



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A intervenção judicial na efetivação de políticas públicas: quando a omissão estatal encontra o Estado de Coisas Inconstitucional

Natasha Mandela Marchelli Ribeiro

Rio de Janeiro
2016

NATASHA MANDELA MARCHELLI RIBEIRO

A intervenção judicial na efetivação de políticas públicas: quando a omissão estatal encontra o Estado de Coisas Inconstitucional

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo. Professor Orientador: Maria Carolina Cancellata de Amorim

Rio de Janeiro
2016

A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: QUANDO A OMISSÃO ESTATAL ENCONTRA O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Natasha Mandela Marchelli Ribeiro

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito-
UFRJ. Advogada. Pós-graduada em Direito
Administrativo pela Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A intervenção judicial no controle de políticas públicas é amplamente criticada, quando parte-se da premissa que o novo papel do Poder Judiciário seria o de substituir a atuação administrativa. No entanto, tal ingerência se mostra necessária diante da desmedida omissão do Poder Público na concretização dos direitos fundamentais. Nesta análise, o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, recém importado da Corte Constitucional Colombiana, pode ser um importante parâmetro para um modelo de controle judicial de políticas públicas que não ultrapasse as competências constitucionais.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Intervenção Judicial. Omissão Estatal. Estado de Coisas Inconstitucional.

Sumário: Introdução. 1. Um Panorama sobre as Políticas Públicas. 1.1. A Influência dos Direitos Fundamentais. 2. O Controle Judicial de Políticas Públicas. 2.1. O Hiato da Atuação Estatal. 3. A Figura do Estado de Coisas Inconstitucional. 3.1. As Possibilidades de Aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do direito, no Brasil, representou o reconhecimento da força normativa da Constituição, que passou a ser impositiva por meios próprios, de caráter vinculativo e obrigatório.

Também, foi possível observar a expansão da jurisdição constitucional, como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais e normas constitucionais, através do controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional, como modalidade de interpretação jurídica¹.

No entanto, na sociedade contemporânea, são notórias as diversas situações em que os direitos fundamentais, ainda que previstos e assegurados pela Constituição são frequentemente desrespeitados pelo Poder Público ou não são efetivamente tutelados, em virtude da ausência de políticas públicas.

Isto porque a ideologia liberal se estruturou muito mais através da limitação do poder do que no sentido positivo, para, efetivamente, garantir as liberdades individuais, que foram concebidas em torno da autoridade estatal e não prestacional, indo de encontro com a gestão democrática que a Administração Pública vem assumindo hoje.

Na verdade, o próprio Direito Administrativo passou a sofrer inúmeras transformações a partir da segunda metade do século XIX, na Europa e nos Estados Unidos, quando o arcabouço teórico concebeu as funções administrativas como transcendentais ao exercício de poder de polícia, sendo principal instrumento deste desenvolvimento a criação dos serviços públicos².

Com efeito, a partir deste fato houve uma intensificação da atuação estatal, através da intervenção na economia e o advento de políticas sociais de saúde e habitação, por exemplo, caracterizando um Estado social, que se ordena a partir de políticas públicas. Este conceito é mais abrangente do que o de serviços públicos, pois abarca as funções de coordenação e fiscalização de agentes públicos e privados.

De forma geral, os estudiosos tendem a eleger como principal fundamento das políticas públicas a função de instrumento de efetivação de direitos prestacionais por parte do Estado, implicando no reconhecimento de que, realmente, os direitos sociais e demais direitos fundamentais são o objetivo final de certas políticas públicas adimplidas pelo Poder Público.

No Brasil, alguns autores se dedicam à complexa tarefa de elencar uma definição exata para as políticas públicas, sendo uma das pretensões do presente trabalho, reunir esses pontos de vista, para tentar compreender o papel das diversas políticas públicas no cenário atual, já que nem todas se referem à concretização do Estado Democrático de Direito, tampouco, à efetivação de direitos fundamentais.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.p.193-200.

² BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. n.13, 1996.

Na verdade, as políticas públicas também se relacionam às ações da Administração Pública, traduzidas como atos e fatos jurídicos, que tem por objetivo a concretização de seus planos estatais e que devem ser decompostas em ciclos, abrangendo a formulação, a escolha e a implementação destas medidas³.

Diante disso, é possível compreender que as políticas públicas, são constituídas por, pelo menos, duas dimensões, sendo que a primeira corresponderia ao conjunto de arranjos administrativos, que servem para materializar e operacionalizar as ações estatais. A segunda dimensão, por outro lado, diz respeito ao sentido cognitivo das políticas públicas que remete ao conteúdo ideológico levado a cabo pelos defensores de determinada política pública⁴.

