria como levar em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Com efeito, não poderia examinar pretensões à prestação de um direito fundamental social, porque não teria como analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo⁶².

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

Além desses entraves, discute-se também, o problema da interpretação aplicada às Políticas Públicas, pois, como as Políticas Públicas se baseiam em normas programáticas⁶³, diferentes interpretações poderiam ser dadas a estas, ensejando assim em *uma impossibilidade concreta de o interessado provar que o ato deixou de realizar o que cabia, e uma impossibilidade lógica de saber-se qual a providência cabível que satisfaz, completamente, in casu, a finalidade da lei*⁶⁴, pois as normas programáticas *explicitam os fins, mas não precisam os meios a serem empregados na consecução de tais objetivos*⁶⁵.

⁶² Cf. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 265.

⁶³ Ver tópico 2.4 deste Trabalho.

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In MILARÉ, Edis [Coord.]. **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2ª ed. rev. e atual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 753-798, 2002. p. 772-773.

⁶⁵ Cf. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

2.6. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas como forma de controle de constitucionalidade: A possibilidade do Controle Judicial.

As críticas feitas ao Controle Jurisdicional das Políticas Públicas são, na verdade, críticas ao fenômeno da Judicialização da Política como um todo.

É certo que limites devem ser impostos, justamente para que as críticas feitas a este fenômeno não se tornem uma realidade, porém, o medo de se ter um Judiciário com superpoderes, não pode impedir que tenhamos, sim, funções estatais fortes – nesse caso os três Poderes – e capazes, cada uma dentro de suas funções, de realizar os Direitos Fundamentais e os objetivos traçados em nossa Constituição.

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

Entretanto, esses limites e os pressupostos serão tratados apenas em nosso próximo capítulo. Por hora, vejamos, na lição de Odete Medauar, o posicionamento dos que defendem um controle jurisdicional amplo da Administração, posicionamento este que propicia, inclusive, que esse controle alcance as políticas públicas:

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

[...]

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

[...]

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

[...]

[...]. Com a vigência do princípio na inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direto, se o ato de governo acarretar lesão a direito poderá ser impugnada perante o Judiciário⁶⁶.

Como podemos vislumbrar da lição de Odete Medauar, de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados⁶⁷: daí, a atuação do Poder Judiciário ser não apenas possível, mas, na realidade, é extremamente importante para a efetivação dos Direitos Fundamentais:

Ocorre que a jurisdição constitucional, enquanto atividade de fiscalização dos atos infraconstitucionais em face da Constituição, não se limita apenas ao controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos. Na verdade, vai um pouco mais além, abrangendo também a proteção da Constituição como um todo, em especial a proteção e a promoção dos direitos fundamentais⁶⁸.

Continuando nesse entendimento, outra importante autora na área de Ciências Jurídico-Políticas, Germana de Oliveira Moraes, demonstra visão igualmente favorável ao Controle Jurisdicional da Administração Pública. Para ela, o Princípio da Separação de Poderes e o da inafastabilidade da tutela jurisdicional podem ser compatíveis entre si, desde que as competências definidas constitucionalmente para cada Poder venham a ser observadas, e, caso os atos administrativos maculem alguma norma constitucional, o Judiciário poderá rever esses atos administrativos e/ou legislativos, especialmente em sede de Controle de Constitucionalidade:

Assim, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 468-469.

⁶⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 689; e Cf. VALE, Ionilton Pereira do. **As Dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais**. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2006, p. 61.

⁶⁸ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 245 f. Dissertação [Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional] – Faculdade de Direito – Curso de Mestrado, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, p. 93.

denominada “área de livre decisão” que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito.

Ademais, não se concebe a noção de Direito fora do regime de legalidade e do regime de observância dos princípios constitucionais. Por fim, o exercício da Administração Pública na denominada área de livre decisão não significa arbítrio, pois pressupõe sempre uma lei a conferir essa margem de liberdade à Administração Pública⁶⁹.

Canotilho, importante constitucionalista português de renome mundial no Direito, também enfrenta a questão do Controle de Constitucionalidade de Políticas Públicas. Para ele, as Políticas Públicas podem ser inconstitucionais, por ação ou omissão, e por isso, devem ser objeto de controle.

O autor aponta que, caso haja expressa previsão quanto às Políticas Públicas na Constituição, a questão, apesar de pertencer à política, também poderá ser vista pelo Judiciário. Entretanto, Canotilho é cauteloso, pois sabe que a linha entre as Políticas Públicas e as questões meramente políticas é tênue. Vejamos, então, trecho de sua obra em que ele trata da questão⁷⁰:

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

⁶⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 110-111.

⁷⁰ Trata-se da questão levantada em nosso tópico 2.4.1.

programa, como tal, é retirado à livre escolha do objetivo ou do fim pelos órgãos políticos, consideradas, em geral, características das escolhas políticas [Böckenforde].

O relevo modesto da inconstitucionalidade por omissão prova as dificuldades do controlo de políticas públicas. Estas reconduzem-se fundamentalmente a um conjunto de decisões e acções adoptadas pelo governo para influir sobre um determinado problema. Os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicionalmente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de acção. Pode censurar-se, através do controlo da constitucionalidade, actos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a *política deliberativa* sobre as *políticas* da República pertence à política e não à justiça⁷¹.

