



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Controle Judicial de Políticas Públicas com Vistas à Efetivação dos Direitos Sociais.

Meline Magalhães de Mendonça Siqueira Sales

Rio de Janeiro  
2014

MELINE MAGALHÃES DE MENDONÇA SIQUEIRA SALES

**Controle Judicial de Políticas Públicas com Vistas à Efetivação dos Direitos Sociais.**

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.

Professora Orientadora:

Lilian Dias Coelho Guerra

Rio de Janeiro  
2014

## CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COM VISTAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.

Meline Magalhães de Mendonça Siqueira Sales.

Graduada pela Universidade Gama Filho.  
Advogada.

**Resumo:** O presente artigo visa a destacar a importância do controle judicial de políticas públicas a fim de possibilitar a efetivação de direitos sociais à sociedade, tendo em vista as inúmeras arbitrariedades dos legisladores e administradores da máquina pública. A partir da constitucionalização dos direitos sociais e da evolução da Constituição Brasileira, ao adquirir força normativa verticalizando sua aplicação para os demais ramos do direito e consequentemente modificando os paradigmas no âmbito do direito administrativo, o controle judicial de políticas públicas adquiriu legitimidade e destaque no cenário jurídico. Imperioso destacar a relevância do ativismo judicial perante judicialização das políticas públicas, fato este que possibilitou a efetivação dos preceitos constitucionais e a concretização dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988, afastando as arbitrariedades exercidas pelos legisladores e administradores públicos, exaltando os princípios e valores contidos na Lei Maior. O âmago do estudo é demonstrar a possibilidade do controle judicial de políticas públicas e a importância de tal análise pelo Poder Judiciário à luz do neoconstitucionalismo, do controle do mérito administrativo através do princípio da juridicidade, da teoria da separação dos poderes e do conceito de democracia substancial.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo. Políticas Públicas. Controle Judicial. Democracia. Separação dos Poderes. Direitos Sociais.

**Sumário:** Introdução. 1. A Constitucionalização dos Direitos Sociais. 2. Possibilidade do Controle de Políticas Públicas. 3. O Papel do Poder Judiciário ante a Judicialização de Políticas Públicas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO:

O trabalho apresentado aborda o tema do controle judicial de políticas públicas com vistas à efetivação dos direitos sociais. Um dos principais objetivos do presente estudo é demonstrar a possibilidade do controle judicial das políticas públicas pelo Poder Judiciário,

baseada na importância do neoconstitucionalismo, visando à efetivação de direitos sociais frente à omissão do Estado ou ainda sua ação inadequada.

Para tanto será realizada análise da constitucionalização dos direitos fundamentais, da imperatividade do Estado Democrático de Direito, como também da releitura contemporânea do princípio da separação dos poderes e da concepção de democracia, a fim de demonstrar a inexistência de óbice ao controle judicial de políticas públicas e fundamentar o ativismo judicial.

A constitucionalização dos direitos sociais e a evolução constitucional, consubstanciada no reconhecimento da força normativa da Constituição e na verticalização de sua aplicação, bem como a adoção do princípio da juridicidade como cerne da vinculação administrativa, este incidindo até mesmo no conteúdo dos atos administrativos, amplia e legitima o controle das políticas públicas pelo Judiciário.

Ademais, o papel do Poder Judiciário ante a judicialização de políticas públicas, exercido através das decisões judiciais que abordam tal temática, encontra guarida na modernização do conceito de democracia. Atualmente este conceito não se restringe à democracia formal tradicionalmente ligada à representatividade política, alargando-se ao sentido substancial que amplia a participação da sociedade nas escolhas políticas, cabendo ao Poder Judiciário o controle de ações e omissões estatais que afrontam os princípios constitucionais.

É imperioso destacar a relevância social do presente assunto e a sua contemporaneidade alicerçada na crescente judicialização da matéria, assim como diante das recentes manifestações populares ocorridas no ano de 2013 reivindicando a melhoria das políticas públicas e de sua execução, evidenciando o desagrado da sociedade brasileira perante os atos político-administrativos tomados pelos demais poderes.

Em razão do brevemente apresentado, o presente artigo buscará analisar a problemática da efetivação dos direitos sociais; a elevação da força normativa constitucional e sua importância no cenário do direito administrativo; a possibilidade e legitimidade da atuação judicial no controle das políticas públicas, com o intuito de afastar as inúmeras arbitrariedades dos legisladores e administradores da máquina pública, consagrando os princípios constitucionais, os direitos sociais e os direitos fundamentais como um todo.