Quando sobrevém certa afronta aos direitos fundamentais de determinado grupo social, por exemplo, é possível que isto se deva à ausência de políticas públicas destinadas à efetivação desses direitos ou, a despeito de haver políticas públicas já elaboradas para aquela situação prestacional, não ter havido qualquer atuação da Administração Pública.

Nestes casos, é que a judicialização de políticas públicas se mostra útil e necessária, diante de um cenário em que houve diversas transgressões ao texto constitucional, em razão da omissão do Poder Público, com vistas a condições mais favoráveis ao desenvolvimento das políticas públicas.

Fato é que as políticas públicas, ao integrarem o texto constitucional, alcançaram a compreensão de verdadeiros direitos subjetivos em face do Estado, no entanto, a ausência de clareza quanto ao responsável de cada obrigação, agrava a situação da omissão dos entes federados⁵.

Neste ponto, cabe depreender breve nota acerca da forma federativa do Estado que, não obstante tenha sido concebida como cláusula pétrea, pressupõe repartição de competências entre o governo central e os locais, suscetível de alterações, que admite a transferência de competências de um ente federativo para o outro, contanto que o grau de autonomia de cada ente seja resguardado.

Ocorre que, essa intervenção judicial na efetivação de políticas públicas foi e ainda é amplamente criticada, pela visão deturpada de que o Poder Judiciário estaria usurpando de sua competência, ou seja, como se estivesse atuando como o próprio Poder Executivo, isto é,

³ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

⁴ OLIVEIRA, Osmany Porto de. As viagens e as traduções do orçamento participativo. *Revista Le monde Diplomatique Brasil*. Fevereiro, 2016. p.37.

⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. *Revista de Direito*, 2011. p. 185-210.

como se estivesse tomando para si a função de elaboração de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais.

Contudo, o que se propõe não é a substituição da função administrativa pela atuação do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas, mas sim na efetivação de políticas públicas, já ordenadas pela Administração Pública, só que ainda não praticadas, justamente, em razão da omissão estatal.

É neste contexto, que se insere o conceito de “Estado de Coisas Inconstitucional”, idealizado pela Corte Constitucional Colombiana, que descreve um quadro de violação massiva de direitos fundamentais, relacionado a determinado grupo social, em razão de uma omissão sistêmica do Poder Público, o que se liga intimamente à questão das políticas públicas.

Insta ressaltar que, o conceito de “Estado de Coisas Inconstitucional” foi importado como uma nova ideia jurídica através do julgamento da medida cautelar na ADPF 347, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2015, portanto, o arcabouço doutrinário que o envolve ainda é muito incipiente no Brasil.

Em tempo, a questão gira em torno, justamente, da função que a Administração Pública, por exemplo, deveria assumir enquanto agente capaz de promover as políticas públicas e auxiliar na tutela desses direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Neste cenário, a ideia de “Estado de Coisas Inconstitucional” pode ser essencial para minimizar o vácuo deixado pela ausência de atuação da Administração Pública ou eventuais falhas nas escolhas administrativas, diante de determinados problemas sociais, cuja gravidade acaba por turvar as reais soluções, atribuindo ao Poder Judiciário um papel, que ainda é amplamente criticado, o de judicialização de escolhas políticas.

Desta forma, é a partir desta conceituação embrionária, que o presente trabalho pretende fundamentar o raciocínio de que a intervenção judicial na efetivação de políticas públicas ainda se mostra como medida importante, mas sem representar uma invasão nas competências constitucionais, a partir da adoção de providências estruturais, principalmente, quando há violação de direitos fundamentais e quando se observa o “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Em última análise, importa salientar o fato de que esta intervenção deveria ser realizada, a princípio, através do Supremo Tribunal Federal, no exercício do papel representativo⁶, em defesa aos grupos sociais mais vulneráveis, afastando toda e qualquer ingerência indiscriminada do Poder Judiciário como um todo. Em outras palavras, a apreciação casuística, vista de forma singular, deve ser ponderada, quando contraposta a um quadro de transgressão grave e sistemática a direitos humanos.

1. UM PANORAMA SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A priori, por ser considerada uma classe interdisciplinar de interesses, as políticas públicas podem ser definidas de forma volúvel, de acordo com o ramo de conhecimento. Por isso, ainda são encontrados certos óbices à definição certa e clara de um conceito, que abarca diversas conotações.

No âmbito da ciência política, reservou-se às políticas públicas um estudo especializado, a fim de compreender e descrever as práticas governamentais, denominado de *policy science*⁷, surgido nos Estados Unidos, após a Segunda Guerra Mundial.

De acordo com esta perspectiva, a apreciação das políticas públicas perpassa pelo momento histórico em que o Estado norte-americano apropriou-se da responsabilidade de ordenar a sociedade e prestar serviços públicos em larga escala.

