

# **O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL PÓS-1988: LIMITES, POSSIBILIDADES E CASOS CONCRETOS DE INGERÊNCIAS**

## **JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICY IN BRAZIL AFTER 1988: LIMITS, POSSIBILITIES AND CONCRETE CASES OF INTERFERENCE**

### **THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS**

Advogado. Doutorando em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Políticas Públicas (UFMA), Especialista em Direito Público (UCAM) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professor de Processo Penal e Constitucional. Endereço eletrônico: [t\\_allisson@hotmail.com](mailto:t_allisson@hotmail.com).

### **JEISY PAULA DE SOUZA ORTEGA**

Graduanda em Direito pela Universidade Ceuma. Endereço eletrônico: [jeisyortega@hotmail.com](mailto:jeisyortega@hotmail.com).

### **RESUMO**

O presente artigo analisa o controle judicial das políticas públicas no Estado Democrático de Direito Brasileiro, pós-Constituição de 1988. A dignidade da pessoa humana foi eleita fundamento da República e tornou-se o cerne dos estudos constitucionais. Pressupõe-se que o Estado existe para a coletividade e deve perseguir mecanismos que concretizem o direito abstratamente posto e o bem jurídico que a comunidade política elegeu como fundamental. Neste contexto, as políticas públicas possuem natureza de atuação estatal transformadora para acesso às necessidades básicas pelos indivíduos. Frisa-se que o Estado Democrático de Direito possibilita o controle de atos do Poder Executivo e investigam-se quais são os limites e possibilidades em matéria de controle judicial realizado assim como os mecanismos que possibilitam a concretização do Direito a partir da eficácia da atividade jurisdicional em casos concretos. Utilizou-se da pesquisa bibliográfica para a reflexão das categorias *Direitos Fundamentais*, *Políticas Públicas*, *Controle Judicial* e suas temáticas correlatas e de análise jurisprudencial para a categoria

*Possibilidades.* Analisou-se a problemática à luz do pressuposto de que o direito posto necessita ser efetivado e da possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas. Por fim, discutiu-se a atividade de controle judicial, com base em alguns julgados emblemáticos que levam a percepção da existência de limites na ingerência do Poder Judiciário no processo das políticas públicas e das possibilidades de redirecionamento das políticas públicas para os fins de proteção à pessoa humana.

**PALAVRAS CHAVE:** Políticas Públicas. Controle judicial. Limites e possibilidades.

### **ABSTRACT**

This article aims to analyze the judicial control of public policies within the Brazilian Democratic State after the Constitution of 1988. The dignity of the human person was elected foundation of the Federative Republic of Brazil and became the core of constitutional studies. It is assumed that the State exists to serve the community and should search for mechanisms that serve to realize the right provided by law and the legal asset that the political community elected as fundamental. In this context, the public policies have a kind of State's transformative action to the access for the basic needs, by the individuals. Important to realize, that the democratic State based on the rule of law enables control of acts of the Executive and investigates what are the limits and the possibilities in the field of judicial control performed as well as the mechanisms that enable the realization of the Right from the effectiveness of judicial activity in specific cases. We used the literature to reflect categories of Fundamental Rights, Public Policy, Judicial Control and its related thematic and analytical jurisprudence for the category *Possibilities*. Analyzed the issue in light of the assumption that the right needs to be effected and the possibility of achieving the fundamental social rights through the public policy. Finally, we discussed the activity of judicial control, based on some emblematic judged that lead to perception of the existence of limits on the interference of the judiciary in the process of public policy and the possibility of redirection of public policies for the purpose of protecting human person.

**KEYWORDS:** Public Policy. Judicial review. Limits and possibilities.

## **1. INTRODUÇÃO**

A dignidade da pessoa humana, eleita como fundamento da República Federativa do Brasil pelo Constituinte de 1988, tornou-se o cerne dos estudos

constitucionais. Assim, não se compreendem os direitos fundamentais, quaisquer que seja a sua dimensão, sem se referir ao que a doutrina denomina de conteúdo, substância ou essência destes direitos: a dignidade da pessoa humana. Com o reconhecimento, pois, da prevalência da Teoria Material da Constituição, o centro do estudo da Carta Magna passou da parte organizacional- separação dos poderes e distribuição de competências- típica do constitucionalismo liberal, para a parte substantiva, de conteúdo, que entende os direitos fundamentais sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

Neste amplo sistema de proteção à pessoa humana, imperioso perceber que a pessoa humana passou a ser o titular e o destinatário das regras de poder. Logo, o Estado existe a serviço da coletividade, respeitando sobremaneira as particularidades, as culturas e o desenvolvimento de cada um e procurando mecanismos que sirvam de concretização do direito abstrativamente posto a fim de tornar realidade a tutela e a proteção ao bem jurídico que a comunidade política elegeu como fundamental.