Seguindo a mesma cautela com que Canotilho trata o tema, precisamos entender que não serão quaisquer Políticas Públicas que o Judiciário poderá exercer Controle de Constitucionalidade, pois apenas *quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, é que fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente*⁷².

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

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 945-946.

⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In MILARÉ, Edis [Coord.]. **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2ª ed. rev. e atual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 753-798, 2002. P. 772.

CAPÍTULO 3 – CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.

Neste terceiro capítulo, abordaremos o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil de maneira mais objetiva. Para tanto, inicialmente, falaremos dos Direitos Fundamentais, pois o grande objetivo do fenômeno da Judicialização da Política, nada mais é do que efetivar/concretizar os Direitos Fundamentais garantidos por nossa Constituição Federal, pois, como defendia Norberto Bobbio, *o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-los*⁷³.

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

Entretanto, a exigibilidade deles na esfera judicial deve ocorrer de acordo com certos limites, limites estes que traçaremos ao longo deste capítulo, de acordo, tanto com a doutrina que defende o controle judicial das Políticas Públicas, quanto o entendimento dos Tribunais brasileiros.

Esses limites devem ser observados não apenas por conta do Princípio da Separação dos Poderes e, por questão da legitimidade do Poder Judiciário – por questão da democracia representativa-, mas também para garantir uma atuação judicial responsável, impedindo que decisões sejam justas do ponto de vista individual, entretanto injustas do ponto de vista coletivo, ou seja, impedir que essas decisões tragam prejuízo à coletividade -.

3.1. Direitos Fundamentais.

Os Direitos Fundamentais têm sua origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. São os princípios proclamados por esta declaração, que estão consagrados em nossa Constituição:

⁷³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8ª ed. São Paulo: Campos, 1992, p. 24.

A Constituição Federal de 05.10.1988 agasalhou, no seu Título II [Dos Direitos e Garantias Fundamentais] um extenso e diferenciado rol de posições jurídicas expressamente designadas de fundamentais, logo após ter enunciado os princípios e objetivos fundamentais, dentre os quais desponta a dignidade da pessoa humana, expressamente guindada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. Sem que se possa aqui adentrar a discussão em torno da qualidade ‘jusfundamental’ de todas as posições jurídicas consagradas [mais de uma centena] no Título II, comunga-se da tendência majoritária no sentido de reconhecer que todos os direitos e garantias lá positivados são fundamentais e que em favor da opção expressa do Constituinte milita uma presunção em prol da fundamentalidade tanto dos assim designados direitos e deveres individuais e coletivos, quanto dos direitos sociais [incluindo extenso elenco de direitos dos trabalhadores], dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos. Não fosse assim – e sem que se vá considerar outros argumentos – os poderes constituídos passariam a ter prerrogativa de, com base em critérios exclusivamente materiais de fundamentalidade [por exemplo, uma determinada teoria de base ou orientação ideológica], refutar a condição de direitos fundamentais a alguns [ou mesmo muitos, a depender da concepção de fundo utilizada] dos direitos enunciados pelo Constituinte ou mesmo negar-lhes, no todo ou em parte, seu regime jurídico privilegiado⁷⁴.

Os Direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos subjetivos positivados na Constituição Federal, ou em normas infraconstitucionais, *intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico*⁷⁵.

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

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: Uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. In **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate, n° 9, p. 243-274, julho/dezembro, 2008, p. 248-249.

⁷⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

No Brasil é possível agrupar os direitos fundamentais em quatro grandes categorias, que os repartem em: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos⁷⁶.

Os direitos políticos *abrangem o direito de nacionalidade. Pelo primeiro, o indivíduo é incorporado na comunhão nacional para uma série de efeitos, que compreendem prerrogativas e deveres. Pelo segundo, se reconhece ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral [intervenção pelo voto na composição dos órgãos do Estado] e a capacidade eletiva [participação pessoal na composição dos órgãos do Estado]*⁷⁷.

Os direitos individuais *frequentemente denominados liberdades públicas, são a afirmação jurídica da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contém limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares*⁷⁸.

Os direitos sociais - direitos econômicos, sociais e culturais - *passam a considerar o homem para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. A intervenção estatal destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros*⁷⁹.

⁷⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99.

⁷⁷ Ibid., p. 100.

⁷⁸ Ibid., p. 101.

⁷⁹ Ibid., p. 101.

E os direitos difusos *caracterizam-se por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade. Integram essa natureza de interesse a preservação do meio-ambiente, a defesa da qualidade dos produtos e a garantia contra manipulações de mercado [proteção ao consumidor] e a salvaguarda de valores culturais e espirituais [proteção ao patrimônio histórico, artístico e estético]*⁸⁰.

3.2. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.

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

Entretanto, não basta apenas enunciar os direitos, é preciso, sobretudo, protegê-los e concretizá-los⁸¹, por isso, *a Constituição de 88 pretendeu não apenas proclamar direitos, mas, sobretudo, concretizá-los*⁸².

