



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Judicialização das Políticas Públicas

Jaqueline Rosado Duarte

Rio de Janeiro
2011

JAQUELINE ROSADO DUARTE

A Judicialização das Políticas Públicas

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª. Katia Silva

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Néri Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Jaqueline Rosado Duarte

Graduada pela Faculdade Cândido Mendes.
Advogada. Pós-graduada em Direito Público
pela Universidade Gama Filho.

Resumo: A judicialização das Políticas Públicas atualmente não tem sido aceita por alguns doutrinadores e em alguns julgados, sob o fundamento de violação do princípio da separação dos poderes esculpido na Constituição Federal. Ocorre que para que sejam concretizados os direitos sociais fundamentais à dignidade do ser humano não é correto afastar a concretização da Constituição pelo Poder Judiciário, já que os direitos sociais devem ter prioridades e não serem ponderados com a possibilidade orçamentária dos entes políticos. Destaque-se que as políticas públicas possuem seu próprio fundamento na existência de direitos sociais, o que faz surgir a necessidade do referido controle pelo poder o Judiciário como função encarregada da proteção dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, da implementação e execução eficaz de políticas públicas.

Palavras-chaves: Poder Judiciário. Políticas Públicas. Direitos Fundamentais.

Sumário: Introdução. 1. Políticas Públicas. 2. O Poder Judiciário e a Separação dos Poderes. 3. Ato Administrativo Discricionário e Vinculado. 4. Controle dos Atos Administrativos. 5. Controle de Políticas Públicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da possibilidade do controle judicial dos atos administrativos no que tange à concretização de políticas sociais. Para tal, estabelece como

premissa a posição de relevo que o Poder Judiciário assume no Estado Democrático de Direito, pois a Carta Maior incumbe ao poder executivo, legislativo e judiciário não só a missão de garantir formalmente os direitos fundamentais, como também tudo fazer para possibilitar condições materiais para que os indivíduos possam efetivamente usufruir tais direitos. O fundamento da legitimidade dos juristas incide na intangibilidade dos direitos fundamentais, bem como no caráter existencial do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma legitimação não consensual ou representativa, mas racional e constitucional. Desse modo, é possível o ativismo jurisdicional que irá realizar o controle das políticas públicas sem que haja violação do princípio da separação dos poderes.

Busca-se despertar a atenção para a problemática que envolve a judicialização das políticas públicas. Serão analisadas as viabilidades de se reconhecer ao Poder Judiciário um novo papel, que não substitui, mas complementa e se agrega às suas antigas, clássicas e rotineiras funções, qual seja, a possibilidade de intervir positivamente no caso concreto. Através do enfrentamento dos temas da legitimação democrática, da reserva do possível e do princípio da separação dos poderes, será apresentada a legitimidade da proposta de transformar o Poder Judiciário em um poderoso instrumento de controle e implementação de políticas públicas na medida em que se constatar a omissão dos demais poderes quanto aos seus deveres constitucionais de criar e executar tais políticas.

Objetiva-se trazer à tona discussão sobre o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, dentro de um contexto de concretização dos direitos constitucionais sociais fundamentais esculpidos na Constituição. Procura-se demonstrar que há permissivo legal e que não há violação do princípio da inércia da jurisdição e tão pouco violação do princípio constitucional da separação dos poderes. Caminha-se, assim, para efetivação dos direitos

fundamentais da dignidade da pessoa humana já que estará buscando a garantia do mínimo existencial dos indivíduos.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a aplicação do princípio da Separação dos Poderes, o que vem a ser a implementação de Políticas Públicas, a intervenção do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas, o princípio do Mínimo Existencial em contraponto a Reserva do Possível. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber, assim, a possibilidade de judicialização de políticas públicas para que sejam concretizados os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sem que haja violação ao princípio constitucional da separação de poderes já que deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, que é um princípio norteador de todo ordenamento jurídico.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e a sociedade, em razão de mediações entre atores da sociedade e do Estado. São políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos.

