



FACULDADE DE DIREITO

VANESSA VOGADO XAVIER

**A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS  
PELO PODER JUDICIÁRIO NO CENÁRIO  
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2011

VANESSA VOGADO XAVIER

**A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO NO CENÁRIO  
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Ms. Yuri Schneider

PORTO ALEGRE

2011

VANESSA VOGADO XAVIER

**A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO NO CENÁRIO  
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão defendido e aprovado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, pela banca examinadora constituída por:

---

Professor Ms. Yuri Schneider

---

Nome do Professor

---

Nome do Professor

PORTO ALEGRE

2011

À minha mãe que simplesmente me deu a vida.

Ao meu marido André, meu melhor amigo, o ar  
que respiro.

Dedico este trabalho especialmente a minha irmã Larissa, pelo amor e cumplicidade de sempre.

Com grande carinho agradeço ao meu orientador Yuri, por ter me acolhido no meio do caminho dessa monografia, e por me ajudar a encontrar um sentido para a minha graduação: o Direito Econômico e Administrativo.

Gostaria de agradecer a compreensão, a Elsa e ao Cláudio, colegas e amigos que jamais esquecerei e à amiga Damaris, pelos livros que me foram disponibilizados.

Enfim, aos meus amigos que sempre me deram apoio nesse momento um tanto “conturbado” que é o TCC.

"A injustiça, senhores, desanima o trabalho, a honestidade, o bem; cresta em flor os espíritos dos moços, semeia no coração das gerações que vêm nascendo a semente da podridão, habitua os homens a não acreditar senão na estrela, na fortuna, no acaso, na loteria da sorte, promove a desonestidade, promove a venalidade (...) promove a relaxação, insufla a cortesia, a baixeza, sob todas as suas formas."

Ruy Barbosa, discurso no Senado Federal, em 1914.

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar através dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a possibilidade de implementação das políticas públicas pelo Poder Judiciário, quando estão em voga os direitos fundamentais sociais. Através da observação do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que fundamenta as obrigações previstas no artigo 6º da Constituição Federal, o Estado tem a obrigação de realizar políticas públicas para que todos os indivíduos tenham a possibilidade de viver com o mínimo a uma vida digna. Primeiramente faremos uma análise histórica de como os direitos sociais foram inseridos em nosso ordenamento jurídico, posteriormente, realizaremos uma breve explanação do que são as políticas públicas e finalmente os argumentos favoráveis e os contrários à possibilidade do Poder Judiciário interferir na concretização dos direitos fundamentais sociais, além da análise de alguns julgados do Supremo. Os direitos fundamentais são direitos indisponíveis a todos os cidadãos brasileiros, caso a Administração Pública se omita na implementação das políticas necessárias a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, pode o Poder Judiciário determinar a efetivação das políticas, afim de que os direitos constitucionalmente indisponíveis sejam concretizados. Foram utilizadas para a realização desse trabalho, consultas a diversos posicionamentos doutrinários, consulta a artigos da internet e pesquisas de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras chave:** Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Dignidade da Pessoa Humana. Separação dos Poderes.

## LISTA DE ABREVIações

RCL	Reclamação
STF	Supremo Tribunal Federal
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
MS	Mandado de Segurança
REL	Relator
MIN	Ministro
SS	Suspensão de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
AgR	Agravo Regimental
LDO	Lei de Diretrizes Orcamentárias



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL.....</b>	<b>13</b>
2.1 DO ESTADO LIBERAL .....	13
2.2 DOS DIREITOS DE LIBERDADE .....	15
2.3 DO ESTADO LIBERAL NO BRASIL.....	16
2.4 DOS DIREITOS SOCIAIS.....	19
2.5 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A BUSCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	25
<b>3 DAS CRÍTICAS À IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS ....</b>	<b>30</b>
3.1 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	30
3.2 DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO NA ALOCAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS .....	37
<b>3.2.1 Dos atos administrativos.....</b>	<b>38</b>
<b>3.2.2 Do poder vinculado.....</b>	<b>39</b>
<b>3.2.3 Do poder discricionário.....</b>	<b>41</b>
3.3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADOR DOS GASTOS PÚBLICOS .....	43
<b>3.3.1 Origem da teoria da reserva do possível .....</b>	<b>44</b>
<b>3.3.2 Teoria da reserva do possível como limitador dos gastos públicos .....</b>	<b>45</b>
<b>4 DA POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO APRECIAR AS DEMANDAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS; A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO .....</b>	<b>51</b>
4.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA APLICABILIDADE IMEDIATA .....	52

4.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASILAR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL .....	56
4.3 DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA REVISÃO DO MODELO ATUAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	60
<b>4.3.1 O sistema dos pesos e contrapesos no âmbito do Judiciário no Brasil.....</b>	<b>65</b>
4.4 DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	67
4.5 A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 45 DO SUPREMO TRIBUNAL.....	70
4.6 DO PROJETO DE LEI DE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	72
<b>5 COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM SE POSICIONANDO EM SUAS DECISÕES COM RELAÇÃO À IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUANDO PROVOCADO – ESTUDO DE CASOS .....</b>	<b>75</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>81</b>
<b>ANEXO A – PROJETO DE LEI .....</b>	<b>87</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia foi desenvolvida com o propósito de examinar a viabilidade e a legitimidade do Poder Judiciário para implementar políticas públicas, na realização dos direitos fundamentais sociais a todos os cidadãos, principalmente aos mais necessitados. Os direitos fundamentais sociais e seus princípios, como direitos de titularidade coletiva, e não propriamente direitos individuais, foram inseridos na Constituição Federal de 1988, em vários artigos, implícita, ou explicitamente, como direitos sociais de toda ou qualquer pessoa.

Será discutida no primeiro capítulo a formação dos direitos fundamentais sociais, direitos de segunda geração e sua distinção entre direitos fundamentais de liberdade, direitos de primeira geração, e a quem esses direitos foram destinados em sua origem. O assunto é conflituoso já que envolve normas e princípios constitucionais, em que se exige do Estado o cumprimento do mínimo para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, como se sabe, principalmente na questão dos direitos fundamentais sociais, o Estado não tem cumprido seus deveres em sua plenitude e muitas vezes, nem o mínimo existencial para determinada parcela da população. Daí se conclui a responsabilidade do Estado em prover os direitos sociais por intermédio dos Poderes Legislativo e Executivo, e em caso de omissão desses dois, ao Poder Judiciário.

Conforme doutrina positivista, quando o Judiciário implementa políticas públicas, estaria ele violando o Princípio da Separação de Poderes, princípio que teve sua origem no Estado liberal, como forma de se evitar o arbítrio da monarquia absolutista. Alguns autores classificam o Judiciário como entes políticos não eleitos e assim, não tendo competência para aplicar os recursos públicos, esses determinados e formulados em sua aplicação pelos outros poderes.

Também, há a defesa da discricionariedade do Poder Executivo em seus atos, pois possui a prerrogativa da oportunidade e da conveniência. Assim, pode a

Administração Pública decidir quando e como aplicar os recursos públicos. A teoria da reserva do possível seria outro ponto contrário à implementação pelo Judiciário em vista da escassez de recursos públicos para o atendimento pleno dos direitos fundamentais sociais.

Todavia, é nesse momento que há a provocação do Poder Judiciário, legitimado pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. Tem o Poder Judiciário analisado uma grande quantidade de ações por parte da população, principalmente ações de pedidos de medicamentos, cirurgias e de educação básica.

Faremos uma análise da importância da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada pelo Ministro Celso de Mello, em que foram traçados parâmetros ao Judiciário. Implementar políticas públicas certamente não é de incumbência do Poder Judiciário, porém é possível atribuir essa incumbência quando o Poder Legislativo e o Poder Executivo deixam de cumprir suas atribuições, colocando em risco os direitos fundamentais sociais individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Não podemos esquecer que não cabe ao Judiciário criar as políticas públicas, mas sim determinar a execução daquelas já previstas na Constituição Federal. Será exposta a discussão da possibilidade da implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário através dos diversos posicionamentos doutrinários, tratando os aspectos constitucionais relevantes que envolvem a problemática do não cumprimento dos direitos fundamentais em sua plenitude, o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, da força normativa da Constituição e da necessidade de revisão do modelo atual da separação de poderes versus o princípio da separação dos poderes, a discricionariedade do Poder Executivo na alocação dos recursos públicos e a teoria da reserva do possível como limitador dos gastos públicos e sua escassez.

Analisaremos as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) com relação ao tema proposto, uma vez que por tratarem-se de direitos fundamentais presentes na Constituição Federal muitas das ações têm chegado às suas mãos. O

STF, em diversos de seus julgados, tem decidido que quando estiverem presentes direitos e garantias fundamentais sociais, estes se sobrepõem inclusive em situações de escassez de recursos financeiros. O que acaba por permitir a ingerência do Poder Judiciário não somente em políticas públicas, mas também no orçamento.

Com a criação do Estado Social no qual se preza uma sociedade mais igualitária em que os direitos coletivos se sobrepõem aos direitos individuais, se preserva primeiramente a dignidade da pessoa humana, pois é este princípio que dá suporte aos direitos fundamentais.

## 2 A TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL

Neste capítulo, faremos uma análise acerca da transição do Estado absolutista para o Estado liberal e a formação dos direitos fundamentais de primeira geração, os direitos de liberdade na França, que influenciou boa parte do ocidente . Com o enfraquecimento do Estado liberal, foi se formando o Estado social e com ele a criação dos direitos fundamentais de segunda geração, chamados direitos sociais. Será explanada brevemente como o Estado liberal e o Estado social se formou no Brasil e também analisaremos o que são e como são criadas as políticas públicas que são os meios de concretização dos direitos fundamentais sociais.

### 2.1 DO ESTADO LIBERAL

O Estado Absolutista no século XVII tinha como base um governo no qual o Rei assumia todas as funções no governo. Os nobres feudais ainda eram as classes dominantes, provenientes de suas grandes extensões de terras e domínio sobre os camponeses, e assim, eram os principais beneficiados pelo acúmulo de poder que o rei possuía.

Haviam três grupos, divididos por Estados, o Primeiro Estado, composto pelo Clero e o Baixo Clero e o Segundo Estado, pela Nobreza. Ambos, com exceção do Baixo Clero eram resistentes às mudanças, já que eram classes privilegiadas e se beneficiavam do governo. O Terceiro Estado constituído pelos burgueses, pelos camponeses, artesãos, etc, muitos vivendo em condições miseráveis e pagando os impostos para que o Primeiro e o Segundo Estados levassem a vida de forma luxuosa.<sup>1</sup>

Para a burguesia, esse acúmulo de poder nas mãos do rei, quanto dos meios de produção nas mãos dos senhores feudais, trazia graves prejuízos aos direitos de liberdade. De acordo com Bonavides:

---

<sup>1</sup> Disponível em <http://www.colegioweb.com.br/historia/a-revolucao-francesa.html>. Acesso em 21/11/2011.

Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.<sup>2</sup>

Porém, a classe burguesa já despontava como uma nova classe social e também com considerável crescimento dos modos de produção. Junto a isso, vinham os ideais da propriedade privada e de que seus ideais e valores, não podem ser-lhe imposto de fora, de forma com que o Estado não interviesse na economia e na vida social. Suas idéias são de que as liberdades dos indivíduos são de direitos, no sentido de que não se podem haver restrições de liberdade por motivos de credo, raça ou classe social. Com o advento da Revolução Francesa, influenciada pela Revolução Americana de 1776 e pelos ideais do liberalismo, e com o lema da liberdade, igualdade e fraternidade, se puseram abaixo os regimes absolutistas e ascendendo os ideais burgueses.<sup>3</sup>

O aquecimento das relações comerciais e o aparecimento de novos fatores de produção (capital), originários do mercantilismo também influenciaram essas mudanças.

O sistema jurídico-econômico do Estado Liberal pautava-se na livre-iniciativa, onde os cidadãos têm o direito de exercer qualquer atividade econômica livre de restrições e imposições do Estado, na plena liberdade contratual, sendo o poder político o responsável por garantir o cumprimento das cláusulas pactuadas entre os particulares, a fim de manter a estabilidade e a segurança das relações jurídicas contratuais, na liberdade de mercado, na qual o sistema econômico fica sujeito à auto-regulação da economia, não sofrendo qualquer interferência estatal, pois compete ao poder público apenas manter a ordem interna e a segurança externa das fronteiras e por último no caráter absoluto dos direitos privados, principalmente da propriedade e do contrato.

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo, Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001, pg. 40.

<sup>3</sup> Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/9335/estado-liberal/2> . Acesso em 21/11/2011.

Segundo SCOTT<sup>4</sup>, o exercício indiscriminado das liberdades individuais, sem um aparato jurídico que lhe impusesse limite, principal característica desse modelo de Estado, levou à concentração dos fatores de produção e das riquezas nas mãos de uma pequena parcela da população. Tal concentração trouxe graves conseqüências para a economia de mercado vigente e para sociedade, pois ela acabou com a livre-concorrência.

No fim do século XIX, já se verificavam as primeiras leis norte-americanas antitruste, o início de uma postura de intervenção do Estado na Economia.

## 2.2 DOS DIREITOS DE LIBERDADE

Os direitos de liberdade se encontram no leque de direitos fundamentais de primeira geração, visam garantir que o indivíduo possa atuar de forma livre em relação ao Estado. Impõe ao Estado um dever de se abster às liberdades individuais. Encontram suas maiores influências no pensamento iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, em pensadores tais como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. Conforme de Bonavides:

o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>5</sup>

Segundo Bonavides:

Esteio sagrado do liberalismo foi, pr sem dúvida, o dogma da separação de poderes. O célebre art. 16 da Declaração dos direitos do Homem, contida na constituição francesa de 3 de setembro de 1791, assim rezava: "toda a sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição."<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2000, pg. 42-43.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004, pg. 562.