Segundo Fábio Comparato, a origem das Políticas Públicas está ligada à necessidade de se efetivar os Direitos Fundamentais, e estes por sua vez, só podem se realizar por meios dessas Políticas Públicas:

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente⁸³.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101-102.

⁸¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8ª ed. São Paulo: Campos, 1992, p. 37.

⁸² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68-69.

⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

[...] Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meios de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental⁸⁴.

A Constituição é norma suprema do ordenamento jurídico, e, portanto, é necessário que se garanta que todas as leis estejam em conformidade com a Carta Magna. Para isso, é realizado o Controle de Constitucionalidade. E conforme vimos no tópico anterior, os Direitos Fundamentais estão positivados na Constituição, logo, qualquer norma que seja incompatível com os valores por eles consagrados será inconstitucional, logo, deve existir o Controle de Constitucionalidade a fim de que tal norma se molde à Constituição.

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

A afirmação dos direitos fundamentais do homem no direito constitucional positivo reveste-se de transcendental importância. Mas – como notara Maurice Hauriou – não basta que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo, porque haverá ocasiões em que será discutido e violado⁸⁵.

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

A grande questão é que os direitos humanos precisam se transformarem em realidade e não permanecerem por décadas a fio como um simples programa, ou se falando juridicamente, as suas normas não podem ser apenas normas programáticas. No Brasil os direitos humanos só se tornarão efetivos com políticas e legislação que conduzem a uma distribuição de renda e **isto deve ser da**

⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205-206.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59.

responsabilidade de todos os brasileiros e **acima de tudo dos três poderes do estado.**⁸⁶ [grifo nosso].

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

3.3. Pressuposto à intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas: Mínimo existencial.

*O fato de os Direitos Fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos*⁸⁷. Em outras palavras, o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, estão vinculados aos Direitos Fundamentais, ou seja, o Poder Público em geral está “obrigado” a respeitar e a efetivar os Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, o papel do Poder Judiciário se revela ainda mais importante, pois a defesa dos Direitos Fundamentais é da essência da sua função⁸⁸. Ainda nesta acepção, explica Ingo Wolfgang Sarlet:

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso [e em função disso] o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consonante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar

⁸⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo [org.]; *et al.* **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6. Mais uma vez, observamos que não basta a atuação do Judiciário em “dizer o direito”, mas torna-se necessário que este atue de maneira a permitir a efetivação de tais direitos.

⁸⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica – Instituto Brasiliense de Direito Público [IDP], 2000, p. 126. Nesse sentido, os Poderes devem agir e limitar-se de modo a concretizar os Direitos Fundamentais.

⁸⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica – Instituto Brasiliense de Direito Público [IDP], 2000, p. 132. Para Gilmar Mendes, o Judiciário, por ser o guardião da Constituição, revela-se o mais importante “concretizador” dos Direitos Fundamentais.

os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É neste contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial **a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo que definem, para si mesmo e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais**⁸⁹. [*grifo nosso*].

Mas qual o objetivo dos Direitos Fundamentais? E por que é tão importante que eles sejam efetivados?

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

O mínimo existencial é entendido como o direito às condições mínimas de existência humana digna.

O constituinte não indicou como esse mínimo existencial seria garantido, mas ao positivizar os Direitos Fundamentais, seu desejo era de *que toda interpretação constitucional fosse uma atividade voltada para a busca da efetividade da Constituição*⁹⁰.

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

Assim, a garantia ao mínimo existencial, uma vez descumprido, justifica e dá ensejo a intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas.

3.4. Limites para o controle: Proporcionalidade, razoabilidade e reserva do possível.

Os próprios Direitos Fundamentais são limitados, pois *não existe direito absoluto. Assim, os Direitos Fundamentais não são absolutos nem ilimitados.*

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl.; 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 372-373.

⁹⁰ Cf. MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69. Assim, o Judiciário, como interprete da Constituição, deve interpretá-la de modo a garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais.

*Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, etc..., resultando, resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade*⁹¹.

Do mesmo modo, não poderia ser diferente com controle jurisdicional das políticas públicas. Porém, os limites da intervenção do Judiciário ainda não são bem definidos, entre outras razões, porque o texto legal, como qualquer outra forma de linguagem, é plurívoco - possui vários sentidos - e, muitas vezes, indefinido. Isso é especialmente verdadeiro quando se trata do texto constitucional que, no intuito de abarcar uma pluralidade de ideologias e valores, integra conceitos e princípios muitas vezes contraditórios.

Os limites para o controle estão delineados no princípio da proporcionalidade combinado com a razoabilidade, e no princípio da reserva do possível.

No trecho, *in verbis*, o Professor Willis Santiago nos apresenta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

A desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles – mesmo quando não pareça, a primeira vista, “irrazoável” ir além⁹².

O princípio da proporcionalidade alberga três elementos, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, também denominada idoneidade, consiste em averiguar se o meio escolhido é apropriado para alcançar o objetivo perseguido. A necessidade dá a idéia de que a

⁹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional didático**. 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.198.