As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e

redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais.

Como o poder é uma relação social que envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter um mínimo de consenso e, assim, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia. Elaborar uma política pública significa definir quem decide o quê, quando, com que conseqüências e para quem. São definições relacionadas com a natureza do regime político em que se vive, com o grau de organização da sociedade civil e com a cultura política vigente.

A presença cada vez mais ativa da sociedade civil nas questões de interesse geral, torna a publicização fundamental. As políticas públicas tratam de recursos públicos diretamente ou indiretamente, através de renúncia fiscal (isenções) ou por meios de regulação das relações que envolvem interesses públicos.

Elas se realizam num campo extremamente contraditório onde se entrecruzam interesses e visões de mundo conflitantes e onde os limites entre público e privado são de difícil demarcação. Daí a necessidade do debate público, da transparência, da sua elaboração em espaços públicos e não nos gabinetes governamentais.

As políticas públicas visam responder a demandas, principalmente dos setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. Essas demandas são interpretadas por aqueles que ocupam o poder, mas influenciadas por uma agenda que se cria na sociedade civil através da pressão e mobilização social. Visam ampliar e efetivar direitos de cidadania, também gestados nas lutas sociais e que passam a ser reconhecidos institucionalmente. Outras políticas objetivam promover o desenvolvimento, criando alternativas de geração de emprego e renda como forma compensatória dos ajustes criados por outras políticas de cunho mais estratégico (econômicas).

Ainda outras são necessárias para regular conflitos entre os diversos atores sociais que, mesmo hegemônicos, têm contradições de interesses que não se resolvem por si mesmas ou pelo mercado e necessitam de mediação.

Os objetivos das políticas têm uma referência valorativa e exprimem as opções e visões de mundo daqueles que controlam o poder, mesmo que, para sua legitimação, necessitem contemplar certos interesses de segmentos sociais dominados, dependendo assim da sua capacidade de organização e negociação.

A sociedade brasileira encontra-se direta e inteiramente permeada pela atividade estatal nas mais diversas áreas. Tal fato se concretiza através da implementação e execução de políticas públicas, sendo tarefa praticamente impossível dissociar-se desta realidade.

Desses fatos exsurge o papel do Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais e da própria Constituição Federal, devendo-se ponderar sobre a sua possível legitimidade, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, em avaliar o acerto, legalidade e validade das atuações estatais na execução de políticas públicas, tendo em vista que estas refletem a concretização e o exercício pelos indivíduos de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

2. O PODER JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Com a consolidação dos princípios democráticos respaldados nos valores da igualdade, liberdade e fraternidade há o surgimento das primeiras ideias de um Estado Democrático de Direito como sua expressão jurídica. Tal Estado caracteriza-se com a reunião dos princípios de

um Estado de Direito somado aos de um Estado Democrático, rendendo, contudo, não um mero somatório de ideias, mas uma nova concepção.

Dentre os elementos do Estado de Direito há a submissão à lei, a divisão de poderes, bem como a consolidação e respeito aos direitos individuais. Já o Estado Democrático fundamenta-se na soberania popular e na efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, conforme José Afonso da Silva¹, o Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição Federal, apresenta-se pautado em um ideal de sociedade justa, fraterna e solidária. Em tal sociedade todo o poder emana do seu povo, que se encontra possibilitado de exercê-lo e de participar das decisões políticas, tudo dentro de uma sociedade pluralista, onde direitos individuais, políticos e sociais são previstos, bem como reconhecidos e efetivados em prol da justiça social.

Dentre as características e fundamentos do Estado Democrático de Direito destacam-se, dado o profundo relacionamento com o tema, a separação de poderes, cujas bases já se apresentavam nas ideias de Aristóteles, John Locke e Rousseau, mas que teve em Montesquieu o seu maior propagador.