<sup>6</sup> *Idem*, Do Estado Liberal ao Estado Social, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pg. 62



Os direitos fundamentais de primeira geração são àqueles oponíveis ao Estado, de certa forma são aqueles que separam o indivíduo do Estado é uma prestação negativa em relação ao indivíduo, e exige limitações por parte do Poder Público.

Ainda, no entendimento de Bonavides:

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.<sup>7</sup>

Com a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, houve a mudança na qual o Estado não interviesse nas liberdades dos indivíduos. Conforme Sarlet:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento as primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.<sup>8</sup>

Apesar da liberdade do indivíduo perante o Estado, essa falta de intervenção do Estado, fez com que problemas sociais e econômicos fossem desencadeados, gerando por parte da população a exigência de prestações positivas por parte do Estado, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração.

### 2.3 DO ESTADO LIBERAL NO BRASIL

O Brasil não teve o mesmo modelo liberal adotado em outros países, já que o liberalismo partiu do governo e não do povo. Conforme SCOTT:

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004, pg. 563.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pg. 46-47.

No Brasil, a ausência de uma revolução burguesa fez com que fossem reduzidas as chances de desenvolvimento da ideologia liberal da forma como ocorreu, por exemplo, na França e Estados Unidos. Sem a dimensão revolucionária que inicialmente lhe foi peculiar – note-se que o Estado liberal brasileiro nasceu em razão da vontade do próprio governo – a doutrina liberal, incidindo sob uma estrutura eminentemente oligárquica,<sup>9</sup> serviu para instrumentar a absurda retórica de dominação das elites agrárias.

Durante o Primeiro e o Segundo Reinado (1822-1899), foram as intervenções do Estado através de tarifas, subvenções, concessões e proteção alfandegárias, que ditou a atividade econômica brasileira. Já na Primeira República (1889-1930), as relações econômicas ocorreram com maior grau de liberdade de iniciativa.

No plano constitucional positivo, percebe-se claramente a influência liberal. As Constituições brasileiras vigentes nesse período, as de 1824 e de 1891, não destacam, ainda em seu texto um conjunto de normas, reunidas em um setor próprio, com o fim de determinar as bases jurídicas da atividade econômica.

A Constituição brasileira de 1824, inspirada na Constituição francesa de 1814, reconheceu o direito à propriedade material e intelectual e assegurou o livre exercício da atividade profissional:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes

---

<sup>9</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2000, pg. 44.

remunerará em resarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização.<sup>10</sup>

Já a Constituição brasileira de 1891, vigente durante a Primeira República, essa constituição é fundamentalmente, uma Constituição de Organização de Poderes e da garantia dos direitos individuais.<sup>11</sup> No plano econômico, manteve a orientação liberal, também garantindo o direito à propriedade material e intelectual e o livre exercício da atividade profissional, nos seguintes termos:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

.....

§ 17º - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

.....

§ 24º - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

§ 25º - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26º - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27º - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.<sup>12</sup>

Esta foi à última constituição de caráter fortemente liberal. A partir de 1924, o Estado passou a intervir na economia de forma indireta, com a inclusão em suas normas, do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>10</sup> BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm). Acessado em 27/09/2011.

<sup>11</sup> HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 4ª edição, Revista, Atualizada e Ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pg. 54.

<sup>12</sup> BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm). Acessado em 27/09/2011.

## 2.4 DOS DIREITOS SOCIAIS

O Estado liberal preocupava-se substancialmente, com a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para que não houvesse acúmulo de poder nas mãos de poucos, objetivando o enfraquecimento do Estado e esse não podendo ingerir na liberdade individual.

Porém, esse cenário foi-se alterando afirma Grinover:

Esse estado de coisas alterou-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial, em que as massas operárias assumem relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato.<sup>13</sup>

Também segundo Grinover:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais -, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.<sup>14</sup>

Os direitos sociais, também chamados de direitos fundamentais de segunda geração, surgiram como forma de se contrapor ao modelo liberal que estava implementado e que causou muitas desigualdades sociais.

Afirma Bonavides:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São direitos sociais, culturais e econômicos bem como os

---

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, in Revista de Processo, RePro 164, v. 33, out. 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pg. 10.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pg. 10.

direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.<sup>15</sup>

Assim, como começaram os movimentos na reivindicação dos direitos, em função do agravamento da crise em razão das desigualdades e injustiças sociais.

#### Segundo Sarlet:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.<sup>16</sup>

A partir de 1930, surgiram novos fatores no processo econômico brasileiro, entre eles a busca pela melhoria das condições sociais. Afirma SCOTT<sup>17</sup>, que o período entre a década de 1930 e a década de 1980 foi orientado pelo objetivo de superar o modelo socioeconômico essencialmente agrícola do Brasil. Nessas cinco décadas, a política econômica governamental não esteve volta exclusivamente ao desenvolvimento econômico, pois suas prioridades eram a estabilização monetária e a manutenção do regime econômico vigente. Ao fim desse período, o país apresentava-se semi-industrializado e possuía o produto industrial mais elevado entre os países do chamado terceiro mundo.

Desse modo, observa-se que a ordem econômica brasileira já nasceu estatizada, adotando um modelo de Estado intervencionista social, uma vez que o poder público atuava tanto na prestação dos serviços públicos essenciais quanto no desenvolvimento e empreendimento da atividade econômica.

---

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pg. 564.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pg. 47.

<sup>17</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2000, pg. 88.

A Constituição de 1934 foi inspirada na Constituição Mexicana de 1917, segundo Ferreira Filho:

A Constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais. Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária, e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador.<sup>18</sup>

Por mais que tivesse ocorrido de forma sutil, foi na Constituição Mexicana é que foram inseridas as primeiras normas de cunho social.

No entendimento de Comparato<sup>19</sup> a Constituição mexicana foi criada através de um manifesto clandestino, criado por um grupo de jovens intelectuais contrários à ditadura do presidente Porfírio Diaz, essa carta teve grande repercussão e traçou as linhas da constituição de 1917, entre elas estavam as garantias para as liberdades individuais e políticas, a quebra do poderio da Igreja Católica, a expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado.

A Constituição brasileira de 1934 foi inspirada na Constituição de Weimar de 1919. Com o término da primeira guerra mundial, a economia alemã estava em uma situação crítica e o endividamento da Alemanha em função da assinatura do Tratado de Versalhes, na qual a Alemanha se responsabiliza por ter causado a primeira guerra, era muito grande. Assim, a assembleia constituinte se reuniu em Weimar para a votação de uma nova constituição, apenas sete meses após a derrota na primeira guerra.

Segundo Ferreira Filho:

Elaborou-se uma constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II – Direitos e deveres fundamentais dos alemães, Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e sociedades religiosas, a quarta à instrução e estabelecimentos de ensino e a quinta, à vida econômica.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO. Direitos humanos fundamentais. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 64.

<sup>19</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 189.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pg. 66.

Certamente, foi essa a primeira constituição de cunho mais social, já que foi nela que se inseriram normas de direitos fundamentais mais claramente, como forma de incumbir ao Estado uma prestação positiva na formulação de programas de ação governamentais, influenciando as Constituições futuras ocidentais.

#### Segundo Comparato:

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.<sup>21</sup>

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição brasileira a ter uma ordem econômica propriamente dita, intitulada Da Ordem Econômica e Social.

Em seus artigos pode se ler claramente a preocupação do legislador com a formulação de normas para que se garanta existência digna, trabalho, amparo aos desassistidos, educação e saúde aos indivíduos. Isso pode ser constatado em seus artigos:

#### TÍTULO IV

##### *Da Ordem Econômica e Social*

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.

.....  
Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

- a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
- c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;

<sup>21</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 205.

- d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
- e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
- f) férias anuais remuneradas;
- g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
- i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
- j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

.....  
 Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;
- c) amparar a maternidade e a infância;
- d) socorrer as famílias de prole numerosa;
- e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
- f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
- g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.<sup>22</sup>

A Constituição Federal de 1988<sup>23</sup> apresenta, dentro do capítulo da Ordem Econômica e Financeira, presente no artigo 170 e incisos, os seguintes fundamentos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

<sup>22</sup> BRASIL, Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil (16 de julho de 1934), Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acessado em 29/09/2011.

<sup>23</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 30/09/2011



VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Pode-se perceber no dispositivo constitucional claramente a coexistência de valores do liberalismo e do socialismo econômico.

No que tange ao socialismo econômico, o legislador tem o intuito a realização da justiça social. Essa ideia que faz com que o Estado efetive as medidas necessárias (políticas públicas), a garantir a todos os cidadãos o acesso aos bens necessários à satisfação de suas necessidades fundamentais. Baseia-se na ideia da justiça distributiva, na qual há repartição de bens e encargos entre todos os membros da sociedade, garantindo-se uma igualdade proporcional entre os mais e os menos favorecidos.

O sujeito passivo, de quem os indivíduos demandam as prestações positivas a efetivar essas medidas é o Estado. Afirma Ferreira Filho:

O sujeito passivo desses direitos é o Estado. É este posto como o responsável pelo atendimento aos direitos sociais. Na Constituição de 1988 isso é cristalino. O texto afirma “dever do Estado” propiciar a proteção à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao lazer, pelo desporto (art. 217), pelo turismo (art. 180) etc. Igualmente o direito ao trabalho que se garante pelo socorro da previdência social ao desempregado (art. 201, IV). O objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço. O serviço escolar, quanto ao direito à educação, o serviço médico-

sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde, os serviços desportivos, para o lazer etc.<sup>24</sup>

As Constituições seguintes mantiveram em suas normas o caráter aplicador de garantias fundamentais visando a proteção das garantias mínimas à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, algumas Constituições mais intervencionistas na atividade econômica, outras de forma mais moderada, porém, sempre se reservando a garantir formas de assistir aos indivíduos, por intermédio da realização de meios à aplicação de políticas públicas.

## 2.5 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A BUSCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são as formas que o Estado, representado pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, destina os recursos de forma a concretizar as normas constitucionais no que diz respeito aos direitos fundamentais, mais especificamente no que tange aos direitos sociais, fazendo com que os direitos à melhoria das condições de vida da população dos sejam minimamente cumpridos.

Segundo Appio<sup>25</sup>, as políticas públicas, por sua vez, surgem como resposta a uma necessidade contemporânea decorrente da concentração das massas em aglomerados urbanos e do processo de industrialização.

Através da Administração Pública são aplicados os recursos arrecadados por meio dos tributos e normalizados por meio do Poder Legislativo com o intuito que o Estado cumpra o mínimo a atender ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, nos termos do artigo 1º, inciso III da CF/88.

Políticas públicas é um conjunto de medidas implementadas pelo Estado, através do Poder Executivo, de forma a suprir as necessidades da população no que diz

---

<sup>24</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 68.

<sup>25</sup> APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, pg. 142.

respeito, principalmente, aos direitos fundamentais, no sentido em que se priorize as políticas de caráter social a toda a sociedade, em especial, aos menos favorecidos.

O conceito de políticas públicas de Freire Júnior:

de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.<sup>26</sup>

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 fixou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, da seguinte maneira:

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.<sup>27</sup>

Conforme Grinover<sup>28</sup> “para que esses objetivos sejam atendidos é necessário que o Estado se organize de forma que essa norma atinja a realidade da população. É aí que o Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito.”

Cabe se deixar claro, que por mais que este trabalho se volte à implementação de políticas públicas voltadas ao direito prestacional positivo por parte do Estado com os indivíduos, nem sempre as políticas públicas terão a aplicabilidade imediata dos direitos sociais. As políticas públicas poderão ser efetivadas aos direitos de primeira geração, como, por exemplo, ao implementar políticas públicas de segurança, estamos promovendo a proteção à liberdade individual e à propriedade.

Segundo Comparato<sup>29</sup>, as políticas públicas são definidas como o “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.

<sup>26</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

<sup>27</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acessado em 30/09/2011.

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, in Revista de Processo, RePro 164, v. 33, out. 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pg. 10.

Da mesma forma é o pensamento de Grau<sup>30</sup>, para quem “a expressão políticas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público da vida social.”

No entendimento de Souza Júnior<sup>31</sup>, as necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política.

Desta forma, cabe ao Administrador Público criar um conjunto de planos e programas para a implementação das ações necessárias, contidos na CF/88, a garantir a efetividade dos direitos sociais à população.

De acordo com Dimoulis e Martins:

A efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, constitui um dever do Estado. Deve ser realizada com ações apropriadas (políticas públicas). O mesmo acontece com as garantias de organização públicas e privadas que só podem ser efetivadas por meio do cumprimento do respectivo dever do Estado.<sup>32</sup>

A concretização de políticas públicas é certamente, por exigir prestações positivas do Estado afim de que se efetive o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, porém essas prestações exigem recursos por parte do Estado.

Conforme Barroso:

Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde. É certo, todavia, que já não prevalece hoje a idéia de que os direitos liberais – como os políticos e os indivíduos – realizam-se por mera abstenção do Estado, com um simples *non*

---

<sup>29</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. Revista dos Tribunais, a. 86, v. 737.1997, p. 18.

<sup>30</sup> GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p.25.

<sup>31</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Memória Jurídica. 2002, p. 64.

<sup>32</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS Leonardo. Teoria Geral dos Direitos fundamentais. Revista, atualizada e ampliada. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, pg. 67.

