



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos Controvertidos sobre a Atuação do Judiciário nas Políticas Públicas, visando à
Garantia do Mínimo Existencial

Ingrid Queiroz Dias

Rio de Janeiro
2009

INGRID QUEIROZ DIAS

Aspectos Controvertidos sobre a Atuação do Judiciário nas Políticas Públicas, visando à
garantia do Mínimo Existencial

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

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro
2009

ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS, VISANDO À GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Ingrid Queiroz Dias

Graduada pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro. Advogada.

Resumo: o controle judicial de políticas públicas é matéria que começa a despontar nas discussões jurídicas. Se outrora ele se mostrava impensável ante as limitações impostas pela separação dos poderes, atualmente, tendo em vista as necessidades prementes das sociedades, ele se mostra extremamente necessário e amplamente difundido. A essência do presente trabalho é analisar quais os obstáculos à implementação do controle de políticas públicas, buscando demonstrar a sua importância, bem como sua possibilidade de aplicação na medida em que as vedações a ele não são capazes de se imporem de forma absoluta.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Separação dos Poderes, Poder Judiciário, Controle Judicial.

Sumário: Introdução. 1. Do princípio da separação dos poderes. 2. Do controle judicial das políticas públicas. 3. Da atuação do Judiciário baseada no judicialismo e ativismo judicial. 4. Da alegada ingerência indevida do Poder Judiciário. 5. Do direito ao mínimo existencial. 6. Das limitações financeiras. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a discutir o acesso ao mínimo existencial através da elaboração judicial de políticas públicas, uma vez que tal direito se apresenta como um direito indispensável extraído da Carta Constitucional e que, por não possuir legislação específica, acaba se estabelecendo de forma bastante subjetiva. A problemática se inicia com a própria

conceituação, pois tendo em vista tratar-se de conceito jurídico indeterminado, acaba sendo instituído de acordo com o propósito que se quer alcançar.

O cerne da questão é despertar a atenção para a controvérsia envolvendo a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em áreas, que a princípio, seriam adstritas às políticas públicas do Executivo, com o intuito de disponibilizar o acesso ao direito ao mínimo existencial em detrimento das políticas públicas, e determinando, ainda, se haveria em tal situação efetiva violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Objetiva-se comprovar, por meio das regras de ponderação entre princípios, que aquele princípio calcado no mínimo existencial deve se sobrepor ao princípio da separação dos poderes. Procura-se, além disso, analisar as controvérsias e as consequências econômicas surgidas pela imposição de medidas sociais por parte do Judiciário, como, por exemplo, a determinação de construção de creches e presídios, apontando quais seriam os obstáculos à imposição dessas medidas, e a melhor forma de ultrapassá-los, possibilitando o acesso ao mínimo existencial.

Ao longo do artigo, serão analisadas quais as delimitações legais e principiológicas para a atuação de ambos os poderes, como o Judiciário vem se posicionando quanto aos pedidos de requisição de elementos pertinentes ao mínimo existencial, e qual o impacto econômico de tais concessões, e por fim, como conjugar a atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas, sem ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Resta saber, assim, se a elevação da área de atuação do Poder Judiciário com escopo de melhor conceder acesso aos direitos básicos e a melhores condições de vida mostra-se viável de fato, ou mero discurso idealista sem grandes chances de efetiva concretude.

I - DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A República Federativa do Brasil está atualmente organizada em um modelo que se baseia na separação dos Poderes, em tal organização ficam divididas as funções de legislação, administração e jurisdição, sendo tais funções atribuídas a órgãos distintos e independentes.

Ocorre que, ainda que se apresentem dispostos na estrutura do Estado Nacional como órgãos independentes, o Executivo, Legislativo e o Judiciário, podem, e devem, exercer controle recíproco de suas funções, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas (A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF, *Diário da Justiça da União*, 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello), capazes de gerar qualquer dano seja para a democracia, seja para os direitos fundamentais.

O controle recíproco apresenta-se na órbita constitucional como uma das modalidades de *checks and balances*, capaz de determinar que as esferas de poder atuem em conformidade com as competências que lhes foram impostas, sob pena de ser verificado por outra esfera de poder a atuação exacerbada, devendo ser tal ato corrigido.