Tal princípio da separação de poderes, consubstanciado no artigo 2º da Constituição Federal, caracteriza-se não como uma divisão de poder político ou estatal, mas sim como uma divisão funcional deste entre as atribuições estatais do Legislativo, Executivo e Judiciário. Tais funções devem, ainda, conforme fixado na própria Constituição Federal, ser harmônicas e independentes entre si.

A abordagem de tal temática justifica-se vez que em se tratando de controle pelo Judiciário de políticas públicas, cuja competência de elaboração das mesmas é

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119-120.

preponderantemente do Executivo, indispensável se mostra a análise das aludidas funções estatais, que se observa na medida em que deverão ser avaliadas até quando será legítima a atuação do Judiciário em face do Executivo sem que haja o rompimento com o princípio constitucional da separação dos poderes.

O princípio da Separação dos Poderes encontra-se previsto no art. 2º da CRFB/88 e traz como base a ideia de limitação, baseada na fórmula de Montesquieu segundo a qual um poder deve frear outro poder sob pena de sua atuação ser eivada de vício de inconstitucionalidade. Ocorre que tal concepção tem sido modificada para que haja adequação aos dias atuais, ou seja, o vetor da separação das funções estatais não pode ser visto na sua feição clássica e tradicional. As funções desempenhadas pelo Estado contemporâneo exigem o redimensionamento da visão comumente difundida de que as funções exercidas são independentes, equilibradas e harmônicas.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos² o constituinte originário consagrou peculiaridades no tocante ao exercício do poder político e de suas três funções. Numa palavra, conferiu ao princípio da separação funcional do poder flexibilidade, parecendo que permitiu a ingerência de uma função em outra. Em tais casos configura uma exceção ao princípio da separação dos poderes políticos que devem ser compreendidos como mecanismos de freios e contrapesos, responsável pela harmonia das funções estatais.

A ascensão institucional do Poder Judiciário na proteção dos direitos individuais e coletivos e no controle de políticas públicas e da atuação dos poderes constituídos é um fenômeno descrito em diversas sociedades contemporâneas, como decorrente do aprofundamento do processo democrático e de redefinição da relação entre os Três Poderes.

O Judiciário não pode deixar de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 420.

de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Ao magistrado cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender.

O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. O constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Desse modo, deve ser observado qual tipo de colisão está em análise, se é uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, o princípio da separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível.

No mais, se o que está em jogo é o direito à vida e à saúde não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples quando estamos diante de concretização dos direitos fundamentais. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorrer, caberá ao Poder Judiciário agir sob amparo do Estado constitucional democrático de Direito.

Sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente, a atuação deve ser de modo a priorizar o direito fundamental instituído pelo legislador constituinte que deu

origem a atual carta magna já que a atuação do julgador será legítima, expressando um ato de vontade do poder que inaugurou a ordem constitucional de 1988.

Desse modo, pode-se afirmar que de acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.

3. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E VINCULADO

Segundo Diógenes Gasparine³:

Ato administrativo é toda prescrição unilateral, juízo de conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, aduz que:

Ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Na lição sempre precisa de Hely Lopes Meirelles⁵, seguindo a diretriz traçada pelo Código Civil, acha-se compreendido no conceito de ato administrativo:

³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 119

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p.185

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141.

[...] toda manifestação unilateral da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Como todo ato jurídico, o ato administrativo forma-se pela conjugação de alguns requisitos, que são os componentes que o ato deve reunir para ser perfeito e válido. São cinco elementos ou requisitos para que o ato administrativo seja válido: sujeito competente, forma, objeto, motivo e finalidade.

Os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários. Os atos vinculados são aqueles em que a administração pública irá atuar sem nenhuma margem de liberdade de decisão, pois a lei previamente determinou o único comportamento possível a ser obrigatoriamente adotado. Já os atos discricionários são aqueles em que a administração pública pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativa. Dessa forma, a ideia de vinculação deve estar adstrita à lei, assim como a ideia de discricionariedade só pode ser pensada nos limites autorizados pela lei. Discricionariedade, portanto, não implica em arbitrariedade.