*facere*. Pelo contrário, produziu-se já razoável consenso de que também eles consomem recursos públicos.<sup>33</sup>

As políticas públicas podem ser concretizadas pelo Estado ou repassadas aos particulares para que os fins sociais sejam atingidos.

Para De Mello:

Política pública é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país. A intervenção do Estado no domínio social tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) como pelo fomento da atividade privada mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais.<sup>34</sup>

Para a doutrina, o conceito de políticas públicas é abrangente e incluem, dentre eles, programas para atingir os objetivos sociais, como por exemplo, os atos e normas para a efetivação dos objetivos governamentais.

Nesse entendimento, observam os autores Mendes, Coelho e Branco:

Os direitos fundamentais qualificam-se, juridicamente, como obrigações indeclináveis do Estado. No âmbito do Poder Legislativo, é enfatizar o óbvio dizer que a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais. Essa vinculação do legislador aos direitos fundamentais pode vir a impor-lhe que assumam um comportamento positivo, tornando imperiosa a edição de normas que dêem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.<sup>35</sup>

Assim, como se observa, é dever constitucional do Estado formular meios para que se garanta o cumprimento do mínimo à existência digna dos indivíduos.

No próximo capítulo, serão expostas as críticas à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em razão do princípio da separação dos poderes, da

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, in Interesse Público. Vol. 46. São Paulo: Fórum. 2007, pg. 34.

<sup>34</sup> DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008, pg. 808-809.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 1ª ed, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica. 2002, Pg. 126.

discricionabilidade da Administração Pública na alocação dos recursos públicos e da teoria da reserva do possível em razão da escassez do orçamento

### **3 DAS CRÍTICAS À IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Neste capítulo serão analisadas três críticas em relação à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em questões de direitos fundamentais sociais apontados pela doutrina brasileira.

Ainda a principal dificuldade em relação à implementação se dá pela ofensa ao princípio da separação dos poderes. Discute-se que cabe ao Poder Legislativo a formulação das políticas públicas, ao Poder Executivo a implementação dessas políticas. Ao Poder Judiciário não cabe exercer essas funções, pois a formulação e a execução de políticas públicas são de competência privativa dos outros poderes.

Outra crítica, diz respeito à discricionariedade da Administração Pública na alocação dos recursos públicos, pois o administrador possui a prerrogativa de eleger, segundo os critérios de razoabilidade, e dos para onde os recursos públicos serão destinados.

A terceira crítica com relação ao controle trata-se da teoria da reserva do possível como limitador dos gastos públicos. A eficácia dos direitos fundamentais sociais depende de recursos públicos para sua concretização e a partir do momento que o judiciário autoriza que uma política pública seja concretizada, outra política pública do mesmo segmento, deixará de ser atendida.

#### **3.1 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

De acordo com o princípio da separação dos poderes, no Estado Democrático de Direito, os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, daí se conclui que

os entes estatais devem atuar de forma independente, sem conflitos ou subordinação, com a finalidade de assegurar a liberdade dos indivíduos e o bem comum.

Está prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º, junto ao capítulo dos princípios fundamentais:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”<sup>36</sup>

Foi Aristóteles, para boa parte da doutrina, quem concebeu o modelo da tripartição dos poderes como ela é determinada atualmente. Mesmo após sua concepção, por muito tempo sua teoria não teve influência, pois a monarquia imperava em boa parte das sociedades, de acordo com Bastos:

Segundo uma tradição muito antiga, são três as funções estatais: legislativa, executiva e judiciária. Para muitos autores, Aristóteles teria sido o primeiro a isolar, no funcionamento do complexo estatal, três tipos de atos: deliberações sobre os assuntos de interesse comum, organização de cargos e magistraturas e atos judiciais. O valor da descoberta aristotélica é muito relativo, Em nada influenciou a vida política durante, no mínimo, o milênio que se seguiu à sua vida. Durante esse imenso lapso histórico, dominou sem contestação, a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções estatais, embora por razões de ordem prática, essas pudesses vir a ser delegadas a prepostos segundo seu arbítrio. A teoria apenas voltou a aflorar nos séculos XVII e XVIII, cabendo a Montesquieu a sua formulação mais acabada e perfeitamente jurídica.<sup>37</sup>

Também, conforme Bastos:

Montesquieu foi aquele que, por primeiro, de forma translúcida, afirmou que *a tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos*. Em outras palavras, para Montesquieu à *divisão funcional* deve corresponder uma *divisão orgânica*. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem, segundo ele, ser os mesmo que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há de existir um órgão (usualmente denominado *poder*), incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens de outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresa o nome. O fato é que a

<sup>36</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acessado em 07/11/2011.

<sup>37</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 1ª edição. São Paulo: Celso Bastos editor. 2002, pg. 559



doutrina de Montesquieu mostrou-se certamente como a mais persistente doutrina do poder. Ainda hoje, embora rejeitada por diversos autores, que a substituem por outras formas de divisão das funções estatais, que entendem mais afinadas com a realidade política dos nossos dias, ela é, na prática adotada pela quase-unanimidade dos Estados ocidentais, figurando ao lado da afirmação da soberania popular, como os dois pilares sobre os quais se assenta a organização política do Estado Moderno.<sup>38</sup>

A idéia clássica da teoria da separação dos poderes vem do modelo liberal de Estado do qual as funções estatais são distintas e de exige uma prestação negativa por parte do Estado, incumbindo ao Poder Judiciário, apenas resolver os conflitos sem estender a função jurisdicional. Em relação aos direitos fundamentais de primeira geração, leciona o doutrinador português Piçarra:

Os direitos fundamentais, neste contexto essencialmente direitos de liberdade perante o Estado, exigem sobretudo a abstenção deste. O princípio da separação dos poderes, como princípio de limitação do poder político, pretende favorecer essa abstenção, garantindo, em primeira linha, o gozo efectivo desses direitos de liberdade perante o Estado. A um mínimo do Estado corresponderia um máximo de liberdade – eis outra trave-mestra do ideário liberal.<sup>39</sup>

O que constitui substancialmente a separação dos poderes é as suas atribuições e sua independência perante os demais poderes.

Afirma Silva:

A divisão de poderes fundamenta-se, *pis*, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que eu postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, se uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 1ª edição. São Paulo: Celso Bastos editor. 2002, pg. 560-562.

<sup>39</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra. 1989, pg. 185.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pg. 109.

O princípio da separação dos poderes veio do Constitucionalismo Clássico como forma de organização dos poderes. De acordo com Horta:

O constitucionalismo moderno ampliou as dimensões da Constituição, introduzindo no seu texto a chamada Ordem Econômica para alargar, materialmente, o conteúdo da Lei Fundamental do Estado. O constitucionalismo clássico, que despontou no final do século XVIII, concebeu a Constituição como instrumento de organização dos Poderes e de Declaração dos Direitos e Garantias Individuais. A dupla dimensão do documento constitucional encontrou famosa definição no art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual, sob forma negativa, assim fixava o núcleo fundamental e ineliminável da Constituição: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution” (Na Sociedade em que a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes organizada, não existirá Constituição).<sup>41</sup>

Originalmente, a teoria da separação dos poderes, foi elaborada através das obras de John Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755), com o intuito de distribuir o poder políticos entre diversas pessoas ou grupos. De acordo com Ferreira Filho:

Essencialmente, a “separação de poderes” consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – a atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente. A divisão funcional do poder – ou, como tradicionalmente se diz, a “*separação de poderes*” – que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual consagrou o *Bill of Rights* de 1689. De fato, a “gloriosa revolução” pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juízes. Esse compromisso foi teorizado por Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa com a obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, que o transformou numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos. Na verdade, tornou-se a “separação de poderes” o princípio fundamental da organização política liberal e até foi transformada em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pg. 251.

<sup>42</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 34ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 135.

A principal finalidade de um modelo liberal é evitar a concentração de poder nas mãos de poucos, como acontecia no Estado absolutista. O princípio da separação dos poderes buscava a proteção da liberdade individual e também desejava aumentar a eficiência do Estado, fazendo com que cada órgão do governo se especializasse em determinada função. Assim, de acordo com a teoria de Montesquieu, diminuiria brutalmente o absolutismo dos governos.

Conforme Barcellos:

A solução para que tanto república (aristocrática ou democrática) como monarquia sejam governos moderados, “bons”, está na existência de poderes contrapostos, de modo que nenhum deles possa atuar arbitrariamente no âmbito do Estado. A separação de poderes é precisamente o instrumento que, para Montesquieu, garante a moderação no exercício do poder político, evitando sua utilização abusiva e, principalmente, garantindo a liberdade e os direitos dos indivíduos.<sup>43</sup>

Montesquieu afirmava que os poderes tinham suas funções específicas e que nenhuma delas poderia vincular-se e subordinarem-se umas as outras. Afirma Chimenti, Capez, Rosa e Santos:

No século XVIII, porém, Montesquieu, na obra *O espírito das leis*, conseguiu que as três funções estatais deveriam ser atribuídas a órgãos independentes e autônomos. Para Montesquieu, os órgãos de legislam não podem ser os mesmos que executam, assim como nenhum dos dois pode estar encarregado de decidir controvérsias. Dever haver um órgão incumbido de cada uma das funções estatais e entre eles não pode existir qualquer vínculo de subordinação. Normas genéricas são criadas pelo legislativo, atos concretos são praticados pelo Executivo e atos de fiscalização são realizados pelo Judiciário. A separação dos poderes é cláusula pétrea e por isso não pode ser abolida ou substancialmente alterada sequer por emenda constitucional (Poder Constituinte Derivado), nos termos do art. 60, §4º, III, da Constituição.<sup>44</sup>

Neste mesmo teor de pensamento do qual cada poder exerciam suas funções definidas, leciona Medauar:

---

<sup>43</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade in *Revista Trimestral de Direito Público*, 32/2000. São Paulo: Malheiros, 2000, pg. 192.

<sup>44</sup> CHIMENTI Ricardo Cunha, CAPEZ Fernando, ROSA Márcio Fernando Elias e SANTOS Marisa Ferreira dos. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006, pg. 37.

A separação de poderes difundiu-se na formulação de Montesquieu, segundo a qual se distinguem três funções estatais – legislação, execução e jurisdição -, que deveriam ser atribuídas a três órgãos distintos e independentes entre si. Na época, essa divisão significou uma reação ao enfeixamento de poderes na figura do monarca, significou um freio ao poder e sobretudo uma garantia aos direitos individuais. A fórmula predominante no século XIX previa a elaboração de leis gerais e impessoais por um Parlamento representativo do povo, a execução das mesmas pelo Executivo e o controle da observância das leis e dos direitos dos indivíduos por um Judiciário independente. Sobressaía, então, a supremacia do Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário e, portanto, a supremacia da lei sobre os atos emanados dos dois últimos, porque os integrantes do Legislativo eram eleitos para atuar como representantes dos detentores da soberania (povo); os monarcas, seus ministros e os juízes não eram eleitos. Com esse teor, difundiu-se em todo o mundo ocidental e recebeu consagração expressa em declarações de direitos e constituições do século XVIII, repetindo-se em textos dos séculos XIX e XX.<sup>45</sup>

Na seara de que a separação dos poderes em seu modelo de Estado liberal da qual as funções estatais são funções autônomas e exclusiva e consagrada na obra de Montesquieu, afirma Moraes:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra *“Política”*, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a que devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.<sup>46</sup>

Para Barcellos<sup>47</sup>, o princípio da separação dos poderes é um obstáculo à intervenção do Poder Judiciário nas prestações positivas a ser cumpridas pelo Poder Público, entre os argumentos estão a invasão de competências do Legislativo e do Executivo, as decisões que poderão vir a interferir nos recursos limitados pelo Estado e

<sup>45</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pg. 29.

<sup>46</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2009, pg. 407.

<sup>47</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, pg. 207-208.

a incapacidade do Judiciário avaliar suas decisões de forma a impactar toda a estrutura do Estado.

O centro do princípio da separação dos poderes são as divisões das funções e suas atribuições de modo que haja a descentralização de poder, o controle recíproco e se proteja os cidadãos de eventuais abusos. Essas funções são chamadas de atípicas, pois deixou de representar a segregação entre os Poderes aumentando a interação entre eles, com a obtenção de funções que anteriormente não eram típicas. Entre essas funções, se pode citar o caso de Poder Legislativo “julgando” politicamente as infrações dos parlamentares nas Comissões Parlamentares de Inquérito, o Poder Executivo legislando por meio de medidas provisórias e o Poder Judiciário, no qual se pode dizer que o mesmo “legisla” negativamente pelo controle de Constitucionalidade.

Nestes termos explica Barroso:

Há, por certo, diversas formas de realizar essas duas concepções básicas – divisão de funções entre órgãos diversos e controle recíprocos -, e a experiência histórica dos diferentes países ilustra a tese. Na experiência brasileira, a doutrina mais autorizada extrai dessas idéias centrais dois corolários: a especialização funcional e a necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em face dos demais. A especialização funcional inclui titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.<sup>48</sup>

Neste mesmo entendimento do qual é vedado não haver controle por parte dos Poderes, segue parte de decisão do Supremo Tribunal Federal de Mandado de Segurança (MS) 23.452/RJ, julgado em 16 de setembro de 1999, Relator (Rel.) Ministro (Min.) Celso de Mello:

---

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 175.