⁹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In GUERRA FILHO, Willis Santiago [coord.] *et al.* **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 11-29, 1997, p. 25-26.

medida restritiva deve ser indispensável, estritamente necessária para conservar o direito e não pode ser substituída por outra; assim o meio utilizado deve ser o menos oneroso para o réu. Por outro lado, a Proporcionalidade em sentido estrito, constitui na ponderação entre o ônus imposto pela medida e o benefício por ela trazido⁹³.

Sendo assim, podemos enumerar os seguintes requisitos a serem observados na decisão judicial que controla Políticas Públicas: [1] a medida escolhida deve ser adequada e pertinente a atingir o resultado; [2] o meio escolhido deve ser o mais suave ou menos oneroso entre as opções existentes, e; [3] o benefício alcançado com a adoção da medida deve buscar preservar direitos fundamentais mais importantes do que os direitos que a medida limitou.

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

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

Além de proporcional e razoável, a decisão judicial deve observar a disponibilidade financeira - a chamada “reserva do possível”.

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

⁹³ Cf. HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Direitos fundamentais e processo**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: 2008, p. 214-215.

A despeito disso, Ada Pellegrini Grinover defende que, em casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deve constituir em obstáculo para a imediata satisfação do direito⁹⁴.

Esta exceção ao princípio da reserva do possível já foi entendida pelo Supremo Tribunal Federal, em uma recente decisão, da qual o Ministro Celso de Mello foi Relator. *In verbis*, segue a Ementa do julgado:

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal [RTJ 183/818-819].

Comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental [RTJ 185/794-796]. **Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial** [RTJ 200/191-197]. Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade rídica do controle das omissões estatais pelo Poder Judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República [RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220]. Recurso extraordinário do Ministério Público Estadual conhecido e provido⁹⁵.

⁹⁴ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 139.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 482611 / SC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 482611**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: Município de Florianópolis. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento: **23/03/2010**, Data da Publicação/Fonte DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=482611&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 13/05/2012.

O que percebemos por esses limites, aqui apresentados, é que deve existir uma grande preocupação do magistrado em colher o máximo de informações, que incluam o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da Política Pública. O Juiz poderá, também, admitir a intervenção de *amici curiae*, de maneira a permitir que a sociedade seja ouvida sobre o caso a ser analisado⁹⁶.

Com a estrita obediência ao pressuposto e aos limites que apresentamos, combinado como o exato conceito de Políticas Públicas – aqui entendido como programas e ações tendentes a concretizar os objetivos do Estado brasileiro, em especial os Direitos Fundamentais - é possível impedir que ocorram excessos na intervenção judicial em Políticas Públicas.

3.5. A posição dos Tribunais Brasileiros: Uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

As principais decisões dos Tribunais, em matéria de Políticas Públicas, diz respeito à integralidade da assistência à saúde. Isso não é por acaso, pois quando se trata do direito à saúde é mais fáceis de ser demonstrado o requisito do mínimo existencial, pois é um Direito Fundamental que representa consequência constitucional indissolúvel do direito à vida.

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

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO [CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196] - PRECEDENTES [STF] - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À

⁹⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 139-140.

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 INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República [arts. 5º, caput, e 196] e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF⁹⁷.

Temos muitas outras decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a necessidade da intervenção judicial para que os Direitos Fundamentais

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 271286 AgR / RS**. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 271.286. Agravante: Município de Porto Alegre, Agravado: Dina Rosa Vieira. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento **12/09/2000**, Data da Publicação/Fonte DJ 24-11-2000 PP-00101- EMENT VOL-02013-07 PP-01409. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acessado em: 13/05/2012.

seja efetivados, dentre eles, além do direito à saúde, os direitos sociais. Vejamos então trecho⁹⁸ da ementa do julgado mais recente, *in verbis*:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL [CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006] - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO [CF, ART. 211, § 2º] - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, 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 até 5 [cinco] anos de idade” [CF, art. 208, IV], o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena

⁹⁸ Aqui se fez necessário apresentarmos apenas parte da Ementa, pois trata-se de uma citação longa, da qual destacamos apenas as informações mais relevantes à compreensão de nosso trabalho.

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 inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.**

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil [RTJ 199/1219-1220], objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. [...] LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS

“ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.[*grifo nosso*]^{99 100}

O Superior Tribunal de Justiça, igualmente ao Supremo Tribunal Federal, reconheceu a necessidade do Poder Judiciário intervir nas Políticas Públicas em situações de descaso do Poder Público, e em repetidas decisões, também reconheceu o direito à integralidade da assistência à saúde a ser prestado pelo Estado. Colacionamos, *in verbis*, as Ementas de recentes julgados nesse sentido:

Ementa: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impõe obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI’s no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR / SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337. Agravante: Município de São Paulo, Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 23/08/2011, Data da Publicação/Fonte DJe-177 divulgação 14-09-2011 publicação 15-09-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acessado em: 13.05.2012.

¹⁰⁰ Igual decisão já havia sido tomada em 2005, no RE 410715 AgR/SP, a qual obrigava o Município de Santo André, do Estado de São Paulo, a garantir a matrícula de crianças de até seis anos de idade em creche e pré-escola. Este acórdão encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acessado em: 13/05/2012.

exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" [REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010]. 7. Recurso Especial provido.¹⁰¹.