Neste contexto, as políticas públicas possuem natureza de uma atuação estatal que visa efetivar direitos fundamentais, alterando substancialmente a realidade na qual se fez uma intervenção, com base numa política que implementada torna concreto o acesso às necessidades básicas que garantem o sadio desenvolvimento do povo.

Ocorre que, por se constituir de movimentos contraditórios que influenciam a realidade, por vezes a atuação do Estado se desvia da sua finalidade ou esbarra-se em óbices como os princípios e práticas que norteiam a atividade estatal. Importante constatar, pois, que o Estado Democrático de Direito prevê e possibilita o controle de atos do Poder Executivo quando estes são considerados passíveis de ingerência do Judiciário e, sobretudo, maculam direitos fundamentais.

O presente artigo gira em torno da seguinte pergunta: quais são os limites e possibilidades em matéria de controle judicial realizado no âmbito do Estado Democrático de Direito Brasileiro?

Neste sentido, analisar-se-ão alguns dos limites encontrados na atividade de controle desenvolvida pelo Poder Judiciário assim como alguns mecanismos que

possibilitam a concretização do Direito a partir da produção de efeitos da atividade jurisdicional em casos concretos.

Utilizou-se da pesquisa bibliográfica para a reflexão teórica das categorias *Direitos Fundamentais*, *Políticas Públicas*, *Controle Judicial* e suas temáticas correlatas; e de levantamento e análise jurisprudencial para a categoria *Possibilidades e Casos Concretos*.

Após este breve intróito, o segundo tópico destinará a situar os direitos fundamentais e as políticas públicas sob a égide da Constituição de 1988 à luz do pressuposto de que o direito posto necessita ser efetivado e da possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas.

Finalmente, no último tópico, almeja-se discutir a atividade de controle judicial, com base em alguns julgados emblemáticos que leva a percepção da existência de limites na ingerência do Poder Judiciário no processo das políticas públicas e, por conseguinte, das possibilidades de redirecionamento das políticas públicas para os fins de proteção à pessoa humana por meio de decisões judiciais.

## **2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A análise das políticas públicas, consideradas instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, prescinde de uma investigação científica sobre a natureza jurídica e as múltiplas manifestações destes direitos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Passa-se, por oportuno, a perscrutar a relação existente entre os direitos fundamentais e as intervenções estatais no sentido de concretização das necessidades básicas dos sujeitos de direito.

### **2.1 Direitos Fundamentais: “afinal, do que se trata”?**

Utilizando da pergunta, que ilumina este tópico, pensada por Telles (1999), inquieta-se por compreender a delimitação conceitual e qual o papel dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito Brasileiro: O que são? Para que

servem? O que protegem? São dados ou construídos historicamente? São frutos de um consenso?

A perspectiva histórica dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira vigente remete-nos ao fortalecimento do Estado contemporâneo, no final do século XVIII, cujo escopo era evitar o arbítrio dos governantes (do Estado), limitando seu poder. É relevante, pois, mencionar que o liame entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito é indissociável, visto que simultaneamente constituem uma limitação ao poder do Estado. Entende-se que

A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2010, p.36).

Entende-se com Silva (2010) que a imbricação dos valores históricos e filosóficos dos direitos fundamentais não obsta o direcionamento do sentido de universalidade referente a esses direitos como anseio da pessoa, visto que possui essencialmente uma ligação com a dignidade da pessoa humana, eleito fundamento do Estado Democrático de Direito, servindo como instrumento de garantias e promovendo a dignidade individual e coletiva das pessoas.

Neste contexto, a limitação ao poder político do Estado possui antecedentes históricos que possui raízes nos primórdios do mundo antigo, cuja origem como direito natural do homem fora marcado por diversas transformações sociais, culturais, fáticas, por concepções doutrinárias e jurídicas, que possuíam o escopo de atender às necessidades da sociedade, eclodindo, assim, um novo paradigma de Estado.