Em tempo, na ciência política existem várias definições acerca de políticas públicas, mas importa eleger um conceito mais completo apresentado por William Jenkins⁸, oriundo da ideia de *policy science*.

Para o autor, política pública

é um conjunto de decisões inter-relacionadas tomadas por um indivíduo ou um grupo de atores políticos a respeito da escolha de objetivos e os meios de alcançá-los em uma situação específica, onde tais decisões devem, em princípio, estar inseridas no poder de alcance destes atores.

⁶ De acordo com o papel representativo desempenhado pelo STF, o tribunal constitucional atende demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos pelo Poder Legislativo ou até pela própria Administração Pública, por meio da função administrativa. BARROSO, Luís Roberto. MENDONÇA, Eduardo. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>> Acesso em: 12.05.2016.

⁷ Este campo de estudo foi proposto pela obra de Harold Lasswell. apud FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p.36.

⁸ Ibid. p.46.

Em outras palavras, as políticas públicas representam um processo que pode demandar um conjunto de atos, os quais envolverão a escolha de objetivos e os meios para atingi-los, sendo certo que as decisões podem derivar de um ou diversos atores políticos, considerando-se as limitações ao poder de ação dos governantes.

No Brasil, o tema das políticas públicas passou a ser abordado de forma mais aberta em alguns julgamentos no Supremo Tribunal Federal, mas, inicialmente, eram idealizadas como meios de consolidação de normas constitucionais programáticas. No entanto, é preciso lembrar que as políticas públicas também são meios idôneos para a efetivação de direitos fundamentais de todas as dimensões⁹.

Apesar de haver certa reiteração conceitual na jurisprudência, a doutrina brasileira ainda não alcançou uma harmonia acerca do exato significado de políticas públicas, razão pela qual, importa colacionar as definições apresentadas por dois juristas da Universidade de São Paulo, Maria Paula Dallari Bucci e Eros Roberto Grau.

Para a primeira autora, as políticas públicas representam a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹⁰. Ou seja, ainda que as políticas públicas se apresentem como abstratas escolhas governamentais, normalmente estas ganharão forma por meio de planos públicos, exigindo a edição de atos infralegais e legais.

Para Eros Roberto Grau, “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social” e, por ser abrangente, pode transformar atos judiciais em espécie de políticas públicas, considerando o próprio direito como sendo uma política pública.

No entanto, parece mais adequado estabelecer que o direito vai direcionar os objetivos, que podem ser legitimamente perseguidos em matérias de políticas públicas, mas não que ele próprio seja uma dessas matérias.

Desta forma, se mostra oportuno adotar o conceito de políticas públicas, que as define como ações e programas, que conferem efetividade a direitos fundamentais constantes no ordenamento jurídico e que necessitam de ação pela Administração Pública.

⁹ Importante destacar a Teoria dos quatro “status”, desenvolvida por Walter Jellinek. De acordo com o autor, os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica, consubstanciados em *direitos de defesa*, “destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público pelo não impedimento da prática de determinado ato, seja pela não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público* que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296.

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. op cit., p.1

Neste sentido, vale trazer à baila uma reflexão do professor Fábio Konder Comparato¹¹, como se segue:

O conceito de política, no sentido de programa de ação, só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. E a razão é simples: ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial, durante todo o longo período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídico dos quais nos servimos habitualmente.

Outrossim, a formulação dessas diretrizes políticas depende de um procedimento, próprio do fenômeno de “procedimentalização das relações entre os poderes públicos”, através do qual sobressai o poder de iniciativa do governo, que diz respeito ao processo de elaboração e implementação dessas políticas públicas, justificando o estudo a partir da ótica do direito administrativo.

Outro ponto que deve ser, aqui, considerado é o fato de que a estrutura das políticas públicas, por envolver ações do Estado, respalda-se em gasto de recursos públicos, consistindo no ponto de partida da execução desses programas e, posteriormente, na real prestação de serviços públicos à sociedade.

Com efeito, importa destacar que a definição das diretrizes de atuação da Administração Pública incide em escolhas políticas, a serem realizadas por meio de atores de cúpula do Poder Executivo, bem como, de legisladores.

Em outra roupagem, não se deve confundir as concepções de políticas públicas com mera atividade administrativa, para que não se caia no erro de que aquelas se confundiriam com a noção de discricionariedade administrativa.

Nesta linha de pensamento, Ronald Dworkin¹² assevera que as políticas, diferentemente dos princípios, determinam quais as finalidades devem ser alcançadas ou quais conjunturas devem ser sustentadas, mas sempre se relacionando aos aspectos sociais, políticos ou econômicos da comunidade.