“O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instância hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.”<sup>49</sup>

Não cabe à Constituição definir o conteúdo das prestações positivas por parte do Estado com os cidadãos, muito menos ao Poder Judiciário. Cabe sim, ao Poder Legislativo realizar tal tarefa. Segundo Andrade:

A Constituição não poder dizer qual o *conteúdo* exacto da prestação, como há-de processar-se a respectiva atribuição e sob que condições ou pressupostos. As opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das políticas económicas, sociais e culturais ou para a sua <<implementação>>. Isto é, em primeira linha, ao legislador, parlamentar ou governamental. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional.<sup>50</sup>

### 3.2 DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO NA ALOCAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS

Para compreender melhor a discricionariedade do Poder Executivo na alocação dos recursos, primeiramente é necessário que se analisemos por meio de que esses recursos são aplicados.

De acordo com o princípio da separação de poderes, originário do Estado liberal, cabe ao Poder Legislativo, a formulação das políticas públicas, ao Poder Executivo, a concretização das mesmas que se dão pela forma de atos da Administração e ao Poder

<sup>49</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=91&dataPublicacaoDj=12/05/2000&incidente=1763585&codCapitulo=5&numMateria=14&codMateria=2>. Acessado em 10/11/2011.

<sup>50</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2001, pg. 187.

Judiciário a fiscalização dos atos da Administração Pública e as soluções das lides intersubjetivas. Segundo Di Pietro:

Considerando, pois, as três funções do Estado, sabe-se que a **administrativa** caracteriza-se por prover de maneira **imediata e concreta** às exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos preestabelecidos em lei. Costuma-se apontar três características essenciais da função administrativa: é **parcial, concreta e subordinada**. É **parcial** no sentido de que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é **concreta**, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei; é **subordinada**, porque está sujeita a **controle jurisdicional**.<sup>51</sup>

### 3.2.1 Dos atos administrativos

Os atos administrativos possuem determinados requisitos, que constituem a vontade da Administração e que dão condições aos atos produzirem efeitos jurídicos.

Explica Di Pietro:

(...) pode-se dizer que os elementos do ato administrativo são o **sujeito**, o **objeto**, a **forma**, o **motivo** e a **finalidade**. A só indicação desses elementos já revela as peculiaridades com que o tema é tratado no direito administrativo. **Sujeito** é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato. No direito administrativo não basta a capacidade; é necessário que o sujeito tenha **competência**. **Objeto** ou **conteúdo** é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Sendo o ato administrativo espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. **Forma**, encontram-se na doutrina duas concepções da forma como elemento do **ato administrativo**: 1. uma concepção **restrita**, que considera forma como a **exteriorização do ato**, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.; 2. uma concepção **ampla**, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato. **Motivo** é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto **de direito** é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto **de fato**, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2001, pg. 178.

circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. **Finalidade** é o resultado que a administração quer alcançar com a prática do ato.<sup>52</sup>

Ainda conforme Di Pietro<sup>53</sup>, com relação ao sujeito, à finalidade e à forma, os atos são vinculados, já quanto ao motivo e ao objeto, os atos se localizam mais comumente na égide da discricionariedade.

Para que a Administração Pública possa exercer as suas atividades que lhe são incumbidas, são conferidos poderes, que são predominantemente a capacidade que o administrador tem de poder agir dentro de seus limites de vinculação e de discricionariedade.

No direito brasileiro usa-se a expressão *poder-dever*, para que se expresse o poder executado nos limites do dever (obrigação) imposta ao administrador, através de suas normas quando o interesse público é o que está em questão. O poder não é livre e está adstrito ao princípio da legalidade.

### 3.2.2 Do poder vinculado

Na Administração Pública os poderes podem ser classificados entre o *poder vinculado* e o *poder discricionário*. Analisaremos primeiramente o poder vinculado.

No entendimento de Medauar:

Há *poder vinculado*, também denominado *competência vinculada*, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. O

---

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2001, pg. 187-188; 191-195.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pg. 187-188; 199.



ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o em uma só direção.<sup>54</sup>

O poder que exerce a Administração Pública deve observar determinados limites impostos pela lei, sob pena de estar agindo em ilegalidade.

Di Pietro, explica o poder vinculado:

(...) os poderes que exerce o administrador público são **regrados** pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade. No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é **vinculado**, porque a lei ao deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.<sup>55</sup>

Assim, concluímos que os atos vinculados são aqueles que a legislação não dá margem de liberdade à Administração Pública, devendo ela agir em conformidade com os preceitos normativos.

Afirma Gasparini:

*Vinculados* são os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve, em princípio, *se, quando e como* deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à Administração Pública qualquer outro. Esses atos decorrem do exercício de uma atribuição *vinculada* ou, como prefere boa parte dos autores, do desempenho do *poder vinculado*, cuja prática a Administração Pública não tem qualquer margem de liberdade.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pg. 108.

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2001, pg. 196.

<sup>56</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2006, pg. 97.

### 3.2.3 Do poder discricionário

No entendimento de Gasparini, aos atos discricionários cabe ao administrador público certa margem de conveniência e oportunidade:

*Discricionários* são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de *conveniência* e *oportunidade*, ou seja, de *mérito*. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público.<sup>57</sup>

Ocorre o ato de discricionariedade quando a Administração Pública pode optar entre agir ou não em uma medida de sua atribuição.

Segundo Di Pietro:

A discricionariedade ainda pode dizer respeito a uma escolha entre o agir e o não agir; se, diante dessa situação, a Administração está obrigada a adotar determinada providência, a sua atuação é vinculada; se ela tem possibilidade de escolher entre atuar ou não, existe discricionariedade.<sup>58</sup>

Porém, a discricionariedade possui uma margem de atuação, que deve ser bem verificada pela Administração Pública quando for utilizar essa prerrogativa que lhe é de direito. Como qualquer ato da Administração, o mesmo deve ser praticado dentro dos limites da legalidade, para que assim não se torne um ato arbitrário e passível de invalidação.

---

<sup>57</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2006, pg. 98.

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2001, pg. 198.

Conforme Di Pietro:

Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.<sup>59</sup>

Os atos administrativos discricionários devem obedecer aos princípios que regem a Administração Pública, entre eles o princípio da legalidade. Mesmo com a margem de discricionariedade que a administração detém, os mesmos devem seguir o que a lei determina. Porém, muitas vezes, a lei tem em seu conteúdo, preceitos genéricos, como no caso dos direitos fundamentais sociais, da qual a norma constitucional estipula os deveres do Estado com os indivíduos, mas não os regulamenta de forma específica. São essas normas que impõe à Administração Pública regulamentá-las por meio das políticas públicas.

Di Pietro explica a discricionariedade da administração quanto às exigências no âmbito social:

À medida que o Estado liberal, preocupado com os direitos individuais, vai sendo substituído por um Estado Social, preocupado em atender às novas exigências nos âmbitos econômico e social, muda a maneira de encarar a lei; esta deixa de ser um instrumento de proteção apenas dos direitos individuais, pois dela tem que servir-se o Estado para a consecução dos fins sociais. Já não há preocupação em definir a lei em *sentido material* (aquela que garante os direitos individuais), bastando seu *conceito formal*, que designa qualquer norma emanada do Legislativo, independentemente do seu conteúdo. A Administração passou a vincular-se à lei, não mais com o anterior sentido material, mas no sentido formal; todos os atos administrativos passaram a depender de previsão legal. A consequência disso foi que, com o aumento da quantidade de leis, adotou-se com frequência a técnica de empregar *fórmulas gerais, conceitos indeterminados, conceitos de valor*, deixando ao executor a tarefa de determinar o sentido dos aspectos não delimitados, com precisão, pelo legislador. Nessa esfera de indeterminação é que se localiza o poder discricionário da Administração. Dentro dessa ordem de idéias, destaca-se o pensamento de Bernatzik para quem o poder discricionário está precisamente

---

<sup>59</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2001, pg. 37.

nos conceitos indeterminados, que implicam apreciação subjetiva por parte de quem aplica a lei. A Administração é considerada como se fosse um “*perito do interesse público*”; ela age como se fosse técnico, cuja conclusão é insindicação por terceiros, inclusive pelo Poder Judiciário.<sup>60</sup>

Desta forma, Mello afirma que os atos discricionários são àqueles que deferem no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador, pode outorgar ao momento que a Administração julgar mais oportuno para concretizar o ato e a forma que o mesmo será realizado. Diz-se discricionários pois permite ao administrador um juízo subjetivo no que se refere, isolada ou cumulativamente no agir ou não-agir, no momento mais oportuno ou não, a forma como o ato se realizará de forma a satisfazer a finalidade legal.<sup>61</sup>

### 3.3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADOR DOS GASTOS PÚBLICOS

A efetividade das normas constitucionais com referência aos direitos fundamentais sociais se defronta com a problemática da falta de recursos públicos necessários a realização desses direitos explícitos na Constituição Federal.

O legislador explicita no artigo 5º, § 1º da Constituição que as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Porém, a carga de efetividade dessas normas encontra óbice na falta de recursos à aplicação dos direitos fundamentais. Diante dessa limitação dos recursos orçamentários e dessa forma, da impossibilidade de se efetivar todos os direitos fundamentais, passou a se utilizar, como forma de restringir ao Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, a teoria da reserva do possível.

---

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2001, pg. 103-104.

<sup>61</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2010, pg. 17.

### 3.3.1 Origem da teoria da reserva do possível

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha como forma de solucionar ações propostas junto ao Tribunal Constitucional Alemão, por parte de estudantes que, em função do limite no número de vagas estabelecido para o curso de medicina na década de sessenta.

De acordo com Kelbert:

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha para solucionar a restrição do número de vagas (*Numerus clausus*) em algumas Universidades (BVerfGE 33, 303).<sup>62</sup> Naquele caso, julgado em 18 de julho de 1972, analisou-se o art. 12, §1º da Lei Fundamental, segundo o qual: *Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen*<sup>63</sup> (Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem). Na referida decisão, esses direitos foram cotejados à luz dos princípios da igualdade e do estado social. Ali o que se discutiu foram os diversos critérios de admissão ao ensino superior, bem como a situação dos candidatos que se inscreveram em mais de uma universidade ou em mais de um curso de graduação. Como solução a esses problemas, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, *Bundesverfassungsgericht*, decidiu que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível. Além disso, nessa decisão, consignou-se que restrições aos direitos previstos no artigo 12 da Lei Fundamental não podem ser absolutas e só podem ocorrer sob determinadas circunstâncias.<sup>64</sup>

No Direito brasileiro, a Constituição Federal não tem norma que trata especificamente da teoria da reserva do possível, o que é ordenado na Constituição são apenas as alíquotas que se deve destinar para determinados seguimentos, tais como saúde e educação, porém, mesmo assim, boa parte da doutrina a considera como limitadora dos gastos públicos.

<sup>62</sup> KELBERT *Apud*, MARTINS Leonardo; SCHWABE, Jürgen (Org.). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, pg. 656-667.

<sup>63</sup> KELBERT *Apud*, Grundgesetz. 58. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007, pg. 7.

<sup>64</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível e desvinculação das receitas da União in Direito Tributário em Questão: Revista da FESDT/ Fundação Escola Superior de Direito Tributário, nº 3. Porto Alegre: Suliani. 2009, pg. 102-103.

A Constituição Federal não tem como regular as políticas públicas, tendo em vista que as mesmas dependem dos fatores econômicos e sociais de cada momento. De acordo com Belem:

As *policies* ou políticas públicas, justamente porque implicam custos financeiros indispensáveis para se promover o acesso amplo às prestações inerentes aos direitos sociais, dependem essencialmente das conjunturas econômicas verificadas em cada período, razão pela qual não devem ser reguladas na Constituição nos seus mínimos detalhes. E assim deve ser para que não sejam criados obstáculos à conjuntura da gestão democrática, profundamente afetada por situações sociais, econômicas ou tecnológicas imprevistas ou mesmo previstas mas de consequências incalculáveis. Fato é que a constitucionalização das políticas públicas reduz em demasia a liberdade decisória dos atores políticos.<sup>65</sup>

### 3.3.2 Teoria da reserva do possível como limitador dos gastos públicos

Sarlet nos explica que a reserva do possível, possui no mínimo uma dimensão tríplice de abrangência, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a concretização dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, no que tange a conexão com os recursos orçamentários, tributários, administrativos, legislativos entre outros e também a exigibilidade da prestação solicitada ao Estado, já que deve ser analisada em conjunto com a proporcionalidade e a razoabilidade do pedido.<sup>66</sup>

A escassez de recursos públicos para a concretização do que ordena as normas de direito fundamentais estão vinculadas em grande parte às possibilidades orçamentárias, de forma que, comprovada a incapacidade econômico-financeira do Estado, devido às suas limitações, não se poderá exigir a imediata concretização dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais sociais.

---

<sup>65</sup> BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A reserva do financeiramente possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação in A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 11 nº 45. Belo Horizonte: Fórum. 2003, pg. 239.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, pg. 30.

Explica Andrade:

Na realidade, certos direitos, como p. ex., os direitos à habitação, saúde, assistência, educação, cultura, etc., dependem, na sua actualização, de determinadas condições de facto. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso ainda que o Estado possa juridicamente dispor desses recursos. Ora, a escassez dos recursos à disposição (material e também jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades económicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um *dado* da experiência nas sociedades livres, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira *opção* quanto à respectiva afectação material.<sup>67</sup>

Com a limitação dos recursos públicos para a aplicação nos direitos fundamentais sociais, o Estado necessita alocar os recursos de acordo com a disponibilidade do momento o que nem sempre é possível. Conforma Mendes, Coelho e Gonet:

Os direitos a prestação material, como visto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades. Têm que ver, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade. São direitos dependentes da existência de uma dada situação económica favorável à sua efetivação. Os direitos, aqui, submetem-se ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui. Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão económica. São satisfeitos segundo as conjunturas económicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva de possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado. A escassez de recursos económicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema económico do país.<sup>68</sup>

Uma das críticas mais veementes a intervenção do Poder Judiciário com relação à reserva do possível diz respeito a qual, no momento que o judiciário interfere na seara

<sup>67</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2001, pg. 186.