Em face dessas constatações, enfatiza-se que a positivação dos primeiros direitos fundamentais ocorreu com as primeiras declarações do século XVIII, reconhecendo e elegendo direitos inerentes à pessoa humana como direitos fundamentais constitucionais. Com Canotilho, em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, entendemos que

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no cumeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos

do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (1999, p. 353).

Neste diapasão, registra-se a *Declaração dos Direitos dos Povos da Virgínia em 1776* como a primeira declaração de direitos fundamentais moderno. Igualmente, merece ênfase a *Declaração Americana de 1787* e a *Declaração Francesa de 1789* ou *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Estas constituições tinham como peculiaridade comum sua profunda inspiração *jusnaturalista* e o reconhecimento aos homens de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, universais (Sarlet, 2010). Destarte, foi no século XVIII, com a Declaração Francesa e Americana, que os primeiros direitos individuais foram considerados *fundamentais*. Entretanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o marco do reconhecimento dos direitos humanos, em virtude do seu caráter universal, difundida e legitimada para toda humanidade.

Para Ferreira Filho, em *Direitos Humanos Fundamentais*,

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 possui primazia entre as declarações, pois é considerada como o modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal. Daí a sua incontestável influência sobre as declarações que, seguindo essa orientação, se editaram pelo mundo afora até a primeira Guerra Mundial (2010, p.37).

Vale uma historiografia acerca da ampliação progressiva do acervo jurídico do indivíduo e, portanto, as conquistas históricas da pessoa humana no Brasil. Em 1824, a Constituição em seu artigo 179 assegurava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos brasileiros. Já a Constituição de 1891 garantia aos brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade aos direitos de liberdade, segurança individual e à propriedade. Em seguida, com a Constituição de 1934, os direitos referentes à ordem econômica e social foram positivados bem como diversos direitos sociais. As Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, também positivaram os direitos fundamentais, porém, era defeso a apreciação judicial daquilo que fora praticado com base em atos institucionais (Bonavides, 2008).

Entretanto, sobre a história do constitucionalismo pátrio, concorda-se com Sarlet (2010) que foi a partir da Carta Magna de 1988, que o tema foi inovado e tratado com a merecida relevância, após o período de ditadura militar, cujo autoritarismo vigorou por cerca de mais de vinte anos. Sendo pioneira em destacá-

los, foi incorporada à tutela dos direitos individuais e sociais a proteção dos direitos difusos e coletivos. Segundo Wambier,

A Constituição Federal de 1988 é pródiga no reconhecimento de direitos fundamentais, a respeito dos quais faz menção expressa, todos ligados à idéia de dignidade da pessoa humana, hoje considerada inerente à noção de Estado de Direito. Todo o sistema jurídico infraconstitucional está permeado por estes direitos, o que se percebe nitidamente pela previsão de outros direitos daqueles derivados (2009, p.25).

Outro aspecto peculiar deste redesenho do sistema constitucional é a positivação da dignidade da pessoa humana que, pela Constituição de 1988, foi eleita fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o art.1º, III, CR/1988. Entende-se, com o constitucionalista português Jorge Miranda, que

Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa é da pessoa concreta na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e *abstracto*. É o homem ou a mulher tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege (2000, p. 184).

Aqui cabe um recorte a fim de situarmos diretamente o presente artigo. Partindo do pressuposto de uma perspectiva multidimensional pelo qual os direitos fundamentais se articulam, em sentido cumulativo, para proteger a pessoa humana vista na sua individualidade; como parte integrante de uma coletividade determinada ou determinável; e, inserida, em um contexto maior quando a reconhece na sua existencialidade, como gênero humano, passa-se a discorrer sobre as características destes âmbitos de proteção, enfatizando a 2ª e 3ª dimensão nas quais emergem as políticas públicas como instrumentos de efetivação.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais foi reconhecida pelas primeiras Constituições escritas e possui como fundamento principiológico a individualidade, pois se afirmaram como direitos individuais do cidadão em face do Estado.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange os direitos econômicos, sociais e culturais; correspondendo ao ideal de igualdade, estes direitos representam uma atuação positiva do Estado os quais surgiram após a Primeira Guerra Mundial, caracterizaram-se por concederem ao cidadão, direitos a prestações sociais como assistência social, saúde, educação, trabalho entre outros. Sublinha-se que os direitos fundamentais sociais representam conquistas e produtos

de lutas sociais, situando-se em algum momento da história do país. Para Telles (1999),