## **1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

O escopo desta breve introdução é asseverar a natureza dos direitos sociais, seu caráter normativo em razão de sua inserção na Constituição Federal, além de sua exigibilidade e controle à luz do neoconstitucionalismo.

### **1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAÇÃO BREVE**

O marco histórico dos direitos sociais teve seu apogeu no século XIX com a Revolução Industrial Europeia que serviu de cenário para o surgimento desses direitos, devido à organização dos trabalhadores em movimentos operários a fim de reivindicar melhorias trabalhistas e normas de assistência social face às péssimas condições de trabalho oferecidas.

Surgiu assim uma nova geração de direitos fundamentais, estando os direitos sociais incluídos nesta segunda dimensão. Esses direitos possuem como cerne prestação positiva a ser implementada pelo Estado efetivando a ideia de isonomia, garantindo condições mínimas e dignas de vida a todos os integrantes da sociedade. Constituem condições imprescindíveis para o efetivo exercício de qualquer outro direito fundamental, porquanto estabelecem

pressupostos indispensáveis para a integralidade do exercício de outros direitos e possibilitam ainda a criação de condições para a obtenção da igualdade material.

Em relação à essência dos direitos sociais Fábio Konder Comparato<sup>1</sup> assevera:

Sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, constatou-se que para o adequado exercício dos direitos civis e políticos mostrava-se necessário que aos indivíduos fossem asseguradas condições mínimas de vida e bem-estar. Chegou-se à conclusão de que os direitos fundamentais de primeira e segunda gerações formam um conjunto uno e indissociável, constatando-se que a liberdade individual afigura-se como mera ilusão caso não seja acompanhada de um mínimo de igualdade social, sendo que esta, caso seja estabelecida com sacrifício dos direitos civis e políticos, acaba acarretando privilégios econômicos e sociais.

Os direitos sociais se consolidaram no início do século XX através de sua positivação, sendo esta a forma adotada para auferir força e permitir a sua exigibilidade perante o ente estatal. As primeiras constituições a definir os direitos sociais foram a Carta Mexicana de 1917 e a de Carta de Weimar de 1919 na Alemanha, que são considerados verdadeiros marcos na positivação destes direitos devido à evolução no campo dos direitos fundamentais.

Internacionalmente, os direitos sociais foram primeiramente positivados no Tratado de Versalhes, em 1919, que criou a Organização Internacional do Trabalho com a convicção de que a paz universal e permanente somente poderia se basear na justiça social, estando a referida organização responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho. Posteriormente, foram previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, corroborando, para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Através de sua evolução histórica, os direitos sociais ampliaram-se, deixando de visar apenas à proteção de determinados grupos para atingir a coletividade como um todo, universalizando-se.

---

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 337.

No Brasil, apesar de haver algumas previsões nos textos legislativos anteriores, somente na Constituição de 1934 foi reconhecido e implantado o Estado Social, passando os direitos sociais a serem previstos pelas constituições seguintes.

Todavia, somente com a Carta Magna de 1988 e a reconstitucionalização do país os direitos sociais foram aclamados, desdobrando assim a real perspectiva de um Estado Social de Direito, sendo previstos em capítulo específico a partir do Art. 6º.

Nesse sentido, Meireles<sup>2</sup> dispõe:

A garantia dos direitos sociais, hoje, representa condição necessária para que se possibilite o efetivo gozo dos direitos de liberdade civis e políticos clássicos. Sem aqueles, estes restam esvaziados de conteúdo e não passam e não passam de meras promessas inscritas em um papel ao qual, inclusive, nem todos têm acesso.

Deste modo, resta clara a fundamentalidade dos direitos sociais, não só por sua qualificação mediante expressa previsão no título I da Lei Maior que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, assim como pela sua qualificação material, vez que tais normas possuem como núcleo a dignidade da pessoa humana e outros princípios constitucionais.