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET, Paulo Gustavo. Curso de direito constitucional. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009, pg. 294-295.

da Administração Pública, concedendo alguma política pública a determinado indivíduo, outros cidadãos deixarão de ter seu direito concretizado já que o orçamento é limitado.

Afirma Barroso<sup>69</sup> que talvez a crítica mais freqüente seja a financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”. Os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais. A partir do momento que se aplica verba em determinada área, deixa de se investir em outra. Em 1994, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, negou a concessão de medida cautelar a paciente portadora de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de o Judiciário “imiscuir-se na política de administração pública”. Destarte, o orçamento é abaixo do necessário para a efetivação dos direitos individuais e coletivos.<sup>70</sup>

Também, conforme Barroso:

A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamentos que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos. Essa mesma orientação predominou no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista. Segundo o Ministro Nilson Naves, havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos.<sup>71</sup> A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> BARROSO *Apud* TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível nº 1994.001.01749, Rel Des. Carpena Amorim: “Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença (DP) Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenço”, pg. 52.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial in Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público, nº 46. Belo Horizonte: Fórum. 2007, pg. 51-52.

<sup>71</sup> BARROSO, *Apud*, STJ, DJU, 2 fev. 2004, STA 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pg. 55-56.



Na Suspensão de Segurança (SS) número 3.073/ RN, do Supremo Tribunal Federal de 09 de fevereiro de 2007, Rel. Min. Ellen Gracie na qual o Estado do Rio Grande do Norte alega ofensa a Reserva do Financeiramente Possível, já que se trata de lesão à ordem e economia pública, uma vez que viola o princípio da legalidade orçamentária, além de se tratar de medicamento experimental, que não consta na lista dos medicamentos do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde e que, além disso, pode vir a causar outros efeitos danosos a saúde, como hepatite em seus usuários. Segue abaixo parte da decisão:

“Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 09 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente.”<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=32&dataPublicacaoDj=14/02/2007&incidente=2484826&codCapitulo=6&numMateria=10&codMateria=7> . Acessado em 16/11/2011.

A escassez é inerente às prestações positivas e de modo ainda mais acentuado quanto à saúde. Ante a escassez, torna-se imperiosa a adoção de mecanismos alocativos. A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar. Há uma natural tentação a “decidir não decidir”, a não tornar clara a adoção de qualquer forma de alocação, tal como se a escolha não existisse.<sup>74</sup>

Outra crítica feita à reserva do possível diz respeito a que os poderes legitimados a implementação de políticas públicas são os Poderes Legislativo e Executivo, àqueles eleitos pela população e com capacidade de compreensão do orçamento público e da aplicação dos recursos. Afirma Motta e Motta:

A Reserva do Possível reforça a ideia, fulcral num Estado Democrático de Direito, de que as opções relativas ao emprego de recursos orçamentários, especialmente na hipótese de escassez de verbas, devem ser feitas pelos poderes políticos (Executivo e Legislativo). Essa convicção encontra estribo no fato de que somente esses poderes possuem legitimidade democrática para tomar decisões relativas à conveniência e oportunidade de atuações estatais, visto que se submetem ao controle da população, periodicamente, nas urnas. Além disso, somente os dois poderes, ora alvo de nossa abordagem, convivem com o cotidiano da Administração Pública e com a formulação de políticas governamentais. Como corolário lógico de tal fato, o Executivo e o Legislativo serão os únicos capazes de saber quais serão e onde estarão eventuais insuficiências na concretização de direitos prestacionais. Poderão, portanto, realizar, com maior precisão do que o Poder Judiciário, escolhas relativas a áreas nas quais o corte de verbas será menos sentido pela população. Nessa linha de entendimento, para a tomada de decisões relativas à execução orçamentária e à realização dos direitos fundamentais (cujo caráter técnico-político é inegável), os Tribunais não encontram espaço de atuação, visto que não participam como protagonistas dos processos político e administrativo, propriamente ditos.<sup>75</sup>

Desta forma, de acordo com os defensores da teoria da reserva do possível, a intervenção do poder judiciário nas políticas públicas, de certo, causam danos maiores em vista da escassez de recursos e que podem por acabar da Administração Pública

<sup>74</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolhas. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, pg 180-181.

<sup>75</sup> MOTTA, José Reginaldo da e MOTTA Daniel Réche da. Artigo “O conceito de “reserva do possível” como limitador do controle social da qualidade das rodovias: o caso da BR 452/Minas Gerais. Disponível em [http://www.tce.pe.gov.br/xsinaop/adm\\_upload/imagens/OFICINA06\\_01.PDF](http://www.tce.pe.gov.br/xsinaop/adm_upload/imagens/OFICINA06_01.PDF) Acessado em 17/11/2011.

deixar de concretizar uma prestação positiva para a coletividade em detrimento do individual.

No capítulo seguinte, analisaremos a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, da aplicabilidade imediata das normas constitucionais de caráter fundamental, também faremos uma análise acerca da superação do modelo atual da separação dos poderes, além do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Analisaremos também a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 do STF, considerado para muitos um marco no que diz respeito a judicialização das políticas públicas, e finalmente analisaremos o projeto de lei sobre a judicialização das políticas públicas, elaborado por renomados doutrinadores da área do direito.

#### **4 DA POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO APRECIAR AS DEMANDAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS; A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Serão analisados neste capítulo, os fundamentos, no Estado brasileiro, que permitem a intervenção do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas de direitos fundamentais sociais.

Dentre os argumentos doutrinários e jurisprudenciais, estão que os direitos fundamentais são normas constitucionais de caráter programáticos e de aplicabilidade imediata. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana, presente na Constituição Federal tem como fundamento a redução das desigualdades sociais, o direito a cidadania e ao mínimo existencial. Também, dentre os argumentos, se tem a revisão do modelo atual da separação dos poderes da qual os três poderes necessitam trabalhar em conjunto para a implementação das políticas públicas; será estudado o sistema de pesos e contrapesos da qual seu propósito é a harmonização dos poderes. Também será analisado o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, preceito Constitucional do qual qualquer cidadão detém o direito de provocar o Poder Judiciário quando tiver seu direito lesado.

Finalmente será apreciado a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, que é considerado por muitos doutrinadores como um marco na concretização de políticas públicas pelo Poder Judiciário e também, do projeto de lei de judicialização de políticas públicas formulado pelos professores da USP Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

#### 4.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA APLICABILIDADE IMEDIATA

Analisando a Constituição, podemos verificar as normas que possuem caráter programático, ou seja, àquelas normas que necessitam de uma legislação anterior para sua aplicação e as normas de aplicação imediata, essa, que diz respeito aos direitos sociais fundamentais, da qual a Constituição ao criá-las, são auto-aplicáveis e não necessitam de legislação que as ordene. Os preceitos constitucionais referentes às normas fundamentais necessitam apenas de sua existência na Constituição para que possam ser incluídas na vida dos indivíduos.

Conforme leciona Horta:

A separação entre normas constitucionais auto-aplicáveis e normas não auto-aplicáveis, considerando a eficácia da norma constitucional, é o antecedente da moderna concepção das normas constitucionais programáticas. Analisando a Constituição no seu conjunto, nela distinguiremos as normas de realização imediata – as normas de organização, as normas de competência, as normas declaratórias de direitos e deveres – e as normas de princípios, diretivas e programáticas, que, sem embargo em sua obrigatoriedade, reclamam atividade legislativa ulterior, para esgotar o comando normativo.<sup>76</sup>

Afirma José Afonso da Silva<sup>77</sup> que as normas podem ser classificadas como de eficácia plena (aplicabilidade direta, imediata e integral) e de eficácia limitada (aplicabilidade indireta, mediata e reduzida). As normas de caráter social exigem um dever do Estado, na qual se traduz um princípio e que devem ser atendidos, sendo classificadas assim entre as normas de eficácia plena, como por exemplo, no artigo 196 da Constituição Federal “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, já as normas de eficácia limitada, não regulam imediatamente a matéria e se transmite ao legislador a tarefa de regulamentá-la, isso se pode comprovar no artigo 91, §2º “A lei regulará a organização e o funcionamento do conselho de Defesa Nacional”.

---

<sup>76</sup> HORTA, Raul Machado, Direito Constitucional. 3ª edição, Revista, Atualizada e Ampliada. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, pg. 195.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2004, pg. 83.

A Carta Magna de 1988, elaborada através do processo democrático, trouxe uma carga extensa de direitos e garantias fundamentais, não apenas direitos individuais, coletivos e políticos, mas também direitos sociais que não dependem da Administração Pública sua aplicação, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Segundo Mendes; Coelho e Branco:

A Constituição brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme se lê no §º do art. 5º do Texto, em que se diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais. Agregou-se à lição da história o prestígio do axioma de que a constituição – incluindo os seus preceitos sobre direitos fundamentais – é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, como é o caso do Poder Legislativo – não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos.<sup>78</sup>

O objetivo de se criar o dispositivo Constitucional que afirma que as normas de direitos fundamentais têm sua aplicabilidade imediata é que as mesmas não se tornem apenas uma mera expectativa de aplicação, da qual se exige lei para serem atendidas.

De acordo com Ferreira Filho:

A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela não é executável pela natureza das coisas.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> MENDES Gilmar Ferreira, COELHO Inocência Mártires e BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica. 2002, pg. 134.

<sup>79</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 122

Para o doutrinador José Afonso da Silva, apesar do enunciado que exige sua aplicabilidade imediata, essas normas não são de aplicabilidade totalmente imediata já que dependem de legislação subsequente que defina a forma e onde os recursos públicos serão aplicados:

*“A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito do seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrado dentre os fundamentais.”*<sup>80</sup>

Durante certo período os direitos prestacionais, por necessitarem de prestação Estatal positiva, foram considerados de eficácia programática, assim dependente de normatização legislativa e da discricionariedade do Poder Executivo.

Os direitos fundamentais de primeira, diferentemente nos direitos fundamentais de segunda geração, imperavam a auto-aplicabilidade, em vista do modelo liberal que se aplicava à época. No entendimento de Sarlet:

São por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.<sup>81</sup>

Já os direitos sociais, direitos de segunda geração, assim como os direitos culturais, econômicos e os direitos coletivos, são ligados à prestação positiva que o Estado tem com os indivíduos. Estão eles elencadas no artigo 6º da CF/88, entre eles a

---

<sup>80</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, pg. 180.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, pg. 47.

saúde e a educação que exige do Estado prestações positivas para que ocorra sua real efetividade. Quanto à sua aplicabilidade, escreveu Bonavides:

passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiuidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.<sup>82</sup>

Desta forma, os direitos fundamentais de segunda geração, foram considerados, por certo período, de caráter programático, assim como os direitos fundamentais de primeira geração. Assim, com a necessidade de se haver um maior cuidado na sua aplicação, foram lançados à condição de direitos de aplicabilidade imediata.

Segundo Mendes; Coelho e Branco:

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configuram um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da *máxima efetividade*, orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.<sup>83</sup>

Entende Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>84</sup> que a norma prevista no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, declara que os direitos e garantias constitucionais possuem aplicabilidade imediata. Assim, se tratando de direitos fundamentais, todas as autoridades são vinculadas, seja o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. No que tange ao Legislativo, não pode restringir direitos fundamentais sob o argumento que detém a legitimação de criar as normas gerais e vinculantes. Outro argumento diz que as normas de direitos fundamentais não precisam de autorização

<sup>82</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, pg. 564.

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, pg. 140.

<sup>84</sup> DIMOULIS Dimitri e MARTINS Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, pg. 96.



para se concretizar. Caso haja omissão por parte do Poder Público, pode o sujeito lesado, pedir ao Judiciário que aprecie a violação ao direito fundamental em questão.

Desta forma, deve haver uma ação forte por parte do Estado, pois os direitos fundamentais dependem de sua atuação para sua eficácia e concretização ampla. Caso o Estado venha a ser omissivo em suas atribuições, poderá, se valer do Poder Judiciário, em último caso.

#### 4.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASILAR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Historicamente, em declarações de direitos e deveres internacionais, já se começaram a utilizar termos que referissem à dignidade da pessoa humana.

Conforme Ferreira Filho:

Após a Segunda Guerra Mundial, vários textos preocupavam-se com a questão do fundamento. Comece-se por documentos internacionais. A Declaração de 1948 já citada sugere, segundo se apontou, uma “concepção comum”, quando ao “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”, que menciona no primeiro item do Preâmbulo. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, editada em Bogotá em 1948, afirma que os “direitos essenciais do Homem” repousam sobre os “atributos da pessoa humana” (Preâmbulo item 2º). A Convenção americana relativa aos direitos do Homem – o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, repete a fórmula. Ou seja, funda os “direitos fundamentais do Homem” nos “atributos da pessoa humana”. A Declaração sobre os Direitos do Homem, expedida pelo Conselho de Ministros da União Européia, em 1978, aponta que tais direitos decorrem da “dignidade da pessoa humana” (item 4), etc.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 97.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamento em seu inciso III a dignidade da pessoa humana.