Seguindo esse entendimento, também temos:

Ementa: ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1068731/RS. Recurso Especial 2008/0137930-3. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator[a] Ministro HERMAN BENJAMIN [1132]. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 17/02/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 08/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801379303&dt_publicacao=08/03/2012>. Acessado em: 13.05.2012.

orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde [SUS] é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" [REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005]. Agravo regimental improvido.¹⁰².

Outra decisão, a qual podemos citar, diz respeito a Políticas Públicas voltadas a captação, acumulação, condução, distribuição, proteção e utilização de recursos hídricos, em conformidade com a Política e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, de que trata a Lei no 9.433, de 1997. Nesta decisão podemos vislumbrar que o Judiciário, além da saúde, também poderá atuar nos mais diversos aspectos que envolvem o mínimo existencial. Vejamos:

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECUPERAÇÃO DE BARRAGEM PROVIDORA DE ÁGUA. ART. 2º DA LEI N. 4.229/1963, QUE ESTABELECE A COMPETÊNCIA DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, PONDERANDO A RESPEITO DA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DO DIREITO À VIDA, DETERMINOU A RECUPERAÇÃO DA BARRAGEM. FUNDAMENTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA REVISÃO DO ACÓRDÃO A QUO. ART. 105, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 1. Trata-se de agravo regimental em que se discute o conhecimento de recurso especial interposto contra acórdão do TRF da 5ª Região, proferido em sede de ação civil pública, o qual determinou ao Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS a recuperação de barragem provedora de água. 2. No caso, o Tribunal de origem externou seu entendimento apoiado em fundamentação

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1136549. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0076691-2. Agravante: Município de Esteio; Procurador : Luiz Bernardo de Souza Froner e outro[s]; Agravado : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator[a] Ministro HUMBERTO MARTINS [1130]. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 08/06/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 21/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900766912&dt_publicacao=21/06/2010>. Acessado em: 13.05.2012.

constitucional, consignando que: "O controle de políticas públicas pelo Judiciário é de caráter excepcional e não poderá ser levado a cabo quanto se estiver diante de possível ofensa à separação de poderes. O maltrato ao princípio da separação de poderes se dá ao instante no qual é desprestigiada a discricionariedade da Administração, existente quando esta possui possibilidade de escolher entre o atuar e o não atuar. No caso, não vislumbro essa liberdade de agir por dois motivos. O primeiro deles está na Lei 4.229/63, com alteração da Lei 10.204/2001, cujo art. 2º, III, dispõe: 'elaborar projetos de engenharia e executar obras públicas de captação, acumulação, condução, distribuição, proteção e utilização de recursos hídricos, em conformidade com a Política e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, de que trata a Lei no 9.433, de 1997'. Trata-se, então, de lei que, no que concerne, objeto da causa, impõe ao demandado competência de atuar. Em segundo lugar, a hipótese versa sobre mínimo existencial, porquanto água é substância imprescindível à subsistência da humanidade, sendo de importância inexcedível no semi-árido nordestino. Está-se aqui diante do mínimo vital, a gravitar em torno do direito à vida [art. 5º, caput, CF], a justificar a intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas". 3. Percebe-se do acórdão recorrido que a determinação judicial de recuperação da "Barragem de Poço Branco" foi necessária em razão de omissão da autarquia estadual em exercer sua competência, o que poderia resultar em violação ao direito à vida assegurado no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. O aparente conflito entre as normas constitucionais analisadas pelo Tribunal de origem [separação de poderes e direito à vida] foi, claramente, resolvida com a ponderação dos interesses e princípios pertinentes ao caso concreto. Essa fundamentação não pode ser revisada em sede de recurso especial sem que haja interpretação do alcance das normas constitucionais aplicáveis à solução da controvérsia, daí porque o recurso especial não deve ser conhecido. 4. Agravo regimental não provido.¹⁰³

Apesar dessas decisões, a maior problemática se coloca em face dos critérios a serem adotados pelo Judiciário ao realizar o controle de Políticas Públicas.

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

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1211989 / RN. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0161249-2. Agravante: união; Agravado: Ministério Público Federal. Relator[a] Ministro BENEDITO GONÇALVES [1142]. Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 04/08/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001612492&dt_publicacao=10/08/2011>. Acessado em: 13.05.2012.

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

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da **intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas**, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da **"reserva do possível"**. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo substancializador do **"mínimo existencial"**. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas [direitos constitucionais de segunda geração]. [*grifo nosso*].¹⁰⁴

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

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 [posteriormente renumerado para art.59], de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 [LDO], destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/ DF – Distrito federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Adv.[a/s]: Advogado-geral da União; Argdo.[a/s]: Presidente da República; Argte.[s]: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; Adv.[a/s]: Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho, Relator[a]: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004-PP-00012-RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 13.05.2012.

despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls.93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o §2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 [LDO], dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias [Lei nº 10.707/2003] -supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59..... . § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' [NR]." [grifei] Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 [LDO], veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República [fls. 23v.]. Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental -entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde¹⁰⁵.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/ DF – Distrito federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Adv.[a/s]: Advogado-geral da União; Argdo.[a/s]: Presidente da República; Argte.[s]: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB;

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

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

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como **instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política**, tal como sucede no caso [EC 29/2000], venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, **a dimensão política da jurisdição constitucional** conferida a esta Corte, **que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais -que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, comas liberdades positivas, reais ou concretas** [RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO] -, **sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional** [...].