Quando a decisão administrativa pauta-se numa discricionariedade deve se ater a estrita finalidade de bem atender ao interesse público e ser orientada, ademais, por todos os outros princípios jurídicos pertinentes (moralidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros); caso contrário será ilegal ou ilegítima, passível de anulação, inclusive pelo Poder Judiciário.

A discricionariedade entendida como um poder-dever, já que, embora seja indiscutível que se trata de uma prerrogativa conferida ao administrador público, é também indiscutível que essa prerrogativa é outorgada por lei para que este, diante de certas circunstâncias, adote a medida mais adequada ao atendimento do interesse público. Conclui-se, pois, que a lei ao conferir ao administrador um poder, autorizando a prática de um ato discricionário, assim o faz,

exigindo deste, de outra parte, o dever de agir buscando a solução mais adequada para o caso concreto.

Desse modo, tem-se que o ato administrativo discricionário, em regra, não é passível de controle, salvo quando para a análise da legalidade, moralidade e constitucionalidade, ponderando-se os aspectos relativos à conveniência e a oportunidade da prática do ato. Esses aspectos que suscitam tal ponderação constituem mérito administrativo.

O mérito administrativo pode ser entendido como a avaliação da conveniência e da oportunidade relativa ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Note-se que o agente não pode proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – competência, finalidade e forma, estes vinculados em qualquer hipótese, mas é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, desde que haja interesse público.

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem destoar de parâmetros já traçados. O motivo e o objeto do ato constituirão elementos que o legislador quis expressar, não havendo qualquer poder de valoração de tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. Desse modo, não se pode falar em mérito administrativo quando se trata de ato vinculado.

No ato discricionário dá-se ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta. Como no mérito administrativo importa essa valoração, esta figura está presente diante dos atos discricionários.

Salienta-se que a referida valoração da conveniência e oportunidade é o que reflete modernamente no que se chama de reserva do possível, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de consequência, o que se revela inviável de ser executada pela Administração em certo momento e dentro de determinadas condições.

A valoração de conduta que configura mérito administrativo pode alterar-se quando há mudanças de fatores de conveniência e oportunidade sopesados pelo agente público que pode mudar sua concepção, e é a ele que cabe esse controle de índole meramente administrativa.

Em regra, o judiciário não pode imiscuir-se na apreciação do mérito administrativo, eis que varia obra de administrador já que a conveniência e oportunidade do ato administrativo constituem critério ditado pelo poder discricionário, o qual, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo poder judiciário.

Contudo, a pretexto de exercer a discricionariedade, pode a administração pública disfarçar a legalidade com o manto de legitimidade do ato, e nesse caso sempre poderá ser analisado as causas, os motivos e a finalidade do ato. Ausentes tais elementos, há ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, justificando, em consequência, a invalidação de tais atos.

4. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O controle dos atos administrativos pode ser interno ou externo. O controle interno é realizado pelo poder executivo, já o controle externo é realizado tanto pelo poder legislativo, com auxílio do tribunal de contas, quanto pelo poder judiciário.

O poder judiciário pode, com o intuito de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, exercer a função de legislador positivo quanto as normas de direito administrativos e sua aplicação pelos agentes políticos. Contudo, deve ser estabelecido um

parâmetro para o controle eis que o judiciário, como dito acima, não pode em regra interferir no mérito administrativo.

Tal posição não prevalece quando diante de atos arbitrários, o que não se pode confundir com discricionariedade administrativa.

Para possibilitar a efetivação do controle do judiciário a doutrina criou duas teorias: a teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinantes.

Pela teoria do desvio do poder, o judiciário exerce controle quando o administrador usa seu poder discricionário com o intuito de atingir fim diverso do fixado na lei, desviando-se do interesse público. Logo, caberá a análise ao exame da finalidade, ou seja, do desvio de poder, o poder judiciário. Pode ocorrer o desvio de finalidade nas três funções estatais, legislativa, executiva e judicial. Afinal, o poder legislativo caso edite uma lei em desconformidade com a Constituição da República, estará atuando em desconformidade com a finalidade exigida.