Os direitos sociais foram reconhecidos, junto com os direitos civis e os direitos políticos, no elenco dos direitos humanos [...] São considerados direitos que devem caber a todos os indivíduos igualmente, sem distinção de raça, religião, credo político, idade ou sexo. Com variações, esses direitos foram incorporados no correr desse século, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, nas Constituições da maioria dos países, ao menos do mundo ocidental. No Brasil, essa concepção universalista dos direitos sociais foi incorporada muito tardiamente, apenas em 1988, na Nova Constituição, que é uma referência política importante em nossa história recente, que foi celebrada como referência fundadora de uma modernidade democrática que prometia enterrar de vez 20 anos de governos militares. É importante saber que estes direitos estão inscritos na lei e é importante lembrar que, em algum momento na história dos países, fizeram parte dos debates e embates que mobilizaram homens e mulheres por parâmetros mais justos e mais igualitários no ordenamento do mundo (p. 173).

Com Gonçalves (2008), direitos fundamentais sociais são, pois, aqueles que, instigados pelas concepções do pluralismo e da democracia, tornam homens e mulheres juridicamente credores das prestações positivas do Estado. Os direitos sociais, consagrados como fundamentais pela Ordem Jurídica Brasileira, são frutos do reconhecimento da insuficiência, da impossibilidade e fragilidade do mercado como arena da justiça social. Logo, por acreditar que também nos direitos fundamentais há conteúdo da dignidade humana, defende-se o cabimento da proteção do não-retrocesso, prevista constitucionalmente.

Sarlet (1999) em *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988* entende que,

A denominação *direitos fundamentais sociais* encontra a sua razão de ser na circunstância- comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa- de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e a garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais- na esteira da magistral formulação de Jorge Miranda- como direitos à liberdade da opressão social e da necessidade (p. 149).

No que toca à terceira dimensão dos direitos fundamentais, estes surgem no fim do século XX. São direitos com os fundamentos principiológicos da fraternidade e de solidariedade, que se desenvolveram no âmbito internacional, com a peculiar finalidade de tutelar interesse coletivo ou difuso. Referem-se aos direitos à paz, ao

meio ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos. Historicamente estão vinculados aos ideais de liberdade e igualdade, possuem altíssimo teor de humanismo e universalidade, e possuem como destinatário precípua o gênero humano (Bonavides, 2008).

## **2.2. As políticas públicas como instrumentos de concretização de direitos fundamentais**

Partindo do pressuposto de que o que há positivado na Constituição deve ser observado e concretizado, alterando a realidade prática das pessoas de direito, entendemos que as políticas públicas constituem um dos mecanismos de efetivação do Direito. Adota-se, portanto, o paradigma enunciado por Barroso (2009) pelo qual

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Partindo da premissa da *estatalidade* do Direito, é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhes são próprios (p.82-83).

A política pública constitui, indubitavelmente, um mecanismo de concretização dos direitos fundamentais. Comparato (1997) acredita que, no âmbito jurídico, o silêncio em relação às políticas públicas no âmbito do Direito Constitucional remete-se ao fato de que antes da Revolução Industrial tal conceito era vazio e desnecessário, enfatizando-se mais conceitos e institutos jurídicos de cunho individual como propriedade, autonomia, contrato, dentre outros.

Neste mister, recorre-se à literatura especializada a fim de fazer construir uma conceituação razoável. Um entendimento apropriado é o de Silva (2001) que entende a política pública como

um mecanismo de mudança social, orientado para promover o bem-estar de segmentos sociais, principalmente os mais destituídos, devendo ser também um mecanismo de distribuição de renda e de equidade social, vista

como um mecanismo social que contém contradições [...] A política pública é uma resposta decorrente de pressões sociais a partir de ações de diferentes sujeitos que sustentam interesses diversificados. Portanto, serve a interesses também contraditórios, que ora se situam no campo do capital, ora no campo do trabalho[...] (SILVA, 2001, p.90).

Indubitavelmente, as políticas públicas redimensionam e almejam concretizar, no plano prático, o valor da dignidade. Desta forma, corrobora-se o entendimento de urgência de concretização da vontade da Constituição. Para Freire Júnior (2005),

independentemente de se pretender categorizar, em qualquer direito fundamental, a existência de um direito subjetivo ou, pelo menos, o seu aspecto objetivo, o fato é que não se pode aceitar a redução da Constituição à mera retórica. Disso se extrai a importância vital que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento de direitos e que pretende normatizar adequadamente as relações sociais (p.47-48).