É certo **que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial -a atribuição de formular e de implementar políticas públicas** [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. Tal incumbência,

Adv.[a/s]: Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho. Relator [a]: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004-PP-00012-RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 13.05.2012.

no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, **ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.** [...]

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "**reserva do possível**" [STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York], notadamente em sede de efetivação e implementação [sempre onerosas] dos direitos de segunda geração [direitos econômicos, sociais e culturais], cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às **possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.** Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ["A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar]: "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. **A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, 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." [grifei] Vê-se, pois, que os **condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível"**, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração -de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, [1] a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, [2] a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio [razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado] devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [*grifo nosso*].¹⁰⁶

Como pudemos perceber, a posição do Supremo Tribunal federal, manifestada pelo Ministro Celso de Mello, é favorável ao controle de Políticas Públicas pelo Judiciário, desde que presentes alguns requisitos, quais sejam: [a] limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão [garantia ao mínimo existencial]; [b]

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/ DF – Distrito federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Adv.[a/s]: Advogado-geral da União; Argdo.[a/s]: Presidente da República; Argte.[s]: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; Adv.[a/s]: Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho, Relator[a]: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004-PP-00012-RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 13.05.2012.

razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público [aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade] e [c] a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas [a chamada reserva o possível]. E assim, caso haja desrespeito à Constituição e, presentes esses pressupostos e limites indicados pelo Ministro, o Judiciário pode – e na verdade, deve – fazer cumprir o preceito constitucional, seja formulando ou implementando Políticas Públicas.

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

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

Consequentemente, a discussão doutrinária em torno do tema apresenta-se como uma grande vantagem, pois, *no futuro, quando o tema estiver sendo discutido para valer no plenário, as idéias já estarão melhor amadurecidas no âmbito acadêmico, tornando mais fácil o convencimento dos demais Ministros*¹⁰⁷.

Apesar de todas essas decisões favoráveis, é importante ressaltar que nossos Tribunais são muito cautelosos com relação ao controle de Políticas Públicas, e nem sempre a interferência do Judiciário será possível. Como exemplo disso, podemos citar a decisão do Juiz Federal George Marmelstein, que foi suspensa pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Vamos entender a situação:

No início do ano de 2003, a cidade de Fortaleza passou por uma séria epidemia de dengue, o que fez com que a demanda por leitos hospitalares aumentasse enormemente. A fila nos hospitais públicos não parava de crescer e, a cada dia, aumentava o número de mortes pela falta de leitos de UTI (Unidade de Tratamento Intensivo) em hospitais públicos.

¹⁰⁷ Cf. LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 245 f. Dissertação [Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional] – Faculdade de Direito – Curso de Mestrado, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, p. 157.

Tendo em vista essa situação, o Ministério Público Federal ingressou com uma ação civil pública, com pedido de liminar, requerendo que o Município de Fortaleza, o Estado do Ceará e a União providenciassem o internamento das pessoas que estavam nas filas das UTI's em hospitais particulares, mesmo não conveniados ao SUS.

O pedido de liminar foi apreciado, em caráter de urgência, pelo Juiz Federal Plantonista, Dr. João Luís Nogueira Matias, que deferiu a medida, determinando que o Poder Público, em suas três esferas (municipal, estadual e federal), providenciasse a transferência de todos os pacientes que se encontrassem ou viessem a se encontrar em necessidade de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI, para Hospitais públicos ou particulares detentores de tais unidades de tratamento que deveriam ser contratados para esse fim, e foi aplicada a multa de R\$ 10.000,00 por dia de descumprimento da decisão.

Dois dias depois, o Ministério Público Federal ingressou com um pedido para que o valor da multa fosse aumentado, pois nada estava sendo feito para que a decisão fosse cumprida.

O processo, que tramitava até então na 3ª Vara da Justiça Federal no Ceará, acabou indo parar na 4ª Vara, e o pedido caiu nas mãos do Juiz Federal Substituto George Marmelstein.

O referido magistrado deferiu liminar que ordenava a transferência de verbas de uma rubrica orçamentária menos importante para a saúde, e autorizava que os hospitais particulares procedessem à compensação fiscal dos gastos efetuados com as internações.

Apesar de a decisão ser, do ponto de vista social, louvável, a liminar foi suspensa pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sede de suspensão de liminar, sob o argumento de que a competência seria da Justiça Estadual.

A liminar ainda chegou a vigorar por cerca de dez dias e, nesse período, mais de vinte pessoas foram beneficiadas pela decisão judicial.