O judiciário pode, ainda, analisar a relação de causalidade do ato administrativo, ao apreciar a adequação dos pressupostos do ato com o seu objeto. Essa relação é verificada de acordo com a finalidade do ato.

Pela teoria dos motivos determinantes⁶ realiza-se o controle pelo poder judiciário dos motivos utilizados pela administração ao proceder no ato administrativo. Nesse diapasão, é admitido o controle tanto da legalidade quanto da legitimidade dos motivos, já que o poder judiciário além de fulminar a ilegitimidade do ato administrativo, também tem a função de afastar qualquer ato administrativo quando este exceder a discricionariedade, ou seja, quando os limites de tal liberdade forem ultrapassados.

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed., Editora Impetus, Niterói, 2007, p.187.

Dessa forma, verifica-se que o ato da administração mesmo sendo discricionário pode vir a ser controlado pelo poder judiciário, principalmente, quando o ato for injusto ou ilegal.

5. CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos fundamentais do homem e políticas públicas são verdadeiras validades indissociáveis, tendo em vista que as políticas públicas garantem a concretização de tais direitos inerentes à própria condição de pessoa humana.

Em razão da imprescindibilidade dos direitos que resguardam, cumpre às políticas públicas papel indispensável perante a sociedade, devendo sobre ela recair controle na sua execução dada a sua relevância. Desse modo, as políticas públicas possuem seu próprio fundamento na existência de direitos sociais.

Os direitos sociais, presente dos direitos da segunda geração e espécie do gênero direitos fundamentais, têm previsão nos artigos 6º ao 11º da Carta Magna de 1988, muito embora não se esgotem nesses dispositivos constitucionais que integram o Título II, que trata, em específico, dos "Direitos e Garantias Fundamentais". Considerados "liberdades positivas" pela doutrina pátria, os direitos sociais visam a uma melhoria das condições de existência, por meio de prestações positivas do Estado - que tem o dever de assegurar a criação de alguns serviços, como o de educação, saúde e segurança.

Para a concretização dos direitos sociais há a necessidade do controle do Judiciário como função encarregada da proteção dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, da implementação e execução eficaz de políticas públicas. Tal controle é possível em razão dos

direitos fundamentais que se pretende preservar serem são normas constitucionais de aplicabilidade imediata e detentora de força normativa.

Portanto, a partir do momento em que se constitui uma omissão ou mesmo uma insuficiência na implementação de políticas públicas, justifica-se a sua judicialização e efetivo controle pelo Poder Judiciário para a preservação de direitos, destacando-se como forma de provocação do mesmo a Ação Civil Pública já que, conforme o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal a lei não excluirá de seu controle qualquer lesão ou mesmo ameaça a direito.

Tratando-se de controle de políticas públicas, o poder judiciário deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, oriundos do direito anglo-saxão sendo este critério aferido de legitimidade de todos os atos do poder público.

Segundo Robert Alexy⁷,

nas máximas parciais da adequação, relação entre meio e fim, necessidade, entre os existentes deve-se optar pelo menos gravoso possível, e a proporcionalidade em sentido estrito, quando há superação das vantagens frente às desvantagens.

Pela aplicação de tais princípios mostra-se plenamente possível o controle judicial de políticas públicas, haja vista que se ao poder público cabe a discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas conforme a sua conveniência e oportunidade, deve-se observar que esta discricionariedade não se afigura de forma absoluta e irresponsável.

O poder judiciário tem a função de dar efetividade às normas constitucionais já que o papel do juiz não é criar políticas públicas, mas apenas implantá-las quando previstas constitucionalmente, razão pela qual a judicialização das políticas públicas deve ser vista como um dos meios de exercício o conhecido sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*),

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução Luís Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103.

no qual se reconhece a possibilidade de um poder controlar a atuação do outro quando houve abuso no exercício das competências.