Assim, entende-se que as políticas públicas constituem importantes instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, especificamente os de 2ª dimensão, ou seja, dentre outros o de saúde, educação, lazer e moradia. Neto (2008) ensina, pois, que as políticas públicas são

[...] toda e qualquer atuação do Estado, por meio da Administração Pública, que tenha por fim efetivar direitos fundamentais [...] Queremos também abarcar a não-atuação estatal que interfere na concretização desses direitos. A omissão ou inoperância estatal é relevante para o controle das políticas públicas e equivale à inexistência das políticas públicas (p. 53-54).

Para Bucci (2002), pensadas como categorias analíticas as políticas públicas

Envolveriam sempre uma conotação valorativa; de um lado, do ponto de vista de quem quer demonstrar a racionalidade da ação governamental, apontando os vetores que a orientam; de outro lado, da perspectiva de seus opositores, cujo questionamento estará voltado à coerência ou eficiência da ação governamental. Essa dimensão axiológica das políticas públicas aparece nos fins da ação governamental, os quais se detalham e concretizam em metas e objetivos (p. 252).

Já Appio (2010) ensina que para fins de controle judicial,

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos [...] simbolizam, portanto, a pretensão de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas, motivo pelo qual se revela crescente a judicialização das questões envolvendo seu conteúdo (p.136).

Sobre o contraditório processo das políticas públicas, frisa-se que

Seu desenvolvimento se expressa por movimentos articulados e, muitas vezes, concomitantes e interdependentes, constituídos de ações em forma de respostas, mais ou menos institucionalizadas, a situações consideradas problemáticas, materializadas mediante programas, projetos e serviços (SILVA, 2008, p.90).

Para Silva (2008), o estudo do processo das políticas públicas almeja compreender como as políticas são formuladas, implementadas e avaliadas. Logo, vale destacar, à guisa de uma contextualização, os movimentos do processo das políticas públicas, sempre lembrando que estes são interdependentes, podem ocorrer concomitantemente e estão norteados por uma relação dialética.

Como um primeiro movimento, a constituição do problema e da agenda governamental se perfaz no levantamento de problemas e demandas que preocupam a sociedade e o governo e que, por adquirir visibilidade, por pressão social, torna-se *issue* merecedor de atenção e de intervenção pelo poder público.

Por conseguinte, a formulação de alternativas de política constitui o denominado movimento de pré-decisão ao se perfazer por diagnósticos sobre a situação-problema e que indica as possibilidades de alternativas para o enfrentamento. Neste sentido, delibera-se o conteúdo geral do programa que abarca a instituição de seus objetivos, as diretrizes programáticas, a abrangência, os fundamentos, o público-alvo, a unidade de análise, os recursos dentre outros parâmetros que sustentarão a resposta aos problemas da agenda política.

Sendo um movimento decisório propriamente dito e tendo como sujeito relevante o Poder Legislativo, a adoção da política se concretiza pela escolha de uma alternativa dentre as várias elencadas para o enfrentamento efetivo da situação problema (Silva, 2008).

Tratando-se de um processo complexo, a implementação ou execução de programas sociais é o movimento do processo das políticas públicas que é posterior à sua formulação. Indubitavelmente, esta complexidade se dá porque este envolve variadas instituições, diferentes sujeitos que se amparam em interesses e racionalidades diversificadas, alocação de recursos e densas relações de poder. Portanto, com Silva (2008), engloba todas as atividades que permitirão a política acontecer. Neste sentido,

a implementação é o movimento do processo das políticas públicas que sucede à sua formulação. As políticas são transformadas em programas quando as condições iniciais são criadas, mas sua materialização só ocorre

com a sua implementação, constituindo-se na fase mais abrangente e talvez mais complexa do processo das políticas públicas, de modo que dificuldades conceituais e empíricas impedem uma definição e distinção da implementação da própria política, até porque a implementação, conforme lembra Arretche (2001, p.48), é um campo de incerteza (2004, p. 96).