A política pública, por essa razão, requer planejamento, revestida em programas governamentais e deve ser elucidada em quatro fases, quais sejam, (i) a definição da agenda pública; (ii) a formulação e a escolha de políticas públicas; (iii) sua implementação pelo órgão competente e (iv) a avaliação dos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. n. 138, Brasília, 1998. p. 44

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.26.

Dessa feita, a política pública, propriamente dita, pode ser desmembrada em normas abstratas de direito, que irão fundamentar e estabelecer as finalidades públicas, em atos administrativos, através dos quais serão colocados em prática os projetos e programas relacionados aquela política pública, no planejamento orçamentário necessário ao exercício do dispêndio público e nos fatos administrativos, em si, transmutados no atendimento em hospitais e no trabalho desenvolvido por um professor em sala de aula, por exemplo.

1.1. A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No contexto pós-Segunda Guerra Mundial, em que os Estados passaram por uma reconstitucionalização, o constitucionalismo contemporâneo ou “neoconstitucionalismo” representou a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, vinculando a todos dentro do Estado. De todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo essencial, que incorpora valores e opções políticas¹³.

Em acertado entendimento, o professor e Ministro do STF Luís Roberto Barroso¹⁴ preconiza que os direitos materialmente fundamentais são frutos de um dos princípios essenciais ao Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana possui um protagonismo em conferir unidade ao sistema de direitos fundamentais, pois existiriam em função de garantir a dignidade do ser humano¹⁵.

Sendo assim, o referido princípio permite, ainda, a distinção de dois níveis de direitos fundamentais: (i) os de imposição obrigatória, diretamente vinculados à materialização do núcleo essencial, identificados como mínimo existencial e (ii) os demais, consagrados constitucionalmente, ligados à dignidade da pessoa humana, mas que podem ser submetidos à concretização realizada pelo legislador e pelo administrador público.

No entanto, é preciso ressaltar a perigosa tendência de se justificar a vinculação da ação estatal à prestação de direitos fundamentais no argumento da “dignidade da pessoa humana”, de modo indiscriminado. Isto porque é preciso ter um olhar amplo sobre todos os elementos envolvidos na efetivação de direitos fundamentais.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador (jan/fev/mar, nº15, 2007), p. 9.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 201-202.

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. apud FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 128.

Por esta razão, é possível conceber que os direitos fundamentais demandam uma ação estatal, de forma a promovê-los e protegê-los, sendo certo que tais ações estatais devem ser capazes de efetivá-los, mas que devem considerar, em certa medida, o dispêndio de recursos públicos.

É a partir desta perspectiva que surge a Teoria da Reserva do Possível, reproduzida acriticamente pelos Tribunais Superiores¹⁶, sustentando que as prestações estatais que estão sujeitas à implementação por meio de políticas públicas não conferem aos cidadãos direitos subjetivos oponíveis ao Estado.

No entanto, essa tese foi desmistificada pela obra *The cost of rights*¹⁷, que se fundamentou em duas premissas básicas: (i) direitos de qualquer espécie custam dinheiro e (ii) todos os direitos reclamam o uso do tesouro público.

Ou seja, é equivocado o entendimento de que há direitos sem custos e de que há direitos que são eficazes sem a realização de alguma atividade estatal. Todos os direitos exigem a presença do Estado, mesmo que sejam contra ele mesmo, os ditos “de defesa”.

A reserva do possível surge então como um argumento no debate da concretização dos direitos sociais, que não seriam exigíveis, *a prima facie*, mas somente se a conduta estatal fosse reprovada, na análise da razoabilidade.

Dessa maneira, a jurisprudência brasileira acabou impondo uma condição ao reconhecimento de direitos subjetivos aos serviços públicos, que seria a existência de dinheiro nos cofres do Estado. Isto deturpou o conceito de reserva do possível em uma espécie de instrumento de consagração da ampla discricionariedade administrativa em matéria orçamentária, em detrimento da realização dos direitos fundamentais.

Ocorre que, o condicionamento da efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais, direitos fundamentais de cunho prestacional, à existência de recursos do Estado acaba por reduzir drasticamente, senão a zero, a eficácia da previsão constitucional desses direitos fundamentais.

Em contraposição a este entendimento, o autor German J. Bidart Campos¹⁸ alude à plena supremacia do texto constitucional sobre as decisões orçamentárias, ou seja, a primazia dos direitos fundamentais também no âmbito financeiro¹⁹.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 10 mai. 2016.

¹⁷ SUSTEIN, Cass. HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton Company, 1999. p. 15.

¹⁸ BIDART CAMPOS, German J. apud FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 151.