A discricionariedade administrativa caracteriza-se como uma decisão vinculada à finalidade das normas em um dado caso concreto, justificando a existência da própria discricionariedade na impossibilidade de pré-fixação de apenas uma solução normativa para todos os casos concretos. A respeito da discricionariedade Celso Antônio Bandeira de Melo⁸ cita:

É de presumir que não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. [...] O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.

Dentre os argumentos apontados pelo poder público para refutar a possibilidade de controle de políticas públicas é a chamada reserva do possível, que se encontra dividida em um aspecto fático, caracterizado por um limite das possibilidades materiais do Estado, e um aspecto jurídico, fundamentado na necessidade de previsão orçamentária prévia para a implementação de políticas públicas.

O argumento trazido por José dos Santos Carvalho Filho⁹ de que as políticas públicas seriam assunto pertinente aos Poderes Legislativo e Executivo, vez que somente os agentes teriam a legitimidade, conferida pelo voto popular, para realizar o juízo sobre a necessidade e possibilidade de sua implementação, encontram bases no princípio da Separação dos Poderes, e para permitir que o poder judiciário viesse a interferir em questões de execução política, seria uma afronta direta a tal princípio.

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 282

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 138.

De encontro a tais argumentos, cumpre mencionar o posicionamento de Cláudia Maria da Costa Gonçalves¹⁰:

A reserva do possível, em uma sociedade capitalista como a brasileira, constitui-se em regra, quando, em verdade, deveria caracterizar-se como exceção, não devendo colocar-se como discurso da administração pública a justificar a não implementação de políticas públicas. Logo, o que deveria ser uma exceção termina por se consolidar como regra, ou seja: o princípio constitucional da reserva do possível, que só deveria justificar a contenção de gastos públicos para além do básico, termina por servir de justificativa para políticas de assistência social pouco comprometidas com a redistribuição de riquezas, alicerçadas em programas minimalistas, residuais e afastados das diversidades culturais e pessoais de cada família.

Contra-argumentando essa tese da reserva do possível tem-se a ideia do mínimo existencial apontado pelo paradigmático acórdão do Supremo Tribunal Federal¹¹, em qual ficou estabelecido que:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo substancializador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Além do posicionamento do Supremo Tribunal a favor do controle de políticas públicas, há outros autores como, Maria Paula Dallari Bucci¹², que comungam um mesmo posicionamento mostrando-se favoráveis à possibilidade de controle judicial de políticas públicas.

Para essa autora há um verdadeiro poder-dever do Judiciário em analisar sua legalidade e constitucionalidade, já que a judicialização das políticas públicas encontra fundamento na

¹⁰ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Política Pública da Assistência Social na Constituição Federal de 1988: do não direito ao direito negado. P. 65. IN: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera*. São Luís: PGJ, nº 14: 51-70, 2007.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 04 de maio de 2004.

¹² BUCCI, Paula Dallari Bucci. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 206.

supremacia da Constituição, norma de caráter fundamental e superior a todos os poderes estatais. Ademais, ao efetuar o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja, garantir a prevalência da Constituição. Desta forma, o Poder Judiciário garantiria a cidadania participativa, abrindo ao cidadão a possibilidade de pleitear o implemento de ações governamentais voltadas à efetivação dos direitos positivos.

Pelo exposto, o controle das políticas públicas, embora tenha discussão doutrinária e jurisprudencial, não afronta o princípio da separação de poderes, pois encontra seu fundamento diretamente na Constituição que confere ao Poder Judiciário ampla função jurisdicional.

Ademais, é imperioso afirmar que o Brasil adotou o sistema de jurisdição judicial única, logo, todo ato da administração praticado por qualquer dos poderes estatais podem ser reapreciados pelo poder judiciário. Isso se depreende da norma constitucional do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, no qual qualquer lesão ou ameaça à lesão pode ser apreciada pelo judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, CF/88.