De posse de tais formulações, é possível perceber que o princípio da separação dos Poderes foi formulado, inicialmente, com certo caráter de imutabilidade em decorrência das circunstâncias históricas existentes à época, as quais geravam receio bastante fundado de que pudesse haver gerência de um poder sobre o outro. Contudo, passados alguns anos, e estabilizada a democracia, na forma consistente que atualmente se verifica, fica compreendido que a interpretação constitucional adequada, nos dias de hoje, para o mencionado princípio exige maleabilidade e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais.

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Nesse sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a Administração Pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Fora desse contexto, quando a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade à qual estava vinculada, descabe a aplicação do referido princípio, e autorizado se encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu com sua obrigação legal, agredindo, com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção para restaurar a ordem jurídica violada.

A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo.

A Constituição de 1988 preceitua no artigo 5º, XXXV, ser vedado à lei excluir da sua apreciação lesão ou ameaça a direito, confere ampla legitimidade ao Judiciário para exercer sua função jurisdicional. Sendo, a legitimidade do Judiciário para examinar quaisquer violações a direitos dos cidadãos não decorre do princípio político democrático, mas sim, expressamente, do texto constitucional, não devendo encontrar nenhum óbice legal.

Cabe destacar ainda que o constitucionalismo contemporâneo apresenta, como uma de suas importantes conquistas, o reconhecimento de força normativa as normas constitucionais. Sendo que tal possibilidade de normatividade forçosa foi a base para a criação e instalação da doutrina brasileira de efetividade (BARROSO, 2009).

O movimento gerado pela doutrina implementada buscou, além de possibilitar a elaboração de categorias dogmáticas de normatividade constitucional, superar a existência de disfunções existentes em nossa formação nacional, e que se davam em decorrência da falta de compatibilidade normativa com a realidade, tornando as normas constitucionais, bem como o uso da Constituição, um uso puramente ideológico e utópico, já que a falta de determinação

política em dar cumprimento aos preceitos constitucionais acabava por torná-los meramente fictícios. A essência da doutrina da efetividade voltou-se, portanto, a transformar as normas constitucionais em normas aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Tem-se, que com base na doutrina da efetividade, as normas constitucionais, bem como as normas jurídicas em geral, são imbuídas do atributo da imperatividade. Sendo assim, passa a não ser próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar, passando as normas constitucionais, a trazerem em seu bojo, comandos práticos.

Cabe destacar que o descumprimento da imperatividade de uma norma pode se dar através tanto da ação quanto da omissão, mas, uma vez ocorrida tal violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados, bem como para a restauração da ordem jurídica existente.

Esses meios de tutela são traduzidos pela ação e pela jurisdição, pois, uma vez que ocorra lesão a algum direito, é possível que o titular desse direito, ou seu legitimado extraordinário, postulem em juízo visando a sua proteção, e tais mecanismos podem ser tanto de tutela individual, quanto de tutela coletiva de direitos.

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição, sendo, inclusive, possível visualizar a doutrina da efetividade como um dos pilares para justificar tal atuação. Entretanto, nos dias atuais já se vislumbra a necessidade de sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas

– especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos relativos ao mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos, os quais serão analisados no decorrer do presente estudo.

Partindo desses parâmetros, percebe-se que o controle jurisdicional de políticas públicas não se contrapõe ao princípio constitucional da separação de poderes; em verdade, torna-o mais efetivo, uma vez que por meio dessa atuação os direitos fundamentais sociais têm seu implemento intensificado.

II - DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Se tentarmos elaborar uma definição sobre em que consistem as políticas públicas, teríamos como acepção final o conjunto de planos e programas de ação governamental, estando estes voltados para a intervenção no domínio social, de forma que se possa traçar diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, com o escopo de implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Pode-se dizer que as políticas públicas são programas de ação governamental, representando os instrumentos de ação dos governos, numa clara substituição dos "governos por leis" (*government by law*) pelos "governos por políticas" (*government by policies*).

As políticas públicas têm sua fonte de justificação e seu fundamento mediato calcado no Estado Social, o qual busca a implementação dos direitos fundamentais positivos, que são aqueles dos quais decorre uma prestação positiva do Poder Público.