## **1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO, FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E SUA APLICAÇÃO VERTICALIZADA**

O neoconstitucionalismo, também conhecido como pós-positivismo, teve como fonte geradora o constitucionalismo do pós-guerra na Europa continental e o processo de redemocratização advindo de um longo período ditatorial no Brasil, tendo como protagonista a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A despeito deste momento histórico no Brasil, Daniel Sarmiento<sup>3</sup> destaca:

---

<sup>2</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa Meireles. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: JusPodivm, 2008, pg. 93.

O primeiro momento vem logo após a promulgação da Constituição de 88. Alguns autores, como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, passam a advogar a tese de que a Constituição, sendo norma jurídica, deveria ser rotineiramente aplicada pelos juizes, o que até então não ocorria. O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloqüentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.

O novo direito constitucional trata-se de um conjunto de transformações em sua essência, com supedâneo no reconhecimento da força normativa da constituição; na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação, culminando na verticalização constitucional do direito abarcando todos os ramos da ciência jurídica e sua aplicação direta às relações jurídicas.

O ilustre jurista Luís Roberto Barroso<sup>4</sup> resume brilhantemente as vertentes da questão:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

---

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 out. 2013.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 14 out. 2013.

Há que se destacar a elevação da Constituição Federal a status de norma hierárquica superior, sendo reconhecida sua força normativa e o seu caráter vinculativo e obrigatório, estando ainda munida de coercitividade e coercibilidade.

O neoconstitucionalismo ainda conferiu supremacia material à Constituição fundamentada em seu conteúdo axiológico; assim elevando os princípios à norma jurídica, promovendo os direitos e garantias fundamentais e buscando a efetivação destes.

Sobre a natureza valorativa da Constituição Daniel Sarmiento<sup>5</sup> assevera:

Ademais, ela hospedou em seu texto inúmeros princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação. Estas características favoreceram o processo de constitucionalização do Direito, que envolve não só a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais – a chamada filtragem constitucional do Direito.

Tais modificações no ordenamento jurídico suscitaram uma nova perspectiva sobre o ordenamento jurídico, como estampa Luís Roberto Barroso<sup>6</sup> em sua obra:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Em razão da força normativa da Lei Maior e da verticalização da aplicação de seus ditames, realizou-se uma releitura de paradigmas tradicionais do direito administrativo. Tal fato modificou a relação existente entre a Administração Pública e seus administrados, impondo deveres positivos e negativos a ambos; além de remodelar a dogmática administrativista consubstanciada no princípio da juridicidade.

---

<sup>5</sup> SARMENTO, op. cit. Acesso em: 17 out. 2013.

<sup>6</sup> BARROSO, op. cit. Acesso em: 17 out. 2013.

Desta forma, a ascensão da constituição brasileira a status de norma mestra e o conceito moderno da hermenêutica jurídica, não mais com base no princípio da estrita legalidade e sim em coerência com todo o ordenamento jurídico vigente, privilegia a aplicação dos princípios constitucionais como normas de maior hierarquia, modelando a aplicação e interpretação das normas jurídicas.

## **2. POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Considerando a fundamentalidade dos direitos sociais, a efetivação dos preceitos constitucionais sob a ótica de sua imperatividade e os novos paradigmas administrativistas, analisar-se-á a possibilidade do controle de políticas públicas e a legitimidade de tal medida.

### **2.1 VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE E O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.**

Diante da nova interpretação constitucional, o Direito Administrativo afasta o princípio da estrita legalidade como norma diretriz, adotando a sujeição ao princípio da juridicidade, na qual a Administração Pública deverá interpretar e atuar conforme disposto no ordenamento jurídico como um todo, englobando assim as normas e princípios. Assim ensina Canotilho<sup>7</sup>, “a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da constituição”.

É de sabença que o controle externo dos atos administrativos é função típica do Poder Judiciário, sendo pacífico o entendimento quanto à possibilidade de controle dos atos administrativos vinculados ou ainda dos requisitos formais dos atos em geral.

Por muito tempo a doutrina e a jurisprudência não admitiam o controle do mérito administrativo, uma vez que defendiam que a inatingibilidade do poder discricionário

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002, pg. 836.

refletido nos critérios de conveniência e oportunidade da Administração, desde que eivados de legalidade; vedando a apreciação pelo Poder Judiciário do mérito administrativo, sob pena de violação a independência dos poderes, como podemos observar através de julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>:

É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência e de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado.