Outrossim, as questões orçamentárias e a reserva do possível não podem ser tornar empecilho para a implementação de políticas públicas, devem funcionar como disciplinadoras da razoabilidade da Administração Pública e auxiliar a efetivação dos direitos positivos.

Não cabe ao poder administrativo e legislativo deixar de observar os direitos fundamentais sob a alegação de que não há recursos financeiros, sob pena de violação frontal ao texto constitucional. Logo, é imprescindível que haja uma prioridade no cumprimento de tais direitos fundamentais para só após ser realizada a política pública com menor prioridade.

Ademais, deve ser levado em conta a prevalência do princípio do mínimo existencial em relação ao princípio da reserva do possível, pois somente após cumprir o mínimo existencial é que poderá ser cogitada a disponibilidade para outro gasto.

Dessa forma, se não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não haverá empecilho jurídico para que o poder judiciário determine a realização de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

Portanto, não obstante tenha a administração pública discricionariedade para determinar e executar as políticas públicas, de acordo com seu interesse e possibilidade, não se pode alegar uma usurpação de função por parte do judiciário em intervir em tais políticas quando for para efetivar os direitos fundamentais, os quais possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, §1º da CF.

Assim, cumpre o judiciário o papel outorgado pelo poder constituinte originário que é a proteção e efetivação da Constituição.

No mais, deve-se atentar que há omissões legislativas no que tange a aplicação constitucional, e de tal forma o judiciário não pode ser conivente com a omissão administrativa, pois precisa tutelar os direitos dos cidadãos, para efetivar os direitos fundamentais e a própria democracia.

CONCLUSÃO

O intuito do trabalho foi demonstrar a possibilidade do ativismo judicial no que tange ao controle de políticas públicas, aferindo a sua compatibilidade com a aplicação, efetivação e concretização dos direitos fundamentais ao ser humano previstos na Constituição Federal de 1988.

Foi abordado principalmente que não obstante haja divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da implementação de políticas públicas pelo poder judiciário, ficou assente que pela regra o poder judiciário não está autorizado a interferir no mérito administrativo eis que é ato discricionário da administração.

Embora seja a regra, não se pode deixar de analisar a possibilidade em que essa discricionariedade passa a ser uma arbitrariedade, tanto em conduta comissiva quanto omissiva. Nesse sentido, não se pode afastar a análise e controle de tais atos pelo poder judiciário já que nenhum ato arbitrário, ilegal e ilegítimo pode prevalecer em detrimentos de direitos individuais.

Neste sentido, pela análise da legalidade, da motivação, da finalidade do ato em respeito aos princípios constitucionais, tais como a proporcionalidade, razoabilidade, não se pode permitir que direitos sociais sejam violados e não implantados, pois o que se busca é a dignidade da pessoa humana, ou seja, o mínimo existencial.

Conforme foi mencionado, não se pode deixar de afirmar que embora a Constituição Federal preveja o princípio da separação dos poderes, este não pode ser um dogma, não pode ser um princípio absoluto e intangível já que quando estamos diante de conflito entre princípios devemos utilizar o método de ponderação, e nesse caso é indiscutível a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

O ativismo judicial é uma realidade inafastável e coerente, afinal, uma vez que resta ao STF ser o guardião da Constituição, tudo aquilo que se suspeitar ser inconstitucional passará pelo crivo desse tribunal, logo, observa-se que seja o judiciário em suas instancias inferiores, ou mesmo, o STF, quando provocados, nada mais estão fazendo que conceder à tutela jurisdicional àqueles que se valem do contrato social em busca de soluções para seus conflitos, configurando amplo exercício da democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 04 de maio de 2004.

BUCCI, Paula Dallari Bucci. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Política pública da assistência social na constituição federal de 1988: do não direito ao direito negado. IN: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*: Juris Itinera. São Luís: PGJ, nº 14: 51-70, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.