Deve-se analisar ainda a possibilidade de controle da atividade administrativa e, nessa seara, o entendimento é de que pode haver o controle seja de forma interna quanto

externa, sendo o controle imposto com a finalidade de examinar os atos administrativos à luz dos princípios da legalidade e da juridicidade.

Nas hipóteses de controle interno, ou autocontrole, o âmbito de atuação seria no interior da própria Administração, sendo que tal incumbência seria destinada a órgãos dotados de função fiscalizatória. Já o controle externo, ou heterocontrole, compreenderia o controle exercido pelo Tribunal de Contas – órgão auxiliar do Poder Legislativo – além do controle jurisdicional, capaz de atuar independentemente de estar inserido em outra esfera de poder.

A maior controvérsia que surge dessas possibilidades de controle diz respeito ao alcance do controle jurisdicional da Administração Pública e aos limites impostos a esse controle. O entendimento de grande parte da doutrina que se debruça sobre o tema é no sentido de que a análise judicial dos atos da Administração, ainda que deva examinar a discricionariedade administrativa, não pode adentrar, sob nenhuma hipótese, no mérito administrativo. O mérito do ato administrativo, segundo entendimento majoritário, constitui-se em faixa da discricionariedade administrativa, ou seja, de conveniência e oportunidade em que fica vedada a apreciação jurisdicional.

Contudo, deve prevalecer o entendimento de que no controle jurisdicional da atividade administrativa, a Administração Pública coloca-se perante o Judiciário no papel de parte, com algumas peculiaridades em decorrência de sua função, mas estando posicionada em condição de igualdade com o cidadão que com ela litiga. A Administração deixa de ser órgão ativo do Estado, já que a finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Sendo assim, não haveria restrição absoluta à análise de mérito por parte do Judiciário.

Tal entendimento é extraído do fato de que a Constituição da República de 1934 trazia, em seu artigo 68, disposição que expressamente vedava ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas. Desse modo, seria possível vislumbrar que não estava

vedado o juízo acerca da constitucionalidade de políticas públicas, pois a vedação se limitaria às questões exclusivamente políticas, e não aos programas de ação governamental. Cabe destacar ainda que a Constituição de 1988 não traz em seu bojo dispositivo semelhante ao acima mencionado.

Por questões exclusivamente políticas, há que se entender, por exemplo, a declaração de guerra, a celebração da paz, a decretação de estado de defesa e de estado de sítio, nomeação e exoneração de Ministros de Estado. São questões dessa natureza que podem ser caracterizadas como exclusivamente políticas, fugindo ao controle jurisdicional.

Cumprе ressalvar, ainda, que, do ponto de vista doutrinário, o controle jurisdicional de políticas públicas vem sendo discutido no âmbito de duas correntes contrapostas: a corrente procedimentalista, que tem suas idéias respaldadas predominantemente pelo ideário de HABERMAS, e a corrente substancialista, que encontra seu sustentáculo no pensamento jurídico e político de DWORKIN (VIANNA, 1999).

Na visão da corrente procedimentalista, o cidadão assume uma posição passiva perante o Estado, pois ele seria uma espécie de cidadão-cliente, frente ao Judiciário fornecedor de serviços. Essa atuação como forma de juízo de constitucionalidade de políticas públicas acabaria por favorecer o individualismo e a desagregação social, vez que dificulta o exercício da cidadania participativa.

A corrente substancialista, por seu turno, traz o entendimento de que o Estado constitucional tem como exigência uma nova definição do papel do Poder Judiciário, já que, com a evolução do Estado das leis para o Estado das políticas públicas, o Judiciário assumiu a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais.

Ao exercer o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba realizando uma de suas funções precípuas, qual seja, a garantia de prevalência da Constituição, sendo assim, correto seria afirmar que a judicialização das políticas públicas

encontra seu fundamento na supremacia da Constituição, norma de caráter fundamental e superior a todos os poderes estatais.

Na via oposta aos entendimentos doutrinários que buscam consolidar a teoria do controle judicial de políticas públicas, tem-se no âmbito jurisprudencial o entendimento quase unânime no sentido inverso. Na jurisprudência, é possível a verificação de que o princípio da separação de poderes apresenta-se como o maior obstáculo ao juízo de constitucionalidade de políticas públicas, tornando-se o respaldo para a vedação da mencionada atuação.

III – DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO BASEADA NO JUDICIALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Nos tempos atuais, o Estado Brasileiro está calcado na idéia de um Estado democrático de direito, o qual está consagrado no art. 1º da Constituição Federal, e que se traduz na junção de dois outros conceitos, o constitucionalismo e a democracia.

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, sendo o núcleo essencial desses direitos identificado como: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito 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; c) o mínimo existencial. 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.

Já a democracia se funda no princípio democrático, que, por sua vez, tem sua base na soberania popular, todo o poder emana do povo. De acordo com o sistema representativo, é dado ao povo manifestar-se periodicamente para a eleição de seus representantes, o que se dá por decisão da maioria.

Percebe-se, portanto, que o constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais, enquanto que a democracia, em soberania popular e governo da maioria. E em decorrência da atuação da maioria, esta pode agir de forma a vulnerar direitos fundamentais. Quando isso ocorre, vislumbra-se um choque entre os dois princípios basilares do Estado e, para dirimir tal conflito, incumbe a atuação do Judiciário.

A partir de então é que surge o impasse sobre se poderiam os juízes e tribunais, que não foram eleitos pelo povo, interferir nas deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas. A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente e, para tanto, algumas modificações na atuação do Judiciário são de suma importância, conforme se verifica a seguir.

Nos tempos atuais, temos uma constante modificação da forma como os poderes integrantes da federação são encarados pela população. Tal mudança se dá por força do panorama político atual e da liberdade social pós-ditadura.

Apesar de a mudança ser verificada em todos os âmbitos, o que se mostra mais patente é a transformação de atuação do Poder Judiciário, o qual passou a apresentar duas novas vertentes de exercício: a judicialização e o ativismo judicial.

A utilização da judicialização significa dizer que é o Poder Judiciário, e não as instâncias tradicionais da política, que está decidindo algumas questões que possuam ampla repercussão política ou social. O poder teria sido transferido aos juízes e tribunais em função da modificação da participação da sociedade.

A judicialização tem sua raiz calcada na redemocratização do país, em especial pós Constituição de 1988. Tal fato ocorreu tendo em vista que, após o fim da ditadura, a magistratura recuperou suas garantias e com isso o Judiciário abandonou o seu papel de mero

espectador das relações, passando a fazer uso de seu efetivo papel de poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

Outra causa fortalecedora da judicialização foi a *constitucionalização abrangente*, isto é, dirigente, a qual possibilitou a inserção na Constituição de diversas matérias que anteriormente eram exclusivas do processo político majoritário e da legislação ordinária. Assim, ao constitucionalizar tais matérias, o legislador acaba por permitir que se transformem em ferramentas do Direito, uma vez que qualquer questão que seja disciplinada em norma constitucional transforma-se, potencialmente, em uma pretensão jurídica, já que passa a poder ser almejada através da formulação de ação judicial.

Por fim, cabe afirmar ainda que a judicialização também encontrou um de seus pilares na formação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual se formou como um dos mais abrangentes do mundo, já que combina aspectos relativos tanto ao sistema americano quanto ao europeu. Esse sistema permite que, por meio do controle incidental e difuso, qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar uma lei a um caso concreto, caso a considere inconstitucional; ou ainda permite o controle por ação direta, que possibilita que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo, fica latente por meio da verificação das mudanças relacionadas que o processo de judicialização acontece em situações em que o Judiciário foi provocado a se manifestar, tendo o feito nos limites dos pedidos formulados. Em tais hipóteses, os Tribunais não teriam a alternativa de conhecer ou não as ações, nem de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, caso estejam preenchidos os requisitos de cabimento.

Dessa feita, não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão de criar um modelo juriscêntrico de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a

cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

Partindo para a análise do ativismo judicial, é possível verificar que consiste em uma ação, isto é, uma escolha de um modo de atuação proativo, a fim de que a interpretação da Constituição tenha seu sentido e alcance expandidos.

Com base no ativismo judicial, é possível uma atuação mais ampla do Judiciário, cabendo ainda alguma interferência no campo de atuação dos demais Poderes. Ele visa a tornar possível não só o controle de atuação dos Poderes adjacentes, como também uma maior concretização e efetiva implementação de valores e preceitos constitucionais. Tal atuação busca possibilitar o alcance máximo das potencialidades constantes do texto constitucional, sem permitir, entretanto, que o postulado de criação livre atinente ao Direito tenha seus limites invadidos.