Em alteração de entendimento jurisprudencial, constituindo caso paradigmático²⁰ do tema, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de admitir o afastamento a cláusula da reserva do possível, permitindo a intervenção judicial em matéria de políticas públicas.

O relator do caso, o Ministro Celso de Mello, entendeu que:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Desta forma, o argumento da reserva do possível, massivamente utilizado pelos Tribunais de Justiça, para justificar a impossibilidade orçamentária de atuação da Administração Pública perante à necessidade de realização de políticas públicas pôde ser, finalmente, afastado.

Em última análise, considerando-se a hipótese extrema de ausência de recursos públicos, é factível a adoção da obrigação solidária²¹ entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em matéria de adimplemento de direitos fundamentais.

Pelo que foi analisado acima, pode-se admitir um espaço aberto à atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas dos direitos fundamentais, de modo a conferir efetividade, quando estas já foram elaboradas pelo Poder Público, mas encontram um óbice em sua omissão; ou determinar ações estatais, excepcionalmente, quando estiver diante de uma flagrante e grave violação ao mínimo existencial e aos direitos fundamentais e as políticas públicas elaboradas não forem suficientes para realizá-los.

2. O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Em primeiro lugar, a afirmação de que as políticas públicas podem ser objeto de impugnação e controle judicial se mostra absolutamente correta e afasta a premissa

¹⁹ O autor sugere estabelecer o princípio da *prioridade orçamentária dos direitos fundamentais*, de “máximo de recursos disponíveis”.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 13 mai. 2016.

²¹ O Princípio da solidariedade está previsto no artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

equivocada de que o controle de políticas públicas é vedado ao Poder Judiciário, ainda que as decisões judiciais produzam efeitos pontuais, entre as partes.

É notório que compete à Administração Pública a execução de ações e programas, para desenvolver a prestação de serviços que possam garantir os direitos fundamentais, contidos na ordem jurídico-constitucional.

Com efeito, como já debatido em oportunidade anterior, o planejamento e a elaboração de políticas públicas, imprimem, obviamente, o dispêndio de recursos públicos, o que confere uma discricionariedade ao administrador público, que deverá elencar as políticas públicas que serão realizadas.

É neste campo de atuação que será possível perceber um modelo “brando” de controle judicial de políticas públicas, identificado pela análise de aplicação dos investimentos mínimos obrigatórios para a educação e a saúde, por exemplo, bem como, na destinação dos fundos públicos reservados à proteção do mínimo existencial, como é o caso do FUNDEB²² e do FCEP²³.

Outro exemplo de modelo “brando” de controle judicial é a determinação, pelo magistrado, para que o órgão legislativo inclua, no próximo exercício, determinada despesa que se julga constitucionalmente impositiva. Essa hipótese, vale dizer, não possui o efeito urgente que muitas vezes o caso prático demanda.

Além dessas duas possibilidades, há ainda a prescrição de metas mínimas, já existentes, a serem cumpridas pela Administração Pública, não sendo necessário que o juiz “crie” novas metas. Ou seja, o Poder Judiciário poderá acompanhar as metas estabelecidas no planejamento público, utilizando-se dos instrumentos de uma gestão pública vinculada aos resultados, para fazer incidir seu controle.

A verdade é que o mínimo existencial é constituído por direitos necessários à manutenção da vida digna e da livre composição da personalidade, então as políticas públicas a eles relacionados devem ser vistas como impositivas, não havendo uma espaço livre de conformação do legislador ou do administrador público.

Por outro lado, há o modelo “forte” de intervenção judicial de políticas públicas²⁴, que reduz totalmente a discricionariedade administrativa, sendo certo que, aqui, o Poder Judiciário esgota as vias interpretativas, distinguindo no caso concreto qual é ou era a conduta pertinente

²² Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. Lei 11.494/2007.

²³ Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. ADCT, artigos 80 c/c 82.

²⁴ No direito brasileiro, o caso paradigma de modelo de intervenção forte do Poder Judiciário em políticas públicas é a concessão de medicamentos e insumos relacionados à saúde. STF, AI 486816 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 6.5.2005.

ao poder público, condenando-o a efetivá-la ou substituindo a obrigação de fazer por multa pecuniária. A verdade é que esse modelo mais intenso deveria ser resguardado àqueles casos em que estivessem em jogo as políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial.

Interessante ressaltar que o modelo de intervenção radical ignora qualquer argumento de cunho financeiro-orçamentário, como a reserva do possível e até questões como a necessidade de instauração de procedimento licitatório.

Todavia, dessa conjectura são extraídas três circunstâncias: (i) a Administração Pública, em sua competência constitucional, idealizou as políticas públicas, mas estas não são eficazes a garantir o direito fundamental tutelado; (ii) a Administração Pública sequer desenvolveu as políticas públicas necessárias à efetivação de determinado direito fundamental, em flagrante omissão estatal e, por último (iii) a Administração Pública elaborou as políticas públicas, mas estas não chegaram a ser implementadas de fato.