E, assim, resta cristalino que uma política pública para que altere a realidade para qual propôs uma intervenção é resultado de um intenso processo de gestão que envolve mobilização no que tange à alocação de recursos; divisão de trabalho; relações de poder empreendidas; interação entre sujeitos; interesses diversos confrontados; riscos, incertezas, adaptações sobre processos e resultados dentre outros. Portanto, respaldada em um marco normativo que surgiu pela atuação de grupos de pressão motivados pelos mais diversos interesses, a atuação do Poder Executivo deveria ser sempre legítima. Ocorre que, em virtude da falibilidade do homem e de seu atuar corruptível e pela existência, por vezes, de descaso institucional e descompromisso com a coisa pública, as políticas públicas são vulnerabilizadas em seus fins e acabam por ser direcionadas por motivos escusos e desembocar em ambiência de desvios, ilegalidades e ineficiências.

A possibilidade de controle das políticas públicas pela sociedade da aplicação do gasto público e alcance do interesse público é urgente. A atuação, portanto, do Poder Judiciário por meio de uma atividade de controle se faz necessária.

### **3. O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LIMITES, POSSIBILIDADES E CASOS CONCRETOS DE INGERÊNCIAS**

Os movimentos do processo das políticas públicas, explanados no tópico anterior, situam-se numa realidade complexa, incontrolável absolutamente, mas que goza da possibilidade de ser amenizada por meio de intervenções pontuadas e dotadas de finalidade e meios que a instrumentalizem.

Neste sentido, a atuação do Judiciário constitui apenas um dos elementos que podem influenciar este processo, deixando-se claro que pode haver esta intervenção em qualquer um dos movimentos da política, seja na formulação, na implementação ou avaliação desta. Para efeitos deste artigo, enfatizar-se-á o

movimento da gestão das políticas e programas sociais, fase na qual a política já foi formulada e almeja amenizar o *issue* alterando, portanto, a realidade prática.

Destaque para o entendimento de que à atuação do Judiciário não implica garantia de sucesso para a política. Appio (2010) preconiza que

A intervenção dos juízes na formulação e execução das políticas públicas no Brasil é apenas um dos fatores que interferem no processo da decisão política, o qual geralmente depende de uma série complexa e desordenada de protagonistas e eventos históricos. Neste sentido, não há qualquer garantia de que o controle judicial de uma política pública irá assegurar seu sucesso, muito embora se possa sustentar que a ampliação do universo de pessoas responsáveis por sua formulação corresponda a uma concepção contemporânea sobre a democracia. Pretende-se com isto enfocar a relação entre a intervenção dos juízes e a democracia, sob o argumento de que a ingerência judicial se dá com o intuito de garantir o direito de participação da comunidade, bem como a proteção das minorias (p.135).

Há mecanismos espalhados pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro que nos remete à atuação em matéria de controle nas políticas públicas. Historicamente, destacam-se o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92); a interferência do Congresso Nacional com o auxílio dos Tribunais de Contas visando assegurar a devida implementação das políticas. A novidade, segundo Appio (2010), reside na “participação do Poder Judiciário no processo de formulação e execução das políticas públicas [...] pois implica a substituição de um ato de vontade dos governos eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos” (p.135).

Ao intervir no processo de formulação e implementação de uma política pública entende-se que esta é uma atividade de concretização de direitos fundamentais. Assim, a política pública, *prima facie*, possui o condão de impulsionar o desenvolvimento da nação, pautando-se na efetivação do sistema de proteção à pessoa humana, em suas mais variadas facetas.

Sublinha-se que a própria idéia de controle judicial evoluiu e alargou as modalidades de intervenção acompanhando a dinâmica das relações sociais e as novas demandas apresentadas perante o Estado-Juiz. Neste sentido, impende frisar que superando as formas clássicas de intervenção estatal na economia (poder de tributar, controle das tarifas públicas e inversão de recursos em obras de infraestrutura) e devidamente inserido em um contexto de globalização e neoliberalismo, o Estado passa a ser supervisor/gerente, deixando de intervir diretamente na

economia, passando a assegurar a eficiência dos instrumentos normativos legitimado no uso da força para a efetivação dos princípios que regem as liberdades civis e públicas em sociedade.