No mesmo artigo, em seus incisos, encontramos fundamentos para que se construa uma sociedade justa, digna, com direito à cidadania, ao trabalho, à inclusão social e que se possa erradicar a pobreza e as desigualdades sociais, com a finalidade que se possa ter uma sociedade mais justa e equilibrada. Quando falamos de dignidade da pessoa humana, o conceito é amplo e universal, trata-se de cidadania.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia em um artigo sobre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, define que:

O princípio da dignidade da pessoa humana não está apenas no direito. Esse princípio não é reserva do direito e não é respeitado apenas porque está no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, mas deriva da circunstância de termos uma norma constitucional. Sempre ressalto que a Constituição é lei. Ela não é aviso, não é cartilha, não é proposta. A Constituição é uma lei com qualificação especial, da qual decorrem todas as outras. Neste momento atual de democracia, a Constituição brasileira é a lei maior deste país. Ela é a lei que fundamenta a convivência democrática em sociedade.<sup>86</sup>

Também no entendimento da Ilustre Ministra<sup>87</sup>, a Constituição Federal é a lei que normatiza todas as demais leis, se parte dela e se chega até ela, e assim se chega ao princípio da dignidade.

No entendimento do professor Sarlet<sup>88</sup>, a dignidade da pessoa humana é algo intrínseco e inerente ao indivíduo que pode e deve ser reconhecida, respeitada e promovida e protegida, não podendo, contudo ser criada, concedida e retirada e não também pode ser objeto de renúncia.

---

<sup>86</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial in Revista de Direito Administrativo nº 252. set/dez 2009. Rio de Janeiro: FGV. 2009, pg. 16.

<sup>87</sup> *Ibidem*. ROCHA, pg. 16.

<sup>88</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, pg. 70.

Para Sarlet, o conceito de dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>89</sup>

Dessa forma, são direitos independentes da vontade dos indivíduos, são direitos sociais e a dignidade integra também os direitos humanos.

Conforme, Silva Filho:

A construção dos direitos sociais, no plano jurídico-filosófico, insere-se na tradição dos direitos humanos, no sentido de que são direitos inerentes à própria pessoa, isto é, revelam-se como condições que devem ser respeitadas em prol da valorização e dignificação da pessoa humana.<sup>90</sup>

Destarte, é necessário concluirmos que para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivado, deve ser proporcionado aos indivíduos o direito de acesso aos direitos fundamentais sociais, e é dever dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, fazer com que a liberdade, a igualdade e o mínimo existencial sejam realizados.

Para Barroso:

O Estado constitucional de direitos gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a *liberdade*, isso é, a autonomia da vontade, o direito

<sup>89</sup>. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, pg. 70.

<sup>90</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro in Revista Brasileira de Direito Constitucional, teoria constitucional do direito. Vol. 2. São Paulo: ESDC. 2006, pg. 122.

de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.<sup>91</sup>

Para que o Estado possa propiciar aos indivíduos o mínimo existencial é necessária à prestação positiva através da formulação de políticas públicas que o assegure. Caso a Administração Pública não cumpra os meios de executar ou se omita na execução dessas políticas públicas, pode os cidadãos provocar o Poder Judiciário para que se efetive essa pretensão não atendida pelo poder público.

Para o professor Sarlet o mínimo existencial é sinônimo de vida condigna:

Há que se enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável.<sup>92</sup>

Também, no entendimento de Sarlet<sup>93</sup>, não se confunde mínimo existencial, que significa o mínimo a uma vida digna, com certa qualidade de vida, não se confunde com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência que diz respeito à garantia à vida humana. O mínimo existencial seria uma fase posterior ao mínimo de sobrevivência.

Com base nos posicionamentos doutrinários analisados, podemos concluir que a dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional que deve ser elevado à máxima efetividade. A boa aplicação das garantias constitucionais é essencial à realização deste princípio. Todos os indivíduos são iguais e tem o direito de ter uma

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial *in* Interesse Público, Revista Bimestral de Direito Público. Nº 46. São Paulo: Fórum. 2007, pg. 38-39.

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações *in* Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, pg. 25.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pg. 22.

vida digna e com respeito. É dever do Estado proporcionar os meios para que esse princípio com força de lei constitucional seja cumprida, e impedir a conversão dos indivíduos em meros objetos estatais com apenas expectativa de cumprimento dos preceitos constitucionais.

#### 4.3 DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA REVISÃO DO MODELO ATUAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal determina que os direitos fundamentais devam ser exercidos em sua plenitude, em vista de se tratar de direitos que vão de encontro direto com o princípio da dignidade da pessoa humana. Através dos Poderes Executivo e Judiciário, a Constituição lhes atribuiu a formulação e execução das políticas públicas, ficando a cargo desses poderes a forma como essas políticas serão executadas.

De acordo com De Barcellos:

Os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção de Estado de direitos, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.<sup>94</sup>

Em um modelo ideal de Estado Democrático de Direito, a concretização das políticas públicas deveriam ficar a cargo do Poder Legislativo, que são os eleitos democraticamente pelo povo, preferencialmente de forma que as minorias menos

---

<sup>94</sup> DE BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado Ano 1 nº 3. julho/setembro/ 2006. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, pg. 21-22.

favorecidas recebam a devida proteção e traçando assim os programas socialmente relevantes para que o Poder Executivo pudesse concretizá-las.

Segundo Dias:

Pelo prisma da autoridade, podemos ter em vista que os membros eleitos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, em geral, são encarregados da função de selecionar os objetivos e instrumentos, respectivamente, de interesse da comunidade.<sup>95</sup>

É na constituição Federal que se encontram os valores que irão induzir o Administrador Público a formular as políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais de cunho social e da qual emana o princípio da dignidade da pessoa humana e que deve prevalecer sobre os demais princípios. Assim, vincula-se o Administrador Público à Constituição e não apenas à lei.

Segundo Barroso:

A partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.<sup>96</sup>

No que diz respeito à força normativa da constituição, Canotilho ensina:

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, que porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A idéia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na consagração, para leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, <<agravadas>> ou <<reforçadas>> relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de

<sup>95</sup> DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial das Políticas Públicas. São Paulo: Método. 2007, pg. 42.

<sup>96</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de direito administrativo. Abril/junho-2005. Volume 240. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, pg. 31.

todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição.<sup>97</sup>

A Constituição ocupa o ápice de todo ordenamento jurídico e isso pressupõe de sua força normativa, todas as normas ali contidas devem ser observadas tanto em seu cumprimento, como na elaboração de outras normas infraconstitucionais.

Esclarece Barroso:

A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.<sup>98</sup>

Destarte, verificamos no ensinamento dos ilustres doutrinadores mencionados que a Constituição é o marco inicial para a formulação das demais legislações, é a base de todas as normas a serem criadas, são através dela e de seus princípios que se norteiam suas criação e que elas jamais poderão ser contrárias ao que ela determina e mais do que isso, as leis devem ser formuladas de maneira que os princípios basilares que fazem parte da Constituição sejam concretizados em sua plenitude.

Com relação à reformulação dos paradigmas tradicionais, e da superação do modelo liberal da separação dos poderes, devemos considerar, segundo Bonavides:

Chegamos, da nossa parte, a essa conclusão: a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade. O presidencialismo, mais afeiçoado ao liberalismo e amparado em sua técnica

---

<sup>97</sup> CANOTILHO, J J Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003, pg. 890.

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de direito administrativo. Abril/junho-2005. Volume 240. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, pg. 22.

rígida de separação de poderes, afigura-se-nos método que retarda e dificulta aquela passagem do humano ao social, que já se opera irreversivelmente no Estado contemporâneo.<sup>99</sup>

A separação dos poderes, nos dias de hoje, está sujeita a gradativa superação. Atualmente se procura o equilíbrio político entre os poderes que já não mais comporta toda a necessidade que se tinha na época de sua criação. Hoje, devemos ter uma maior preocupação com a ineficácia dos poderes frente à Constituição e a nova realidade sócio-econômica, e não com os abusos cometidos pela concentração do poder.

Conforme Dias:

O Estado, estruturado em funções, tem em uma sociedade bem-ordenada o dever conjunto de manter em todos os seus componentes uma adequada interação a fim de proteger os direitos fundamentais. Não há, assim, espaço para uma excessiva e formal insistência na teoria da separação para justificar a falta de ação judicial.<sup>100</sup>

Afirma Bonavides que o princípio da separação de poderes passou a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática, na qual fatores alheios à teoria política do século XVIII tiveram interferência na sociedade, alteradas por relações imprevistas de caráter social e econômico.

Também de acordo com Bonavides:

Há tratadistas e expositores que preferem, ao termo *poder*, o termo *função*. Essas emendas à doutrina são fundamentais e esclarecem que os poderes caminham para uma integração, compatível com a larguíssima esfera da ação estatal, a qual progressivamente se estende, com o acréscimo de novas responsabilidades sociais e econômicas, que perdem sua configuração jurídica meramente tutelar e formalista para se converterem em elementos materiais e consubstanciais do conceito de Estado.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001, pg. 22.

<sup>100</sup> DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial das Políticas Públicas. São Paulo: Método. 2007, pg. 97.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pg. 73.



Nesse contexto, a superação do modelo liberal da separação de poderes é necessária quando há omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo em suas funções.

De acordo com Barroso:

Na quadra atual, onde é clara a insuficiência da teoria da separação dos Poderes, assim como inelutável a superação do modelo de democracia puramente representativa, multiplicam-se os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional.<sup>102</sup>

O Constitucionalismo nos dias atuais, diferentemente do modelo clássico liberal, que era voltada aos interesses individuais, defende que o Estado concretize políticas voltadas aos interesses sociais coletivos, em conjunto com a crescente vontade de atuação da população na condução das políticas públicas, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Assim, a clássica teoria da separação de poderes precisa ser revista de forma que melhor se adeque ao modelo atual do qual os poderes precisam trabalhar de forma que haja uma colaboração mútua e balanceada entre eles e também de forma a aperfeiçoar a concretização dos direitos fundamentais.

Segundo Cunha Júnior:

A doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas. A doutrina da separação de poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o moderno Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma

---

<sup>102</sup> BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2011, pg. 79

separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial.<sup>103</sup>

Assim, no modelo atual, devem os poderes trabalhar de forma a equilibrar o sistema do Estado, o Judiciário cumpre o papel de se fazer assegurar a efetivação dos direitos fundamentais.

#### **4.3.1 O sistema dos pesos e contrapesos no âmbito do Judiciário no Brasil**

O filósofo francês Montesquieu obteve reconhecimento em todo o mundo através de sua teoria da separação dos poderes. Ele aperfeiçoou o modelo estudado por Aristóteles, da qual o Estado era dividido em três funções distintas, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e contribuiu para a criação do modelo chamado de “sistema de freios e contrapesos”.

Esse modelo, todos os Poderes exercem suas funções distintamente e ao mesmo tempo um Poder controla o outro. Nos dias de hoje, é impossível uma separação total dos Poderes, em vista que os Poderes necessitam realizar funções atípicas.

Segundo Silva:

*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*

---

<sup>103</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva. 2004, pg. 328.

de funções entre órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do em da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro e especialmente dos governados.<sup>104</sup>

Assim, a clássica teoria da separação de poderes precisa ser revista de forma que melhor se adeque ao modelo atual do qual os poderes precisam trabalhar de forma que haja uma colaboração mútua e balanceada entre eles e também de forma a aperfeiçoar a concretização dos direitos fundamentais.

De acordo com Cúnha Júnior:

Esse sistema de interferências recíprocas, encerrado na conhecida fórmula *checks and balances*, já havia sido apontado por MONTESQUIEU, consoante acima sublinhado, como uma providência necessária que tornasse possível que *le pouvoir arrête le pouvoir*. No Brasil, esse sistema de controle mútuo é revelado, *exempli gratia*, pelo poder que têm os órgãos do Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos do poder público – quando estes e aquelas ofenderem o texto magno – e pelo poder de deflagrar o processo legislativo, com a iniciativa legislativa para certas matérias; o poder que tem o Executivo de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público e, de um modo geral, de participar do processo legislativo, seja pela iniciativa legislativa que tem, seja pela prerrogativa de solicitar urgência na tramitação de projetos de leis de sua iniciativa e de nomear certos membros do Judiciário; o poder que tem o Legislativo de fiscalizar, através de mecanismos de controle e investigação, os atos dos outros poderes, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, bem como a possibilidade que tem este Poder de emendar os projetos de leis de iniciativa do Executivo, de rejeitar os vetos apresentados por este, de resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República com os Estados estrangeiros, de apreciar as indicações do Executivo para provimento de determinados cargos públicos e de julgar o impeachment do Presidente da República dos Ministros de Estado quando conexos àquele, dos Ministros do Supremo Tribunal, do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 21ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2002, pg. 110.

<sup>105</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva. 2004, pg. 325-326.

O sistema de freios e contrapesos preceitua a colaboração, interferência e controle recíproco entre os Poderes, com a finalidade de harmonizar o sistema em sua totalidade.

Segundo Ferreira Filho:

A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável, em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. A divisão impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois um *sistema de freios e contrapesos*, sob o qual pode vicejar a liberdade individual.<sup>106</sup>

No entendimento de Dallari o sistema de freios e contrapesos, é dividido em duas espécies, os atos gerais que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, na qual no momento em que o mesmo cria as normas, não se saberá a quem elas atingirão, assim, sua atuação não participa da concretização das normas criadas por eles mesmos, evitando beneficiar um ou outro indivíduo. Depois de emitida a norma geral, os atos especiais são concretizados pelo Poder Executivo e os atos especiais que são os meios concretos de agir, sem a discricionariedade que é prerrogativa da administração pública, já que só pode agir nos limites que a norma estipula. Em caso de abuso de qualquer dos poderes, o Poder Judiciário irá fiscalizar, obrigando cada poder agir somente em sua esfera de competência.<sup>107</sup>

#### 4.4 DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é também denominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário. Além disso, trata-se também do direito

<sup>106</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 30ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2003, pg. 132-133.