Como forma de exemplificação do ativismo judicial, temos entre os mais notórios a distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. Tal atuação mostra-se como sendo uma imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, e apesar de a matéria ainda não ter tido seu mérito apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual apenas se manifestou em sede de liminar, as decisões estaduais e federais que condenam os entes federativos a arcar com tais custos multiplicam-se, independentemente de constarem, ou não, tais medicamentos, nas listagens elaboradas para tais fins.

O ativismo judicial apresenta como sua contra-face, a auto-contenção judicial, a qual se configura por meio de uma atuação reduzida do Judiciário nas esferas dos demais Poderes. Tal atuação importa em evitar a aplicação direta da Constituição a situações que não estejam claramente em seu âmbito de incidência; utilização de critérios rígidos para que se viabilize a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e ainda, abstenção de interferência na definição de políticas públicas a serem aplicadas no território nacional. Pode-

se verificar, ainda, que essa situação de autocontenção era a forma prevalente no Judiciário brasileiro antes do advento da Constituição de 1988.

IV - DA ALEGADA INGERÊNCIA INDEVIDA DO PODER JUDICIÁRIO

Não obstante a crescente tendência à judicialização e ao ativismo judicial, existem algumas críticas formuladas à utilização de tais postulados, sobretudo ao ativismo judicial no Brasil, e que merecem breves considerações.

Tais críticas concentram-se, basicamente, nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Entendem os críticos da judicialização e do ativismo que o Supremo Tribunal Federal não é um órgão eletivo, havendo, por isso, um déficit de legitimidade democrática para sobrepôr suas decisões àquelas provenientes do Presidente da República, por exemplo, o qual é eleito, e age respaldado pela decisão popular; ou ainda do Congresso, que também é integrado em sua totalidade por representantes do povo.

É possível afastar essa alegação ao verificar-se que a própria Constituição da República Brasileira confere ao Judiciário tal atuação, na medida em que a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de seu poder político a fim de que tenha seu exercício efetivado por agentes públicos, os quais não necessariamente foram submetidos à via eleitoral, sendo tal atuação respaldada, eminentemente, em sua natureza técnica e imparcial. O órgão responsável por tal atuação no âmbito do Judiciário é representado pelo Supremo Tribunal Federal.

No tocante à politização do Judiciário, tal argumento não merece prosperar, tendo em vista que, independente de como se dê a atuação de tal poder, este será sempre politizado, tendo em vista que o Direito, por si só, e enquanto ciência, apresenta-se como sendo político.

O Direito é político porque sua criação decorre da vontade da maioria, a qual estabelece as vertentes a serem seguidas como norte na Constituição e nas demais leis, além do que sua aplicação jamais ocorre dissociada da realidade social, ou alheia à repercussão social das decisões proferidas nesse âmbito. E, além disso, o juiz não é um ser inconsciente e desprovido de ideologias, e as experiências e valores pertencentes aos magistrados têm o condão de influir politicamente em suas decisões.

E, afasta-se o fundamento de limitação institucional do Judiciário, ao se perceber que a extrapolação desses limites, em verdade, ao invés de configurar uma afronta ao princípio da separação dos poderes, se for bem exercida, constitui mais uma garantia para a democracia do que um risco.

O STF entende que o princípio da separação dos poderes foi concebido de modo a garantir e efetivar os direitos fundamentais. Desse modo, ele não poderia ser utilizado como obstáculo à realização dos direitos sociais, sob pena de se gerar distorção do princípio.

Entende, ainda, que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue com o intuito de controlar a atividade administrativa. Assim, deve-se interpretar o princípio da separação dos poderes corretamente, o que significa dizer que a sua utilização está adstrita à atuação da Administração dentro de seus limites. Logo, quando a Administração age sem respeitar os limites de sua competência ou age sem sentido, o referido princípio deve ser afastado, e a atuação administrativa, controlada.

Em suma, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso, sim, violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a

interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento apto a restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

V - DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O Direito ao Mínimo Existencial não possui expressa previsão constitucional, uma vez que a Constituição de 1988 limita-se a trazê-lo de forma implícita, inserto nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sem, contudo, expressá-lo em cláusula genérica e aberta.