Contudo, em vista à nova hermenêutica, a dicotomia clássica entre atos administrativos vinculados e discricionários passa a ser ultrapassada em virtude do prisma de graduação da vinculação à juridicidade.

Na visão moderna é indiscutível a possibilidade de controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, tendo em vista sua função constitucional como guardião da Constituição, sendo os últimos intérpretes desta e o princípio da inafastabilidade. Cabendo acrescentar ainda seu poder-dever de examinar a discricionariedade sob o olhar dos princípios constitucionais, instituídos principalmente no Art. 37 da CRFB/88<sup>9</sup>, quais sejam: princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No tocante à vinculação do mérito administrativo, Eduardo Appio<sup>10</sup> preceitua:

Muito embora os atos administrativos discricionários permitam o exercício de um ato de vontade, deixando ao agente a possibilidade de optar, validamente, por um dentre as múltiplas opções existentes, existe uma vinculação finalística aos valores e princípios constitucionais, com especial ênfase aos contidos no art. 37, *caput*, da CF/88.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS nº. 1288/91 – SP. Relator Cesar Asfor Rocha. DJ em 02/05/1994.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2013.

<sup>10</sup> Appio, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2012, pg. 112.

A validade da ação administrativa nos atos discricionários deixa de possuir um único vetor, a estrita legalidade, para alcançar tanto os aspectos formais vinculados à lei, já disciplinados no enfoque tradicional, quanto à dimensão substancial de conteúdo dos atos administrativos.

Coadunando com a possibilidade de controle do mérito administrativo através do princípio da juridicidade pontua Gustavo Binembojm<sup>11</sup>:

(iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade.

O controle do ato administrativo no que tange às políticas públicas destina-se a rechaçar a utilização indevida das políticas públicas pelos gestores da máquina estatal, os abusos de poder e a proclamação de interesses particulares, sob o argumento da conveniência e oportunidade, resguardando o interesse público da coletividade.

Isto posto, resta demonstrado o processo de mutação dos parâmetros sobre o controle do mérito administrativo, haja vista a essência principiológica inculcada no sistema do Direito Administrativo Brasileiro tomando por base o princípio da juridicidade como método de interpretação e análise dos atos administrativos, buscando assim afastar as políticas públicas meramente eleitoreiras e demagogas, por não serem constitucionalmente eficazes.

---

<sup>11</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 24 out. 2013.

## 2.2 AUSÊNCIA DE AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES.

O controle judicial de políticas públicas nem sempre foi difundido pela doutrina e pela jurisprudência pátria como atualmente. O princípio da separação dos poderes em conjunto com a legitimação democrática era o principal óbice ao controle pelo Poder Judiciário e conseqüentemente fundamento de validade sustentado pelos críticos conservadores desta possibilidade.

No entanto, o conceito engessado sobre a ideia da separação de poderes também progrediu em sintonia com a imperatividade dos comandos referentes aos direitos fundamentais decorrente do neoconstitucionalismo.

Abordando sobre a função típica do Poder Judiciário, Andreas Krell frisa que “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a força de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde sua atualidade”<sup>12</sup>.

Insta salientar que não há qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que esse deve ser analisado sob a égide da norma constitucional, sendo papel do Judiciário intervir nos demais poderes ao passo que a Carta Magna atribui o controle de uns sobre os outros, bem como concluiu a eminente ministra Eliana Calmon<sup>13</sup>:

[...] O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado. Como cediço, a separação das funções estatais, prevista, inicialmente, por Rousseau e aprimorada por Montesquieu, desde que se concebeu o sistema de freios e contrapesos, no Estado Democrático de Direito, tem se entendido como uma operação dinâmica e concertada. Explico: As funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que,

---

<sup>12</sup> KRELL, Andreas. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 90.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 429570/GO. Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.&processo=429570&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.&processo=429570&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 30 out. 2013.

de fato, é uno, funcione em permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio. Assim, quando o Judiciário exerce o controle "a posteriori" de determinado ato administrativo não se pode olvidar que é o Estado controlando o próprio Estado. Não se pode, ao menos, alegar que a competência jurisdicional de controle dos atos administrativos incide, tão somente, sobre a legalidade, ou melhor, sobre a conformidade destes com a lei, pois, como se sabe, discricionariedade não é liberdade plena, mas, sim, liberdade de ação para a Administração Pública, dentro dos limites previstos em lei, pelo legislador. E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação." (art. 13, § 2º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e art. 2º, VII, Lei nº 9.784/99).