<sup>107</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 2011, pg. 184-185.

de ação e ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.<sup>108</sup>

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional parte do princípio da legalidade afirma Tavares:

O princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário remonta, na História constitucional pátria, à Constituição de 1946, que foi a primeira a expressamente determinar que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância. O próprio enunciado da legalidade, portanto, como já observado, requer que haja a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão competente. Assim, dentro da idéia clássica de tripartição de funções estatais, incumbe ao Poder Judiciário o papel de se manifestar, como última instância, sobre as lesões ou ameaças de lesões a direito.<sup>109</sup>

Apesar de aparentemente ser vinculado ao acesso apenas ao Poder Judiciário, não se deve assim interpretá-lo. O que se deseja com essa norma constitucional é que o cidadão tenha acesso à ordem jurídica justa e que não seja impedido por lei de exercê-lo, quando estiver em situação de lesão em seus direitos.

Segundo leciona Silva:

*O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no*

<sup>108</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm) . Acessado em 24/10/11.

<sup>109</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 723-724.

princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. O art. 5º, XXXV, declara: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Acrescenta-se agora ameaça a direito, o que não é se consequência, pois possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados.<sup>110</sup>

Do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, se entende que nenhum ato normativo poderá impedir a interferência do Poder Judiciário na proteção dos direitos dos indivíduos. O Poder Judiciário é poder legitimado à aplicação das normas ao caso concreto em ações ou omissões que atacam ou ameaçam os direitos sociais fundamentais do sistema jurídico, tendo como base maior a Constituição Federal.

De acordo com Medauar:

No tocante ao controle da Administração, o preceito afirma a regra da unidade de jurisdição. Assegura a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra a ameaça de lesão de direitos. A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos. O texto de 1988 já não mais adjetiva o direito protegido de “individual”, como figurava em textos anteriores, eliminando possíveis controvérsias e reconhecendo, de modo claro, a proteção a pessoas jurídicas, entidades, direitos coletivos e difusos.<sup>111</sup>

O Poder Judiciário, quando provocado, utilizará seus mecanismos legítimos, capaz de dirimir os conflitos, inclusive, mesmo se tal impropriedade prover de atos do próprio Estado.

Além do viés estabelecido pela leitura das normas constitucionais de direitos sociais fundamentais, é fundamental mencionar a ligação entre o dever do Estado de sempre prestar a adequada tutela jurisdicional, quando provocado, e o direito fundamental de ação, na possibilidade de se ter atendido uma pretensão jurídica mediante requerimento ao Judiciário.

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 21ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2002, pg. 429-430.

<sup>111</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pg. 393.

#### 4.5 A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 45 DO SUPREMO TRIBUNAL

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no dia 29 de abril de 2004, em decisão monocrática do Relator Ministro Celso de Mello, é considerada por muitos doutrinadores como um marco histórico na questão da concretização de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Discutiu-se a complexidade do tema e a importância que a decisão se tornou na matéria da intervenção do Poder Judiciário, quando a Administração Pública não atende aos direitos fundamentais sociais presentes na Constituição Federal.

Segue abaixo a ementa do acórdão da decisão proferida pelo Ilustre Ministro:

**EMENTA:** ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A **QUESTÃO** DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO **EM TEMA** DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, **QUANDO** CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. **DIMENSÃO POLÍTICA** DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL **ATRIBUÍDA** AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INOPONIBILIDADE** DO ARBÍTRIO ESTATAL **À EFETIVAÇÃO** DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. **CARÁTER RELATIVO** DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. **CONSIDERAÇÕES** EM TORNO DA CLÁUSULA DA “**RESERVA DO POSSÍVEL**”. **NECESSIDADE** DE PRESERVAÇÃO, **EM FAVOR** DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “**MÍNIMO EXISTENCIAL**”. **VIABILIDADE INSTRUMENTAL** DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO **NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO** DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE **SEGUNDA** GERAÇÃO).<sup>112</sup>

Observa Barroso, com a relação ao referido acórdão:

A relevância da decisão está nas observações do Rel. Min. Celso de Mello, claramente indicadoras de que a ADPF seria instrumento idôneo para viabilizar a concretização de políticas públicas quando, apesar de previstas na Constituição Federal, fosse total ou parcialmente descumpridas pelas instâncias

<sup>112</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&incidente=3737704&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2> Acesso em 02/11/2011.

governamentais destinadas do comando constitucional. Assim, o Poder Judiciário estaria realizado papel garantidor da eficácia e da integridade de direitos individuais e/ou coletivos, ainda que consagrados em dispositivos de conteúdo programático. Além disso, admite a possibilidade de controle do veto do Poder Executivo a projeto de lei aprovado.<sup>113</sup>

Na ADPF 45, julgado pelo Ministro Celso de Mello, são feitas ponderações a respeito da limitação de recursos públicos em função da escassez no orçamento. A decisão afirma que a elaboração e a concretização de políticas públicas não se incluem, costumeiramente, no âmbito institucional do Poder Judiciário. Porém que compete, excepcionalmente, ao Poder Judiciário interferir quando ocorrem omissões dos órgãos competentes e que venham a prejudicar a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Reconhece que os direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se pelo processo gradual de concretização, além de depender, do orçamento do Estado. Argumenta que a limitação de recursos públicos é uma realidade que não se pode ignorar e a partir desta contestação faz uma análise superficial da teoria da “reserva do possível”, que limita a atuação estatal nos comandos dos preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

Porém, apontam que a “reserva do possível”:

[...] 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.<sup>114</sup>

Assim, não pode o Poder Público criar obstáculo artificial de caráter financeiro com o propósito de inviabilizar em favor dos cidadãos as condições matérias para que se garanta o mínimo para a existência digna.

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade do direito brasileiro. 5ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2011, pg. 340.

<sup>114</sup> Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&incidente=3737704&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2> Acesso em 22/11/2011.



Outra questão na ADPF 45 foi o julgamento prejudicado pela perda do objeto, já que o Presidente da República, logo após o veto parcial questionado nessa ação, remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei que, convertido em Lei nº 10.777/ 2003, reintegrou, o dispositivo da Lei n. 10.707/2003 – Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), sobre a qual incidira o veto executivo. Isto é, a decisão poderia ter se limitado a julgar a ação afetada pela perda do objeto, sem entrar no mérito da questão.

Porém, o Ministro Relator Celso de Mello mostrou argumentos que, representam uma inovação quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que poderia ser considerado um indício de que poderia haver mudanças no entendimento sobre o assunto junto ao STF, o que já vem ocorrendo em decisões recentes, principalmente em relação à saúde e educação.

#### 4.6 DO PROJETO DE LEI DE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No dia seis de setembro de 2011, foi apresentada a versão final do projeto de lei, elaborada por uma equipe de trabalho, colaborada por pesquisadores do CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, de professores e alunos do curso de Mestrado em Políticas Públicas da Faculdade de Direito de Vitória/ ES, sob a coordenação dos professores Ada Pellegrini Grinover, professora titular de Direito Processual da USP e Kazuo Watanabe, jurista e professor da USP.

O projeto nasceu da necessidade de que o tema, polêmico e atual em razão da realidade social brasileira e da necessidade de transformá-la com o intuito de reduzir a pobreza, as desigualdades sociais e regionais e assim partir para uma sociedade mais justa, igualitária e solidária.

O maior obstáculo ao projeto seria a invasão a separação dos poderes, porém nesta nova visão o Estado e todos os detentores de funções públicas tem a obrigação

de colaborar para que se consiga atingir dos objetivos fundamentais e fica clara que essa tarefa cabe aos três poderes.

O projeto antes de tudo, parte dos princípios constitucionais de direitos fundamentais sociais, conforme o artigo 1º do projeto de lei:

Art. 1º - O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;
- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário;<sup>115</sup>

No projeto, o processo judicial ampliaria da cognição do contraditório, pois o mesmo precisa ser ampliado a começar pelas informações das autoridades competentes responsáveis pelas políticas públicas já existentes para que o juiz veja em primeiro lugar a razoabilidade da conduta da Administração Pública e a razoabilidade da conduta pretendida pelo autor e esse diálogo entre a Administração, juiz e autor deve ser constante porque o que se deseja é a possibilidade de acordo, de consenso sobre essa política pública já existente.

O que se deseja com o projeto é, antes de tudo, verificar o porquê que determinadas políticas públicas não está satisfazendo plenamente sua finalidade, a necessidade de acelerar o planejamento e também, ouvir a sociedade, realizar

---

<sup>115</sup> Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe Com a colaboração dos pesquisadores do Cebepej e de professores e alunos do Curso de Mestrado em Políticas Públicas da Faculdade de direito de Vitória. Projeto de Lei Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. **Integra do projeto de lei no anexo A.**

audiências públicas para que a sociedade também opine naquilo que em sua opinião é prioridade.

Isso se pode verificar no artigo 7º do projeto de lei:

Art. 7º - Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase administrativa, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase administrativa como no processo judicial, a intervenção do “amicus curiae”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.<sup>116</sup>

Enfim, o projeto se destina a uma ampliação na forma como as políticas públicas são planejadas atualmente. Deseja-se que no final, o resultado seja fruto de múltiplas negociações e controles e que leve muito mais do que uma sentença de condenação a uma obrigação de fazer e sim a um novo planejamento de políticas públicas.

---

<sup>116</sup> Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe Com a colaboração dos pesquisadores do Cebepej e de professores e alunos do Curso de Mestrado em Políticas Públicas da FDV. Projeto de Lei Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. **Integra do projeto de lei no anexo A.**

## **5 COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM SE POSICIONANDO EM SUAS DECISÕES COM RELAÇÃO À IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUANDO PROVOCADO – ESTUDO DE CASOS**

Neste último capítulo, analisaremos como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado em suas últimas decisões quando está em questão direitos fundamentais sociais, como veremos a seguir, os Ilustres Ministros do Supremo, têm decidido por garantir que se cumpram os preceitos constitucionais, principalmente com relação à saúde e à educação. A teoria da reserva do possível já não é mais justificativa para que o Estado se exima de suas responsabilidades, principalmente em razão da nossa carga tributária, uma das mais altas do mundo. Implicitamente se vê o princípio da dignidade da pessoa humana como norteadora dos fundamentos das decisões.

Na decisão abaixo, no Recurso Extraordinário (RE) 384201/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 25/03/2004, demonstra muito bem a afirmação acima. Trata-se de julgamento no qual o Município de Santo André interpôs recurso extraordinário, contra decisão que obrigava o município a garantir creches e pré-escolas a crianças de zero a seis anos de idade. Na decisão do Ilustre Ministro, se demonstra a obrigação que o Estado tem com os cidadãos que não possuem condições financeiras de arcar com a educação básica. Nas palavras do Ministro, tratam-se da “eterna lengalenga” as escusas do Estado:

**CRECHE E PRÉ-ESCOLA – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – IMPOSIÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO.**

1. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana.

2. Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Lei Orgânica do Município – artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente – artigo 54, inciso IV.
3. Publique-se.<sup>117</sup>

Em recente decisão de agravo regimental em agravo de instrumento Recurso Extraordinário (RE) nº 607381 Agravo Regimental (AgR) / SC - SANTA CATARINA do Min. Rel. Luiz Fux, julgamento em 31/05/2011, o Estado de Santa Catarina, chama ao processo a União, como medida protelatória para o fornecimento de medicamento ao autor. No voto do Ilustre Ministro, o fornecimento de medicamento pelo Estado é direito fundamental de obrigação de qualquer dos entes federativos, para pessoa que não tenha condições de custeá-los:

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTRELATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.** 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

Decisão

<sup>117</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=75&dataPublicacaoDj=20/04/2004&incidente=2114785&codCapitulo=6&numMateria=52&codMateria=3>. Acessado em 16/11/2011.

A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 31.5.2011.<sup>118</sup>

A última decisão a ser analisada, trata-se de uma reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal de número Reclamação (RCL) 3129 SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 30/06/2009, na qual o Instituto Nacional de Seguridade Social interpõe reclamação com o intuito de desfazer decisão do juiz da Vara de Jaboticabal/ SP que determinou a implantação de benefício assistencial à pessoa pobre e portadora do vírus da imuno deficiência adquirida (HIV). A parte reescrita abaixo é a do final da decisão, mas que demonstra de forma precisa, como os direitos fundamentais sociais devem ser respeitados e cumpridos pelo Estado, como determina a Constituição Federal:

Afirmo: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República). Portanto, não apenas não se comprova afronta à autoridade de decisão do Supremo Tribunal na sentença proferida, como, ainda, foi exatamente para dar cumprimento à Constituição da República, de que é guarda este Tribunal, que se exarou a sentença na forma que se pode verificar até aqui. Ademais, a Reclamação não é espécie adequada para se questionar sentença na forma indicada na petição, o que haverá de ser feito, se assim entender conveniente ou necessário o Reclamante, pelas vias recursais ordinárias e não se valendo desta via excepcional para pôr em questão o que haverá de ser suprido, judicialmente, pelas instâncias recursais regularmente chamadas, se for o caso”(grifei). Isso posto, nego seguimento a esta reclamação (RISTF, art. 21, § 1º). Publique-se. Brasília, 30 de junho de 2009. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – Relator.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=116&dataPublicacaoDj=17/06/2011&incidente=3876672&codCapitulo=5&numMateria=94&codMateria=2> Acessado em 17/11/2011.