Entendem alguns estudiosos, como, por exemplo, Ricardo Lobo Torres, que o mínimo existencial poderia ser extraído da determinação constitucional de erradicação de pobreza e marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais constantes do art. 3º, III da CRFB.

Cabe ressaltar que estão inseridas no quadro de positivação referente ao mínimo existencial as emendas constitucionais promulgadas a partir de 1996, especificamente as emendas 14/96, 29/2000, 31/2000, 41/2000, 45/2003 e 53/2007, uma vez que elas são responsáveis por determinar a vinculação de receitas públicas às despesas com educação, saúde, pobreza, entre outros.

Uma outra fonte normativa bastante relevante para o tema, tendo em vista ser nessa esfera que o direito ao mínimo existencial tem aparecido com maior relevância e frequência, são as declarações internacionais dos direitos humanos.

O mínimo existencial traduziria a idéia de que existe um núcleo essencial nos direitos fundamentais que não pode deixar de ser resguardado. Sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.

Sua proteção teria escora na necessidade latente do ser humano de efetivar o exercício da liberdade, e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Já no tocante a sua extensão, entende-se que tal princípio carece de conteúdo específico, tendo por abrangência qualquer direito, ainda que não seja este disposto no rol dos direitos fundamentais, desde que ao ser considerado como tal possa se verificar a essencialidade, a inalienabilidade e a correlação com a existência básica do ser humano.

O entendimento é de que o mínimo existencial está, assim como os direitos fundamentais existentes em nosso ordenamento jurídico, disposto em posição central, mas com capacidade de irradiação para esferas diversas. Sendo assim, poder-se-ia verificar a incidência de tais direitos em todos os ramos do Direito, e nos subsistemas jurídicos, como, por exemplo, no Direito Tributário, Previdenciário, Civil, Internacional. Contudo, só os direitos relativos à pessoa humana é que compõem o mínimo existencial, sendo assim, ficam de fora desse âmbito os direitos das empresas ou das pessoas jurídicas em geral.

A Teoria do Mínimo Existencial apresenta como suas características mais relevantes normatividade, interpretatividade, dogmática e vinculação à moral.

Ela é normativa, uma vez que sua preocupação não está relacionada com teorias filosóficas ou explicações de fenômenos sociais, e sim com a concretude de validade e eficácia do mínimo existencial.

Será interpretativa, por possibilitar a projeção das consequências de determinadas condutas sobre a forma como devem ser interpretados os direitos fundamentais protegidos atualmente.

A dogmática se expressa na necessidade que tem tal teoria em manter a conservação de seu cerne próximo das fontes normativas. Seu interesse precípua será o de estabelecer a concretude dos direitos fundamentais, pautada nas fontes normativas presentes em nosso ordenamento jurídico.

E, por fim, a vinculação à moral extrai-se da própria ligação que os direitos sociais possuem tanto com os princípios quanto com os direitos morais, uma vez que é com base em tal escopo que se pode determinar a ocorrência dos direitos minimamente essenciais ao ser humano.

O entendimento doutrinário é de que os direitos mínimos não são necessariamente transpostos ao mínimo existencial, sendo necessário que se visualize em seu cerne o direito a uma situação de existência digna. Deve-se ter sempre em mente que a necessidade de existência, bem como a dignidade da pessoa humana, jamais podem ser reduzidas a um patamar abaixo desse mínimo, devendo esse patamar ser respeitado, qualquer que seja a forma de inserção do sujeito de direitos na sociedade. Tanto os cidadãos comuns, quanto os doentes mentais, prisioneiros e indigentes devem ter a sua parcela de mínimo existencial respeitadas.

Deve ser analisado ainda o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no tocante ao tema e, nesse particular, deve-se ressaltar que esse Tribunal não tem dispensado grandes atenções ao assunto, tendo se manifestado acerca dele apenas incidentalmente. Contudo, ao se sopesar os fundamentos empregados em suas decisões, é possível perceber que o STF apresenta bastante resistência na aplicação do mínimo existencial, em geral optando por se pautar em fundamentações alongadas o suficiente para retirar grande parte da importância acerca do mínimo existencial da decisão final proferida.