Apesar de a decisão ter sido suspensa, sob o argumento de que a competência seria da Justiça Estadual, não é difícil perceber que, na realidade, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de certa forma, queria retirar a “responsabilidade” da Justiça Federal sob uma decisão tão drástica aos cofres públicos. Pois podemos entender que a competência seria, sim, da Justiça Federal, pelas seguintes razões: (a) a parte autora seria o Ministério Público Federal, (b) havia pedidos expressos contra a União, (c) a União teria manifestado interesse na causa, tanto em audiência quanto extra-autos,

valendo ressaltar que havia uma comissão do Ministério da Saúde em Fortaleza para discutir o problema, (d) o Ministro da Saúde veio a Fortaleza manifestar seu interesse em resolver o problema da falta de leitos, (e) a decisão afetava diretamente a União, na medida em que permitia a compensação fiscal com tributos federais^{108 109}.

Assim, o que podemos vislumbrar é que o assunto ainda é muito espinhoso para os nossos Tribunais, mas, a cada nova decisão, eles evoluem a visão sobre o assunto, e é bem possível que, daqui a algum tempo, possamos afirmar que temos uma posição doutrinária e jurisprudência esclarecida sobre o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.

¹⁰⁸ A decisão do Juiz substituto George Marmelstein pode ser visualizada em: <<http://pt.scribd.com/doc/17760769/Direito-Fundamental-a-Saude-decisao-judicial-2003>>. A referida página conta com um artigo em que o próprio magistrado comenta a sua decisão.

¹⁰⁹ Cf. defende o próprio George Marmelstein em: Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/17760769/Direito-Fundamental-a-Saude-decisao-judicial-2003>>. Acessado em 14.05.12.

CONCLUSÕES.

Com efeito, quando falamos em Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, nos vem o receio de macular o Princípio da Separação dos Poderes, entretanto, ao fazermos uma análise mais aprofundada desse princípio, percebemos que a atuação do Judiciário na vida política do Estado, desde que respeitados certos limites, na realidade o fortalece, pois é necessário que tenhamos um Poder Judiciário forte e apto a dirimir grandes conflitos políticos e sociais, impedindo, assim, que os outros dois Poderes, Legislativo e principalmente o Executivo, se alberguem no juízo de discricionariedade, como desculpa para exonerar-se de cumprir com a justiça social. Podemos afirmar que esta ação ativa do Judiciário seria inclusive uma das manifestações do Sistema de Freios e Contrapesos, que esta atrelado ao Princípio da Separação dos Poderes.

Quando superamos essa barreira, podemos seguir adiante e vislumbrar a importância da Judicialização da Política para a construção de um Estado Democrático de Direito. Ou seja, só podemos afirmar que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, se pudermos afirmar que caso as Políticas Públicas, desenvolvidas pelo Executivo, e ou ainda as Leis Ordinárias, implementadas pelo Legislativo, venham a ferir ou não cheguem a concretizar os Direitos Fundamentais do cidadão, este ainda tem, no Poder Judiciário, o seu abrigo de rogo à concretização de seus Direitos Fundamentais e da justiça social.

Seguindo esse entendimento, os modernos doutrinadores estudam maneiras de garantir uma participação legítima do Judiciário na vida política do Estado. Desta forma, a Judicialização da Política no Estado brasileiro tem se tornado uma realidade, a qual podemos vislumbrar através das decisões de nossos Tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, inclusive em matéria de Políticas Públicas.

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

Apesar de ainda “caminharmos” a um julgamento definitivo, podemos desde já propor algumas conclusões defendidas por vários Doutrinadores que se debruçam sobre essa problemática. Então, vejamos quais conclusões podemos enumerar:

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

[b] O controle exercido não fere o Princípio da Separação de Poderes [esse entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado], pois o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas seria uma forma de Controle de Constitucionalidade, sendo assim, o Judiciário estaria realizando função designada pela Constituição;

[c] O controle é plenamente possível, desde que observados o mínimo existencial, o princípio da razoabilidade - *razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público*¹¹⁰ – e a reserva do possível – *entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública*¹¹¹ –, ou seja, o Judiciário encontra nesses princípios o pressuposto e limites de sua atuação;

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

¹¹⁰ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 149.

¹¹¹ Cf. Ibid., p. 149.

[e] O controle poderá ser feito tanto por via de controle jurisdicional concreto – controle de constitucionalidade concreto, realizado pelo Supremo Tribunal Federal – quanto pela via de controle jurisdicional difusa – controle de constitucionalidade difuso, realizado pelos Tribunais e Juízes de 1ª grau.

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

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

O campo de discussão da matéria é vasto, e de maneira alguma este Trabalho de Conclusão de Curso teve o objetivo de esgotar a matéria, até porque, como já fora dito, as decisões de nossos tribunais parecem que ainda caminham numa tentativa de traçar um curso seguro e certo para o assunto.

A despeito disso, como pudemos vislumbrar, ao longo do trabalho, que existem vários posicionamentos a favor da matéria, por outro lado, ainda temos algumas posições contrárias.

Não nos custa, mais uma vez, falar da importância da atuação ativa do Judiciário, pois este passa a ser uma espécie de *catalisador da vontade constitucional*¹¹², que busca a concretização dos objetivos delineados em nossa Constituição, ou como esclarece Luiz Werneck Vianna, um Judiciário preocupado com o âmbito social, como podemos acompanhar, *in verbis*:

¹¹² Cf. LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 245 f. Dissertação [Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional] – Faculdade de Direito – Curso de Mestrado, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, p. 95.

O Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social¹¹³.

Daí, podemos afirmar, nas palavras de George Marmelstein, que “*o Judiciário é o principal instrumento de proteção institucional dos direitos fundamentais e que, sem Judiciário, não há que se falar em direito fundamental*”¹¹⁴. Essa afirmação pode, para alguns, parecer de um todo exacerbada, porém, o fato de a Constituição garantir direitos, tidos como fundamentais, por si só não é a garantia da sua efetivação, pois a Administração Pública – neste caso, mais especificamente, o Poder Executivo/administrador, mas também se inclui aí o Poder Legislativo/legislador – pode desrespeitar esses direitos, seja por infringir uma garantia ou seja por não possibilitar a sua realização, inclusive por omissão ou inércia da Administração. Nessa situação, a efetivação dos Direitos Fundamentais depende em última instância da atuação do Judiciário.

Em suma, podemos ver que ainda há muito que se discutir a respeito dos pressupostos e dos limites à intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas, entretanto, não podemos deixar de reconhecer a importância do ativismo judicial, para que nossa Constituição se torne uma realidade, pois essa atuação nos permitiria a construção de uma sociedade democrática, e que possibilita ao cidadão, uma nova chance de ver seus direitos concretizados, mesmo quando o Poder Legislativo e Executivo se eximem de fazê-lo.

¹¹³ VIANNA, Luiz Werneck; *et al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 9.

¹¹⁴ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 245 f. Dissertação [Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional] – Faculdade de Direito – Curso de Mestrado, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, p. 77.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

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

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1136549. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0076691-2. Agravante: Município de Esteio; Procurador: Luiz Bernardo de Souza Froner e outro[s]; Agravado : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator[a] Ministro HUMBERTO MARTINS [1130]. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 08/06/2010
Data da Publicação/Fonte DJe 21/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900766912&dt_publicacao=21/06/2010>. Acessado em: 13.05.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1211989 / RN. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0161249-2. Agravante: união; Agravado: Ministério Público Federal. Relator [a] Ministro BENEDITO GONÇALVES [1142]. Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 04/08/2011

Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001612492&dt_publicacao=10/08/2011>. Acessado em: 13.05.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1068731/RS. Recurso Especial 2008/0137930-3. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator[a] Ministro HERMAN BENJAMIN [1132]. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 17/02/2011
Data da Publicação/Fonte DJe 08/03/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801379303&dt_publicacao=08/03/2012>. Acessado em: 13.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/ DF – Distrito federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Adv.[a/s]: Advogado-geral da União; Argdo.[a/s]: Presidente da República; Argte.[s]: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; Adv.[a/s]: Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho. Relator[a]: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação DJ 04/05/2004-PP-00012-RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 13.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR / SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337. Agravante: Município de São Paulo, Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 23/08/2011, Data da Publicação/Fonte DJe-177 divulgação 14-09-2011 publicação 15-09-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acessado em: 13.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 482611 / SC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 482611**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido: Município de Florianópolis. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento: **23/03/2010**, Data da

Publicação/Fonte DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=482611&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 13/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 271286 AgR / RS**. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 271.286. Agravante: Município de Porto Alegre, Agravado: Dina Rosa Vieira. Relator [a] Min. Celso de Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento **12/09/2000**, Data da Publicação/Fonte DJ 24-11-2000 PP-00101-EMENT VOL-02013-07 PP-01409. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acessado em: 13/05/2012.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9ª ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

CANELA JUNIOR, Oswaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, p. 125-150, 2011.

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

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

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**; prefácio, André Siegfried; tradução, Lydia Cristina. 8ª ed./2 impr. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

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

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

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

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

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2ª ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

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

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

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

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

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

MOTTA, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

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

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

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

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

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

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

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. Brasil: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

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

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

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini [Coord.]; WATANABE, Kazuo [Coord.]. **O Controle Jurisdicional de Políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, p. 33 a 72, 2011.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria Política da Soberania**. Belo Horizonte: Mandamentus, 2001.

ANJOS, Luís Henrique Martins dos, e ANJOS, Walter Jone dos. **Manual de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 9ª reimpressão.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Tese [Doutorado em Direito Processual] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/>>. Acesso em: 2012-05-13.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPEZ, Fernando; *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, março de 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Alcides de Mendonça. **O Poder Judiciário e a nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

MAUES, Antônio Moreira. Democracia Direta e Divisão de Poderes: Algumas idéias Latino-Americanas. *In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate, nº 9, p. 243-274, julho/dezembro, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33ª ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; e BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos e direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MICCIONE, Nicola Moreira; BARBOSA, Edmilson [organizador]; *et al.* O Poder Judiciário e a garantia dos Direitos Fundamentais. *In Democracia e Constituição: estudos em homenagem ao Professor Dimas Macedo*. Fortaleza: Edições UFC, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Contrato Social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque Da Silva. 21ª ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2009.

SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto [organizadores]; *et al.* **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento – Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SOARES, Orlando. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUSA, Fernando José Pires de, et al. **Poder e Políticas Públicas na América Latina**. Fortaleza: Edições UFC, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck, organizador; CITTADINNO, Gisele; *et al.* **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.