<sup>119</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=144&dataPublicacaoDj=03/08/2009&incidente=2273721&codCapitulo=6&numMateria=101&codMateria=2>. Acessado em 16/11/2011.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar as principais críticas contrárias e favoráveis à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário direcionadas a concretização dos direitos fundamentais sociais, com suporte em doutrinas e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal.

Com o fim do Estado absolutista e a implementação do Estado liberal com o advento da Revolução Francesa no século XVIII, com o lema do liberalismo da *“igualdade, liberdade e fraternidade”*, foram exigidas por parte das classes mais baixas povo, entre eles a burguesia, prestações negativas do Estado de forma que houvesse uma intervenção mínima nas relações entre os indivíduos. Suas principais idéias pautavam-se na livre-iniciativa, na livre-concorrência de mercado e na defesa da propriedade privada.

No Brasil, os ideais econômicos do liberalismo não se concretizaram plenamente, em função da possibilidade de realizar comercialização apenas com Portugal e também pela cultura agrária e pouco industrializada na época.

O pilar do Estado liberal é o princípio da separação dos poderes, idealizada por Aristóteles e defendida por Montesquieu na qual os poderes estatais têm suas funções bem definidas e não podem interferir nas funções dos demais poderes.

Junto com os direitos de liberdade, direitos de primeira geração, advindos do Estado liberal vieram os problemas que também foram ocasionados pelo excesso de liberdade e pela não interferência do Estado nas relações entre os sujeitos. A concentração do poder econômico foi grande, inibindo a concorrência. Os operários começaram a se voltar contra a exploração pela classe burguesa.

Assim, com começou uma grave crise social que culminou pela miséria de grande parte da população e pelo clamor de que algo fosse feito por parte do Estado para que as injustiças sociais fossem minimizadas.

Com o advento do Estado Social, que se opôs aos ideais liberais, começou o Estado a se preocupar com as questões de cunho social, impulsionadas pela criação da Constituição Mexicana, considerada um marco da concepção dos direitos fundamentais e que serviu de modelo para a criação das Constituições de alguns países.

No Brasil a Constituição de 1934 foi a primeira a incluir normas de cunho social em seus dispositivos, entre eles educação, trabalho e saúde.

As constituições seguintes mantiveram as normas de caráter social, mas também com algumas influências do liberalismo, inclusive a atual Constituição de 1988 na qual se criou o capítulo exclusivo para a Ordem Econômica e Financeira na qual a livre concorrência e a propriedade privada se encontram presentes.

A Constituição Federal de 1988 contém normas de direitos fundamentais sociais presentes em seu artigo 6º. Essas normas têm aplicabilidade imediata, conforme o artigo 5º §1º, ou seja, não necessitam de leis que as regulamentem. Dessa forma, devem os Poderes Legislativo e Executivo, criar meios para que essas normas imperativas da Constituição Federal sejam cumpridas de forma que se atinja o maior número de indivíduos e na maior amplitude.

O Poder Legislativo, os representantes da população eleitos pelo povo são os responsáveis pela criação das políticas públicas através das leis.

Já, cabe ao Poder Executivo, por intermédio da Administração Públicas, realizar a execução dos comandos constitucionais, afim de que os direitos fundamentais sejam cumpridos.

No caso da Administração Pública não elaborar as políticas públicas que determina a constituição federal, ou se omitir naquelas já existentes, pode o Poder Judiciário interferir, pois de acordo com o estado democrático de direito, nenhum direito ou grave ameaça a direito deixará de ser analisado pelo Poder Judiciário, de acordo com o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.



Parte da doutrina diz que a interferência do Poder Judiciário estaria afronta o princípio da separação dos poderes, presente no artigo 2º da Constituição Federal, porém esse modelo de separação de poderes tem sido visto de outra forma por muitos doutrinadores. Os três Poderes precisam trabalhar de forma conjunta e harmônica e que aja a fiscalização para que se verifique se o cumprimento dos preceitos constitucionais estão sendo executados.

Assim, caso o princípio da dignidade da pessoa humana venha a ser afrontado por alguma omissão ou descaso por parte do Estado, é legítimo que os cidadãos, contribuintes através do pagamento de impostos direta ou indiretamente, venham a provocar o Poder Judiciário para que tenham assegurados os seus direitos fundamentais sociais, principalmente, quando se está em voga os direitos à saúde e a educação, direitos que o Estado tem o obrigação de disponibilizar o mínimo para a existência digna dos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal em seus julgados tem argumentado que é legítimo ao Poder Judiciário adotar políticas públicas quando há omissão por parte do Estado na implementação dos direitos presentes na Constituição Federal, com o argumento de que o Estado não pode justificar a falta ou a escassez de recursos públicos para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolhas**: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático *in* Revista de Direito do Estado Ano um nº 3. julho/setembro/ 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade** *in* Revista Trimestral de Direito Público, 32/2000. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial *in* Interesse Público. Vol. 46. São Paulo: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) *in* Revista de direito administrativo. Abril/junho-2005. Volume 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **A reserva do financiamento possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação** in A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 11 nº 45. Belo Horizonte: Fórum. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, **A Revolução Francesa**.

Disponível em

<http://www.colegioweb.com.br/historia/a-revolucao-francesa.html>

Acesso em 21/09/2011.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824).

Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm). Acesso em 27/09/2011.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em 27/09/2011.

BRASIL, **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil** (16 de julho de 1934), Disponível em:

[http://www.Planalto.Gov.Br/Ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.Planalto.Gov.Br/Ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em 29/09/2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 30/09/2011.

BRASIL. **STF. ADPF 45**, Rel. Min, Celso de Mello, D.J. 29/04/2004.

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&incidente=3737704&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>

Acesso em 02/11/2011.

BRASIL. **STF. SS 3073**, Rel. Min. Ellen Gracie, D.J. 09/02/2007.

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=32&dataPublicacaoDj=14/02/2007&incidente=2484826&codCapitulo=6&numMateria=10&codMateria=7>.

Acesso em 16/11/2011.

BRASIL. **STF. Rcl 3129**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, D.J. 30/06/2009.

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=144&dataPublicacaoDj=03/08/2009&incidente=2273721&codCapitulo=6&numMateria=101&codMateria=2>. Acesso em 16/11/2011.

BRASIL. **STF. RE 384201**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, D.J. 25/03/2004.  
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=75&dataPublicacaoDj=20/04/2004&incidente=2114785&codCapitulo=6&numMateria=52&codMateria=3>  
 Acesso em 16/11/2011.

BRASIL. **STF. RE 607381**. Rel. Min. Luiz Fux, D.J. 31/05/2011.  
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=75&dataPublicacaoDj=20/04/2004&incidente=2114785&codCapitulo=6&numMateria=52&codMateria=3>  
 Acesso em 17/11/2011.

BRASIL. **Artigo escrito por Vinício Martinez**.  
 Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/9335/estado-liberal/2> . Acesso em 21/09/2011.

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

CHIMENTI Ricardo Cunha, CAPEZ Fernando, ROSA Márcio Fernando Elias e SANTOS Marisa Ferreira dos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas**. Revista dos Tribunais, a. 86, v. 737,1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva. 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2010.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Método. 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos fundamentais**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**, *in* Revista de Processo, RePro 164, v. 33, out. 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **Projeto de Lei** Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. 2011.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3ª edição, Revista, Atualizada e Ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 4ª edição, Revista, Atualizada e Ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e desvinculação das receitas da União** in Direito Tributário em Questão: Revista da FESDT/ Fundação Escola Superior de Direito Tributário, nº 3. Porto Alegre: Suliani. 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. 1ª ed, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA, José Reginaldo da e MOTTA Daniel Réche da. **Artigo “O conceito de “reserva do possível” como limitador do controle social da qualidade das rodovias: o caso da BR 452/Minas Gerais**. Disponível em [http://www.tce.pe.gov.br/xsinaop/adm\\_upload/imagens/OFICINA06\\_01.PDF](http://www.tce.pe.gov.br/xsinaop/adm_upload/imagens/OFICINA06_01.PDF) Acesso em 17/11/2011.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra. 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial** in Revista de Direito Administrativo nº 252. set/dez 2009. Rio de Janeiro: FGV. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações** in Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: livraria do Advogado. 2008.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro** *in* Revista Brasileira de Direito Constitucional, teoria constitucional do direito. Vol. 2. São Paulo: ESDC. 2006.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica. 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2010.

## ANEXO A – PROJETO DE LEI

Versão final – 6 de setembro de 2011

Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe

Com a colaboração dos pesquisadores do Cebepej  
e de professores e alunos do Curso de Mestrado

em Políticas Públicas da FDV

### PROJETO DE LEI N.

**Institui processo especial para o controle e intervenção  
em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário  
e dá outras providências.**

#### PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

**Art. 1º.** O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;
- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário;

#### DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

**Art. 2º.** Ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais, é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados indicados pela legislação pertinente.

**Parágrafo único** – Para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos.



**Art. 3º.** A petição inicial, que obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil, deverá indicar com precisão a medida requerida para o a implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação, pela qual se determinará a competência, de acordo com o que dispõe a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009).

**Parágrafo único** – A petição inicial também indicará a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública.

**Art. 4º.** Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase administrativa, de acordo com o disposto no art. 5º.

#### DA FASE ADMINISTRATIVA

**Art. 5º.** Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá, notificando o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de 30 dias, prorrogável por mais 30, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados, que constarão do mandado:

I – o planejamento e a execução existentes para a política pública a que se refere o pedido;

II – os recursos financeiros previstos no orçamento para a implementação da política pública a que se refere o pedido;

III – a previsão de recursos necessários à implementação ou correção da política pública a que se refere o pedido;

IV– em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;

IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

**Par. 1º-** Se o pedido envolver o mínimo existencial, entendido como núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do caput deste artigo.

**Par. 2º** - Não prestadas as informações indicadas no caput, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no art. 14 do Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

**Par. 3º** - Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

**Par. 4º** - O juiz poderá nomear técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo.

**Art. 6º** - Considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

**Art. 7º** - Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase administrativa, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

**Parágrafo único.** Admite-se, tanto na fase administrativa como no processo judicial, a intervenção do “amicus curiae”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

#### DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

**Art. 8º** - As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na Lei n. 1307 de 1996 e o prescrito no art. 12, ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

**Art. 9º** - A qualquer momento, poderão as partes transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público.

**Parágrafo único** – A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

**Art. 10** - O Ministério Público e outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão colher da Administração Termo de Ajustamento de Conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, só terá eficácia com a anuência do Autor.

**Parágrafo único** – O Termo de Ajustamento de Conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 9º.

#### DO PROCESSO JUDICIAL

**Art. 11** - Não havendo acordo, o juiz examinará, no juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da Administração, podendo extinguir o processo, com resolução do mérito, ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente, para responder.

**Parágrafo único** – Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

**Art. 12** – Todos os elementos probatórios colhidos na fase administrativa, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide, sempre que possível.

**Art. 13** – O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, seguindo-se a partir da contestação o procedimento sumário previsto nos artigos 277 a 281 do Código de Processo Civil, mesmo nas causas de maior complexidade e sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública.

**Parágrafo único** – O juiz usará de rigor para indeferir as provas irrelevantes e impertinentes.

**Art. 14** – Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, consistentes, quando o entender necessário, na de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou de determinada verba no orçamento futuro e de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

**Parágrafo único** – O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

**Art. 16** – Se a autoridade competente não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão antecipatória, incorrerá pessoalmente nas multas diárias previstas no Código de Processo Civil, devidas a partir da intimação pessoal para o

cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas ao crime de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

**Art. 17** – Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz, independentemente das medidas previstas no art. 15, poderá nomear comissário, pertencente ou não à Administração, que também poderá ser pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

**Parágrafo 1º** - Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória.

**Parágrafo 2º** - O ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória deverá, se for o caso, apresentar projeto de execução da política pública, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e o comissário e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

**Parágrafo 3º** – O juiz definirá, de acordo com a complexidade do caso, prazo para apresentação do projeto .

**Parágrafo 4º** - A execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação do comissário, e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

**Art. 18** – Quando o controle da política pública não for objeto específico da demanda, mas questão que surgir no processo, individual ou coletivo, o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 25 e 26 desta lei.

#### DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

**Art. 19** – Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de, implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político correrem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

**Parágrafo único** – Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

#### DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

**Art. 20** – Os tribunais promoverão encontros anuais, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

**Parágrafo único** – Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões trimestrais por entrância, com o mesmo objetivo.

#### DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

**Art. 21** – Quando o Tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas, relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível.

#### DOS CADASTROS NACIONAIS

**Art. 22** - O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a sua existência e estado.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo o controle de políticas públicas remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º. No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores. O regulamento disciplinará a forma pela qual os juízes comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais

relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

**Art. 23.** O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º. Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º. O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

#### DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

**Art. 24 –** Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

**Parágrafo único –** Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissões de especialistas destinadas a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

**Art. 25 –** Na hipótese prevista no artigo 24, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei.

**Art. 26** - Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que :

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível , cuja ofensa afete a um tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º - Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação, mas em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º - O Ministério Público ou outro legitimado, no prazo a ser fixado pelo juiz, poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva.

§ 3º - Se nenhum dos colegitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º - A coisa julgada atuará erga omnes, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 5º - Não intervindo como parte, o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica.

#### DISPOSIÇÕES FINAIS

**Art. 27** – Os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da vigência desta lei, varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

**Art. 28** – As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

**Art. 29** - Esta lei entrará em vigor no prazo de 60 dias contados de sua publicação.