Todo princípio tem seu núcleo e com o princípio da dignidade da pessoa humana não poderia ser diferente, só que o seu núcleo possui uma particularidade, pois é ele que vai estabelecer também o conceito de mínimo existencial.

Segundo a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, o núcleo da dignidade da pessoa humana seria a saúde, renda mínima e educação, mas esta última para eles compreenderia apenas o ensino fundamental, enquanto que outros estudiosos expandem tal abrangência até o ensino médio.

Devemos entender o núcleo da dignidade humana como aqueles direitos além dos já mencionados, que permitam uma melhor qualidade de vida ao cidadão, como por exemplo, cultura, lazer, esporte, mas sem nos afastarmos da realidade de que, mesmo que se busque dar a máxima efetividade ao mínimo existencial, não podemos utopicamente entender que o que está na Constituição deve ser cumprido à risca, por constituir um positivismo ingênuo, uma vez que a atuação do Estado fica limitada a sua dotação orçamentária, devendo ser apenas exigido que o dinheiro existente seja corretamente empregado, mas não se podendo ordenar que uma dotação inexistente ou insuficiente seja empregada.

VI - DAS LIMITAÇÕES FINANCEIRAS

Outro ponto que frequentemente ecoa no discurso daqueles que visualizam um impeditivo na atuação do judiciário como forma de controle das políticas públicas diz respeito à limitação financeira que paira sobre o Estado.

Costuma-se afirmar que os recursos financeiros são insuficientes para custear todas as obrigações impostas ao Estado pela Constituição e demais normas infraconstitucionais, e que por conta disso, o Judiciário não teria condições técnicas para determinar as formas de alocação dos recursos pertencentes ao Estado, uma vez que não teria como determinar por mera suposição a existência de recurso financeiro em caixa suficiente para arcar com o dispêndio estipulado.

A limitação teria como respaldo a teoria da reserva do possível, a qual foi importada do Direito alemão, e seu cerne está impresso na premissa de que os recursos são finitos, mas em contrapartida os interesses que precisam ser supridos são de caráter ilimitado, gerando a impossibilidade de atender a todos os direitos e tornando necessária a estipulação de direitos exigíveis prioritariamente.

Tal teoria foi construída na Alemanha com o escopo de que o indivíduo só teria legitimidade para requerer perante o Estado os direitos sociais prestacionais que estivessem insertos nos limites do razoável, isto é, somente pode ser pleiteado em juízo aquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar do Estado e que pode ser alcançado de acordo com a sua dotação orçamentária.

Contudo, o problema de se importar um preceito do direito comparado é que, na grande maioria dos casos, ele não está coadunado às realidades sociológicas e jurídicas do país que o importou. E no caso específico da Teoria da Reserva do Possível, vê-se que a Alemanha possui todos os seus direitos de 1ª geração efetivados de forma básica, tendo a população amplo acesso aos serviços públicos básicos.

Por esse motivo, é que o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a compreensão do princípio da reserva do possível, conforme formulado pela jurisprudência germânica.

E da simples explanação da teoria de acordo com a sua intenção inicial, é que se pode perceber que ela é totalmente incompatível com a realidade brasileira, já que aqui ainda não se tem a consolidação dos direitos básicos, o que afastaria por si só, a possibilidade de que um pleito desejoso de fomentar uma existência minimamente decente seja encarado como sendo irracional ou despropositado.

Desta feita, a fim de se garantir que seja alcançado e protegido o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é um dos principais corolários da legislação pátria é preciso entender o princípio da reserva do possível como sendo de aplicação limitada, não podendo se sobrepor de forma absoluta a qualquer dos princípios pertencentes ao núcleo dos princípios referentes ao mínimo existencial.

Se não for possível efetivar o cumprimento de tudo aquilo que for considerado relevante para a sociedade, sob o fundamento de ausência de recursos suficientes para suprir todas as atribuições impostas pela Constituição Federal, fato é que o mínimo existencial deve ser atingido, só passando a se permitir o investimento de recursos públicos em outros projetos, se esse núcleo de direitos tiver seu pleno alcance efetivado, e somente depois se ter sido atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

Sendo assim, a única hipótese viável para que o Estado pudesse se negar a efetivar a prestação de um direito considerado como pertencente ao mínimo existencial seria no caso de estar configurada objetivamente a incapacidade econômico-financeira do respectivo ente estatal, pois, em qualquer outra hipótese, o Judiciário estará autorizado a determinar a inclusão de tais políticas públicas nos planos orçamentários do ente político.