É justamente nesta seara que seria possível admitir a ingerência judicial na concretização de políticas públicas, que dão vida aos direitos fundamentais, já elaboradas ou não: em um caso concreto, quando se vislumbrasse uma situação de desrespeito extremado a direitos fundamentais, em geral, envolvendo um grupo determinado de pessoas, a decisão judicial de determinar que o Estado coloque em prática as políticas públicas já desenvolvidas, não iriam produzir efeitos *inter partes*, apenas, mas criaria um *leading case*, que poderia orientar outras ações.

Em outras palavras, admitindo-se uma inconstitucionalidade, em razão da ausência de atividade estatal em determinado âmbito de políticas públicas, seria possível acolher o controle judicial, a fim de resguardar a efetivação desses direitos fundamentais.

Para que esta decisão não consubstanciasse uma ação individual e independente do Poder Judiciário, que pudesse prejudicar eventual alocação de recursos seria interessante a conjugação de esforços conjuntos entre o órgão judiciário prolator da decisão e a Administração Pública, responsável pela promoção dos programas.

2.1. O HIATO DA ATUAÇÃO ESTATAL

Primeiramente, importa ressaltar que o conceito de políticas públicas aqui reservado, refere-se aos serviços públicos, quando revestidos de conteúdo prestacional que dependem de ações capazes de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

De fato, não se compõe como uma das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois, neste sentido, o encargo é alocado ao Poder Executivo e Legislativo.

No entanto, em situações excepcionais, o Poder Judiciário poderá transmutar suas funções originárias nesta, caso os órgãos competentes não o façam e houver descumprimento dos encargos político jurídicos, comprometendo a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas de natureza programática.

Em diversos casos concretos, a própria Corte Constitucional já se posicionou no sentido de que a Administração Pública não pode assumir uma postura omissiva, conforme preconiza o aresto colacionado:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. (...) Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.²⁵

À vista disso, fica claro que a intervenção judicial é absolutamente aceitável em questões que envolvam a inércia da atividade administrativa, diante da efetivação e desenvolvimento de políticas públicas que possam conferir realidade aos direitos fundamentais.

3. A FIGURA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello. Pleno.

O estado de coisas inconstitucional é um conceito desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia²⁶, que foi apresentado como um mecanismo procedimental orientado a combater um quadro de violações graves de direitos fundamentais, em razão de falhas estruturais e omissões sistêmicas de políticas públicas, que envolvam um grupo extenso de pessoas.

Este conceito surgiu como expressão de uma nova postura adotada pela Corte Constitucional Colombiana em aproximar as normas constitucionais da realidade, conferindo efetivação aos direitos fundamentais, envolvendo uma pluralidade de atores públicos, quando ocorre um “bloqueio institucional”²⁷ para garantia de direitos.

O reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional, assumindo-se que a intervenção da Corte Constitucional é extremamente essencial, permite que esta assuma um rol de poderes consubstanciados em medidas excepcionais, as únicas hábeis a solucionar este quadro gravíssimo de afronta a direitos humanos.

Na verdade, para tal reconhecimento, a Corte Constitucional Colombiana exige que alguns requisitos sejam cumpridos, tais como, (i) uma conjuntura de vulnerabilidade excessiva de direitos fundamentais de um grupo de pessoas; (ii) a contínua inércia estatal perante as obrigações de garantia e promoção de efetividade desses direitos; (iii) o afastamento destas violações pressupõe o acolhimento de providências complexas por parte de diversos órgãos, envolvendo uma reestruturação dos cenário de políticas públicas adotadas e (iv) a morosidade do Poder Judiciário em atender individualmente cada demanda, quando houvesse violações desse tipo²⁸.

Conforme a análise de Carlos Alexandre Azevedo Campos, a partir da admissão de um estado de coisas inconstitucional, não haveria uma ponderação individualizada acerca da garantia de direitos específicos, mas sim esforços no sentido de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

²⁶ A primeira vez em que o Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado desta forma foi na *Sentencia de Unificación* (SU) – 559 de 1997.

²⁷ Expressão utilizada na ADPF 347 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade, em conjunto com a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, com o objetivo de que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

²⁸ Síntese proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Tese de doutorado aprovada na Faculdade de Direito da UERJ, sob orientação do professor Daniel Sarmento, em 2015.

Desta forma, a Corte estaria diante do cenário de “litígio estrutural”, em que deve haver alcance a um número amplo de pessoas e a várias instituições, podendo implicar em diversas ações mais complexas²⁹.