Ainda não há afronta ao princípio em comento em vista da legitimidade do controle judicial com fundamento na democracia substancial, não sendo mais a democracia representativa exclusivo mecanismo para a participação da sociedade no seio político.

Não podemos deixar de relatar a crise atual da democracia representativa em que a sociedade brasileira se encontra, implicando assim no rompimento entre a sociedade e seus representantes em consequência à adoção de medidas opostas às apresentadas no processo eleitoral, que não refletem a soberania popular ou se subjugam a axiologia constitucional.

Perante a falta de credibilidade do Poder Legislativo e Executivo, a sociedade passou a exercer um maior controle sobre as políticas públicas, apoiado no conceito substancial de democracia em que a população participa ativamente da vida política do país, consagrando assim o Estado Democrático de Direito.

A legitimidade democrática do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário ainda se afigura na medida em que tal ato amplia o acesso às instâncias do poder aos grupos minoritários, sendo tal acesso em condições de igualdade a toda a sociedade, devido ao princípio da inafastabilidade consubstanciado no rol de direitos e garantias fundamentais da Lei Maior.

Acerca da legitimidade democrática Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>14</sup> ensina:

---

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos Sobre o Controle Judicial de Políticas Públicas. In: Congresso do Instituto Mineiro de Direito Administrativo, V, 2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

Essa revisão produziu uma profunda mudança na concepção do que se deveria entender como realmente democrático, como se depreende de quatro argumentos: (1º) uma simples vontade da maioria não ilide os direitos das minorias (argumento contramajoritário); (2º) a presunção de legitimidade originária, que deriva tão somente da forma de investidura, cede ante a evidência da ilegitimidade no desempenho e na destinação do poder (argumento legitimatório); (3º) a manifestação de vontade estatal, ainda que democraticamente recolhida, se subordina a uma axiologia constitucional (argumento da constitucionalidade) e, ainda, (4º) a mera representação política do cidadão, nos legislativos e nos executivos, não mais comunica suficientemente a sua vontade, tão livre, específica e perfeitamente como tem condições de fazê-lo a sua participação direta ou semidireta nos processos decisórios (argumento da ação comunicativa).

Ainda, corroborando com a possibilidade do controle judicial de políticas públicas,

Daniel Sarmento<sup>15</sup> afasta as motivações elencadas pelos críticos e realça sua legitimidade:

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.

Por fim, não há o que se falar em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, já que o mesmo deve ser interpretado sob a ótica neoconstitucionalista, buscando a máxima efetivação das disposições constitucionais, em destaque, os direitos sociais. Além de estar amplamente legitimado pela democracia substancial, na qual a sociedade diligencia de forma atuante no cenário político, endossando o Estado Democrático de Direito instaurado pela Carta Cidadã.

---

<sup>15</sup> SARMENTO, op. cit. Acesso em: 20 nov. 2013.

### **3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO ANTE A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.**

A promulgação da Constituição Federal de 1988 deu um papel de destaque ao Poder Judiciário no momento em que lhe outorgou o dever de guarda dos seus conteúdos, devendo assim ser interpretada em sua máxima efetividade, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Nessa esteira, a Carta Magna ainda garantiu a apreciação da lesão e ameaça ao direito pelos órgãos judicantes, assegurando a integridade dos inúmeros novos direitos e ações criadas, fato este que ampliou o acesso à justiça.

Coadunando com a judicialização das políticas públicas após a promulgação da Lei Maior, Luis Roberto Barroso<sup>16</sup> dispõe:

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A redemocratização e as garantias constitucionais ascenderam o sentimento de cidadania e a busca pela proteção judicial a fim de resguardar os direitos elencados na Carta Cidadã, conseqüentemente aumentando a demanda judicial.

Consoante a função instituída pela Constituição Democrática, o Poder Judiciário passou a evitar e controlar o arbítrio estatal, sua ineficiência e omissão, sobretudo no tocante aos direitos sociais.

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 23. nov. 2013.

A democracia representativa atravessa um momento de crise em consequência da ausência de confiança da sociedade em seus representantes, que se utilizam do mandato que lhe fora outorgado para agirem em interesse próprio ou de seu grupo político de forma avessa aos ditames constitucionais e ao interesse público.