E apenas a título de compatibilização entre a atuação jurisdicional e a realização coercitiva das políticas públicas, poderia o juiz, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, assinalar ao Poder Público um prazo razoável para o cumprimento da obrigação constitucional, sem que ficassem afetados os programas governamentais traçados nas leis orçamentárias.

A atuação do Judiciário estaria respaldada, portanto, em prévia adequação do cumprimento de obrigações constitucionais às disponibilidades orçamentárias, com base em ampla prova técnica, resguardando o equilíbrio das finanças públicas sem descuidar da implementação dos direitos sociais. Desse modo, o problema orçamentário e os limites da reserva do possível podem ser resolvidos por um ativismo judicial cauteloso, responsável e comprometido com a guarda da Constituição.

Há ainda como argumento contrário ao controle de políticas públicas, a alegação de que é de competência do Poder Legislativo a destinação dos recursos públicos, mediante a aprovação das leis orçamentárias. Insustentável tal argumentação, primeiramente, porque o

Legislativo não dispõe de competência absoluta para a destinação das verbas orçamentárias; depois, porque o Legislativo está vinculado aos mandamentos constitucionais, sendo que a ausência de políticas públicas voltadas ao implemento de direitos fundamentais positivos exige o controle jurisdicional, até para resguardar o caráter normativo e vinculante da Constituição.

CONCLUSÃO

O estudo da atuação do Judiciário no tocante às políticas públicas tem como norte a consolidação dos preceitos constitucionais, tornando possível que direitos e conceitos existentes no papel sejam trazidos para a realidade, de modo a dignificar e a implantar melhores condições de vida aos cidadãos.

Toda a temática desenvolvida gravita no entorno de uma teoria da Constituição capaz de se sobrepor a conjunturas político-econômicas e de refundar uma ordem constitucional pautada na supremacia da Constituição, na força normativa e vinculante dos direitos fundamentais e na consolidação do Estado como instrumento de efetivação das normas constitucionais.

Nesse contexto, mostra-se crucial o papel do Poder Judiciário, enquanto guardião da ordem constitucional. O ordenamento constitucional exige um Poder Judiciário atuante em conformidade com a ‘vontade da Constituição’, que seja consciente de seu mister na efetivação das normas constitucionais, e que não se furte a decidir acerca da adequação das ações governamentais para o implemento dos direitos fundamentais.

Mostra-se inafastável, portanto, o controle judicial das políticas públicas, sendo que este, muito mais do que um poder, representa um dever inarredável do Poder Judiciário, a quem compete fazer valer a vontade constitucional.

Tal controle não afronta o princípio da separação de poderes, senão o fortalece e nele se justifica, porquanto a separação de poderes deve ser entendida como uma divisão de funções necessária a uma melhor satisfação dos ditames constitucionais.

E ainda que as questões orçamentárias e a reserva do possível representem graves problemas na implementação de políticas públicas conforme ficou demonstrado, tais entraves não se apresentam como dogmas absolutos, tendo sua relativização possível através atuação do Judiciário, uma vez que os argumentos utilizados para a manutenção da reserva do possível e das divisões orçamentárias curvam-se ante a dignidade da pessoa humana, bem como diante da necessidade de implementação efetiva dos direitos de 1ª geração.

Constata-se, portanto, que, para a consolidação dos direitos fundamentais de liberdade e implementação dos direitos fundamentais sociais, urge a consolidação de um ativismo judicial responsável e consciente do lugar de destaque que o Poder Judiciário ocupa no Estado constitucional. A existência de um Judiciário forte e independente, capaz de garantir a supremacia da Constituição, ainda que em tempos de conjunturas político-econômicas desfavoráveis é capaz de atender a esses anseios, utilizando como ferramenta de solidificação o controle jurisdicional de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acessado em 02 dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acessado em 07 dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf. Acessado em 02 dez. 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>. Acessado em 04 dez. 2009.

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

FILHO, José Celso de Mello. *Diário da Justiça da União*. MS 23.452/RJ. 12 de maio de 2000. STF

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

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