Em mais de uma oportunidade, a Corte Constitucional Colombiana, diante do reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional formulou ordens destinadas a pessoas que se encontravam na mesma situação descrita no caso concreto e que, teoricamente, não seriam tuteladas, se não fosse a eficácia do conceito.

O professor Carlos Alexandre descreve a atuação vanguardista da Corte Colombiana, como segue:

A Corte acusou a precária capacidade institucional dos outros poderes para o desenvolvimento, implementação e coordenação das políticas públicas necessárias. Sem exercer diretamente as competências desses poderes, a CCC: declarou o ECI; exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficientes para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos.³⁰

Ocorre que, aqui, importa chamar atenção para o ativismo judicial exacerbado, que deve ser estrutural e dialogar com os outros atores públicos, pois a consciência da atuação da Corte Constitucional deve ser no sentido de que não será possível resolver todas as questões isoladamente e de que não será eficaz uma enxurrada de decisões impossíveis de serem cumpridas. Isto é, deve haver uma coordenação de diretrizes flexíveis e um monitoramento na execução destas.

Nesta perspectiva, a noção de “litígio estrutural” aproxima o estado de coisas inconstitucional à fixação de remédios estruturais flexíveis, ou seja, as medidas elencadas devem permitir uma margem de criação legislativa e de execução a ser esquematizada pelos outros poderes.

Essa atuação da Corte, na prática, resgata o movimento da máquina estatal, mas sem chegar ao ponto de elaborar novas políticas públicas, isto é, não há uma apropriação da competência estatal por parte do magistrado, pois este agiria apenas como um catalisador dessas ações flexíveis e dos parâmetros fixados pela Corte, sem contar a necessidade de participação popular, mediante realização de audiências públicas.

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *Estado de Coisas Inconstitucional e litígio estrutural*. Artigo publicado no Conjur, em 01.09.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 06.06.2016.

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Artigo publicado no JotaMundo, em 18.09.2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 06.06.2016.

Conquanto não seja o propósito analisar especificamente o caso colombiano³¹, vale sublinhar que a experiência original não resultou os efeitos pretendidos, mormente, no que diz respeito ao caso do sistema penitenciário. Apesar disso, a Corte Colombiana conseguiu diagnosticar as razões do insucesso e buscou uma solução mais dialógica.

Aqui reside o propósito inovador do conceito: o de transformar o modo de pensar das instituições, para que haja maior contemporização das deliberações, buscando soluções reais e viáveis para uma conjuntura fracassada e violadora de direitos fundamentais.

3.1. AS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não é nenhum demérito admitir que o Brasil possuir seus diversos “estados de coisas inconstitucional”, refletindo um cenário de violação massiva e permanente de direitos fundamentais, que decorre da inércia kafkiana da atuação do Poder Público e de bloqueios institucionais.

Nesse sentido, foi proposta a ADPF 347, em razão do incompatível sistema prisional brasileiro, que vai na contramão dos preceitos constitucionais e se constitui como um problema sistêmico, conjugado por uma multiplicidades de ações e omissões dos entes públicos.

No entanto, não foi na ADPF 347 que o de estado de coisas inconstitucional surgiu pela primeira vez no cenário brasileiro, o Min. Luis Roberto Barroso já havia feito alusão ao conceito quando do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, referente à modulação temporal da decisão que afirmou a inconstitucionalidade da EC 62, atinente ao pagamento de precatórios, preconizando que “o estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública”.Ao final, decidiu-se que caberia ao CNJ a função de elaborar a orientação normativa para o equacionamento de alguns dos aspectos dos problemas, bem como, monitorar e supervisionar o cumprimento das medidas impostas aos entes públicos.

³¹ Na Colômbia houve duas experiências interessante de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional: o sistema carcerário e o “deslocamento” de pessoas em razão da violência interna.

Apesar de parcela de a doutrina possuir rigorosa ressalva em relação ao ativismo judicial, o que se vê hoje é uma atuação alternativa do Supremo Tribunal Federal, por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e da formulação de medidas flexíveis a serem monitoradas por um conjunto de atores públicos de diversas esferas, com o precípua objetivo de superar falhas estruturais, que enfraquecem a efetividade dos direitos individuais.

Com efeito, o que se imagina é um “ativismo judicial estrutural”³², como meio de superação de bloqueios políticos – já que muitos grupos sociais parecem ser invisíveis ao legislador - institucionais – não há coordenação entre os poderes – e deliberativos – é preciso que a sociedade se conscientize e passe a cobrar mais ações eficazes do Poder Público - assim como, aumentar o diálogo entre a sociedade e os poderes políticos, legitimando-se como alternativa ao modelo atual.