Diante da ineficiência e omissão do gestor público, só resta aos cidadãos o socorro do Poder Judiciário para que assim os direitos sociais previstos no bojo da Constituição Brasileira venham a ser garantidos e efetivados, ratificando a supremacia dos direitos fundamentais e a dogmática constitucional.

Neste sentido o nobre Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso<sup>17</sup> ressalta que “o constitucionalismo democrático é a utopia que nos restou. Uma fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, ainda quando não estejam ao alcance dos olhos”.

O papel do Judiciário ante a judicialização de políticas públicas é fundamental e de extrema importância; pois consagra o ideal humanista existente na essência da Carta Magna, exercendo sua função típica de guardião da constituição e dos princípios a ela inerentes, busca dar efetividade aos direitos sociais e proteger a sociedade do abuso estatal consubstanciado na ineficiência, omissão e até mesmo corrupção do gestor.

Outrossim, cabe ainda aos juízes e tribunais brasileiros a concretização e manutenção da paz social, transformando a realidade social ao proporcionar igualdade entre as pessoas pertencentes às diversas classes sociais e propiciar implementação do princípio da dignidade humana.

Destarte, o ativismo judicial ante a judicialização das políticas públicas é essencial para a concretização dos direitos sociais, bem como para a transformação da realidade social brasileira em virtude da omissão e ineficácia dos demais poderes em efetivar os mandamentos e diretrizes constitucionais.

---

<sup>17</sup> Id. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008, p. 400.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, no presente estudo, ficou demonstrado a possibilidade e importância do controle judicial de políticas públicas pelo Poder Judiciário, tendo em vista a constitucionalização dos direitos sociais, a imperatividade normativa da Constituição e sua aplicação verticalizada alcançando o direito administrativo o que conseqüentemente causou alterações em seus paradigmas, principalmente quanto à possibilidade do controle sobre a ação administrativa com foco nas políticas públicas adentrando o mérito administrativo e o controle da discricionariedade sob uma axiologia constitucional baseada no princípio da juridicidade.

Ademais, foi atestada também a possibilidade do controle judicial das políticas públicas à luz do Estado Democrático de Direito e da democracia substancial, afastando a ideia conservadora de que a única forma de participação da sociedade no meio político se daria pela representação e do conceito clássico de separação dos poderes.

Por tais razões, o tema abordado é de extrema relevância, tornando-se assunto central e fomentando-se no cenário jurídico recentemente face à inoperância e ineficiência do Administrador Público em implementar políticas públicas, que visem a resguardar e efetivar os direitos sociais consagrados pela Constituição Federal. A discussão ainda possui grande relevância social diante das manifestações populares, ocorridas no ano de 2013, reivindicando dos agentes políticos uma prestação de políticas públicas mais efetivas e qualitativas, demonstrando assim a insatisfação da sociedade brasileira, bem como a necessidade do controle judicial.

## REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor, e VALLE, Vanice Regina Lírio do. “A concretização do direito fundamental à saúde: passos orientados pela audiência pública nº 4 no Supremo Tribunal Federal”, in DUTRA Felipe, e PINHEIRO, Roseni (orgs.), *Direito Sanitário*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 597-614.

ALVES, Fernando de Brito. *Cidadania e direitos sociais*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7627/cidadania-e-direitos-sociais>>. Acesso em 18 de agosto de 2013.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008, p. 400.

BARROSO, Luis Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (orgs.), *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitono/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitono/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

BONAVIDES, Paulo. Os poderes desarmados: à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História: figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 429570/GO. Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.&processo=429570&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.&processo=429570&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS nº. 1288/91 – SP. Relator Cesar Asfor Rocha. DJ em 02/05/1994.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed: Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 138, abr./jun., Brasília, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUNIOR, NICOLA TUTUNGI. Legitimação pragmática, direitos fundamentais e jurisdição constitucional: uma análise diante da chamada discricionariedade judicial, disponível em: <<http://app.tjrj.jus.br/revista-juridica/especial/files/assets/downloads/publication.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto de 2013.

KRELL, Andreas. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MEIRELES, Ana Cristina Costa Meireles. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: JusPodivm, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos Sobre o Controle Judicial de Políticas Públicas. In: Congresso do Instituto Mineiro de Direito Administrativo, V, 2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc>>.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.