Em tempo, importa acentuar que o estado de coisas inconstitucional não fere a separação dos poderes, tampouco, a democracia, como também, o risco de sua banalização não vai ocorrer se os pressupostos forem levados a sério.

Em contrapartida, alguns autores apontam que a importação de teorias constitucionais estrangeiras sem contextualização na sociedade, pode implicar em uma banalização de institutos, que poderiam ser extremamente eficazes diante de outras situações que não envolvessem violação de direitos humanos³³, conforme conclui o professor Daniel Sarmiento.

É uma arma superimportante e superpoderosa que tem que ser usada com parcimônia para casos realmente extraordinários. Não é um instituto banal. Até porque. Para esse instituto funcionar, o Supremo deve estabelecer diálogo com os outros poderes e depois acompanhar a efetivação das medidas eventualmente adotadas.

A proposta feita pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁴ é no sentido de que não deve haver um uso difuso do instituto, pois nem toda técnica processual pode ser efetiva para tal, do mesmo modo que os melhores remédios constitucionais para esse caso seriam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Recurso Extraordinário, como uso exclusivo do Supremo Tribunal Federal, para direcionar as medidas e sugerir que o Conselho Nacional de Justiça participe desse monitoramento.

³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. op. cit. p. 18.

³³ Entrevista com o prof. Daniel Sarmiento. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-impacto-da-importacao-pelo-stf-do-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 20.06.2016.

³⁴ Em palestra ministrada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 25.11.2015.

No voto do relator da ADPF 347, o Min. Marco Aurélio demonstra clara opção pela via dialógica do instituto, propondo que o STF interfira na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, mas através de ordens flexíveis e monitoramento da execução dessas medidas.

Desta maneira, em razão dos diversos quadros de violação de direitos fundamentais presentes no Brasil, a declaração de um “estado de coisas inconstitucional” e a formulação de ações poderia ser uma opção eficiente para que os Tribunais consigam lidar com essas falhas estruturais.

CONCLUSÃO

Toda a questão envolta à ausência de elaboração de políticas públicas pelo Poder Público, que foi abordada neste trabalho perpassa, na verdade, por uma lacuna histórico-social de respeito aos direitos mínimos de cada indivíduo, retratados pelos direitos fundamentais previstos na Constituição de um país.

O Brasil, enquanto país repleto de diversidade cultural necessita desenvolver um roteiro de políticas públicas capaz de corresponder às carências sociais dos indivíduos, em conjunto com um ordenamento jurídico razoável e um sistema político, na medida do possível, justo.

O reconhecimento da figura do estado de coisas inconstitucional, em um caso concreto envolvendo a problemática dos presídios é extremamente importante não só para a construção teórica, como também, para a institucionalização de políticas públicas que atendam, pelo menos, parte de todo o conjunto estrutural de problemas presentes na sociedade brasileira.

A adoção desse conceito pode auxiliar no controle das políticas públicas, dos fatos concretos, da omissão estatal, da conjectura legislativa, do fracasso de certas políticas públicas, bem como, da participação popular na elaboração das ações estatais, por meio de audiências públicas, por exemplo.

Como já demonstrado, o objetivo não seria transferir para o Poder Judiciário o ônus estatal de elaboração de políticas públicas, como um ativismo clássico, mas haveria a possibilidade de uma politização maior do Poder Judiciário, no sentido de este se posicionar perante determinada questão, implementando gradualmente e em etapas as medidas necessárias à solução de um caso concreto, enquanto ativismo dialógico, que é, justamente, a ideia do estado de coisas inconstitucional.

Deve ser inspirada uma consciência de que não é nem um pouco eficaz a resolução de uma situação problemática quando está se atuando isoladamente e que, menos ainda, serão eficazes decisões que são impossíveis de serem cumpridas. Nesse sentido, é preciso a adoção de medidas mais flexíveis e que a execução destes devem ser monitorada, para que as instituições se aproximem ainda mais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador (jan/fev/mar, nº15, 2007).

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. MENDONÇA, Eduardo. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>> Acesso em: 12.05.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelas na ADPF n. 347. Relator Ministro Marco Aurélio. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 10 mai. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para um teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: 2013, Saraiva.
_____. *Políticas públicas e Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público. n.13, 1996

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tema de Doutorado em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defendida em 2015.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional e litígio estrutural*. Artigo publicado no Conjur, em 01.09.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 06.06.2016.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Artigo publicado no JotaMundo, em 18.09.2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 06.06.2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. n. 138, Brasília, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: 2015, Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

OLIVEIRA, Osmany Porto de. *As viagens e as traduções do orçamento participativo*. Revista Le monde Diplomatique Brasil. Fevereiro, 2016. p.37.

SUSTEIN, Cass. HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton Company, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro*. Revista de Direito, 2011.