Enfatizando as continuidades e as impossibilidades de ruptura total com modelos anteriores, traz-se à baila o pensamento de Faria (2010) que, de plano, indica que,

[...] ao avançar progressivamente, nos anos 80, a abertura política propiciou uma exacerbada vocalização de demandas reprimidas de justiça material, uma crescente radicalização ideológica e uma explosão de litigiosidade, o que tornou os governos então eleitos politicamente débeis frente às pressões corporativas, aos interesses particulares e a choques redistributivos, comprometendo sua capacidade de remover a intrincada teia de paradoxos, dilemas, distorções e contradições herdadas pelo passado. Condicionados pelos mais variados limites internos e externos, eles tendem a perder a capacidade de alocar recursos estratégicos, de promover transferências de renda e de executar de modo tão eficaz quanto conseqüente a ação programática prometida em campanha eleitoral. Carentes de poder transformador, o problema desses governos é a reprodução, em maior ou menor grau da mesma dinâmica das gestões burocrático-autoritárias às quais sucederam: setores autocentrados em confronto aberto pelos dispêndios públicos, obtendo mais recursos aqueles com maior capacidade de mobilização, pressão, articulação e voz, independentemente de quaisquer critérios de necessidade ou de relevância social (2010, p. 128).

Após a contextualização *supra* apresentada, passar-se-á algumas reflexões acerca dos limites e possibilidades do controle judicial das políticas públicas, meios de concretização dos direitos fundamentais, no âmbito do Estado Democrático de Direito Brasileiro, inaugurado pela Constituição de 1988.

### **3.1. Limites e restrições à atuação do controle judicial**

Interessante visualizar a importância dos mecanismos de controle judicial das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. Todavia, deve-se sublinhar que este é limitado, possuindo, portanto, restrições que impedem aquilo que se ousou denominar como atuação indevida.

Neste sentido, Neto (2008) enuncia que

Os limites ao controle das políticas públicas são estabelecidos fundamentalmente por quatro fatores: em primeiro lugar, é necessário saber se há, de fato, ofensa a direitos fundamentais determinada pela política pública implementada ou pela não implementação de uma determinada política pública [...] O segundo fator é a discricionariedade de meios. Embora o Poder Judiciário possa determinar a cessação da ofensa

mediante a execução de uma política pública, não poderá dizer qual especificamente o meio que deverá ser utilizado. [...] O terceiro fator é a reserva do possível [...] O mínimo existencial é outro fator importante, eis que, quando estiver em risco, a intervenção do Poder Judiciário será sempre obrigatória, além de possível (p. 144-145).

Assim, resta cristalino que só caberá controle judicial quando houver efetiva violação de direitos fundamentais. Fala-se na reserva de consistência pelo qual “a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar” (MORO, 2004, p. 221).

Por esta primeira restrição, sublinha-se que a ofensa aos direitos fundamentais ocorre, em regra, na fase de execução e na eleição dos objetivos gerais traçados para a política. Logo, a política já existe mas há uma mácula na consecução de seus fins. Analisando, por exemplo, a existência de serviços de saúde, educação, políticas de atendimento prisional, conclui-se, com Neto (2008) que

Caso o serviço não funcione de modo adequado, o Poder Judiciário, uma vez provocado por quem não tenha legitimidade para a ação, poderá estabelecer objetivos mínimos a serem alcançados, em um prazo razoável de tempo, para que a ofensa aos direitos fundamentais se faça cessar. É nesse contexto que entram em cena as decisões judiciais que determinam o acréscimo de leitos em hospitais ou UTI's, o acréscimo de vagas em creches, escolas ou universidades, a modificação de regime de visitas aos presídios, a construção de novos hospitais, escolas, presídios etc (p.147).

Há de se atentar que constatada tal violação, o julgador deverá analisar se a intervenção é possível, necessária e se resultará em mais benefícios para a sociedade.

Outra restrição é imposta pela reserva do possível que nos remete a possibilidade material de concretização, baseada na menor onerosidade dos cofres públicos. Por meio de um juízo de proporcionalidade, pressupondo a limitação dos recursos públicos, o julgador estabelecerá se os objetivos traçados são razoáveis e possíveis de serem atingidos pelo Poder Público. Assim, na atualidade é muito comum se alegar inexistência de recursos orçamentários. Corrobora-se, pois, com o entendimento de Neto (2008) que

A mera alegação de inexistência de verbas orçamentárias para a implementação das políticas públicas exigidas judicialmente, contudo, não é motivo suficiente a caracterizar a impossibilidade material ou jurídica. Nesses casos, o julgador deverá fazer um juízo de ponderação e, em sendo o caso, autorizar a transferência de recursos de uma rubrica orçamentária

para outra. De toda sorte, mesmo a transferência de recursos de uma rubrica para outra não pode ser imposta ao poder público, mas tão-somente é facultada para possibilitar ao poder público o cumprimento da ordem judicial (2008, p. 151).

Uma terceira limitação inquieta a atividade de controle judicial para perseguir e almejar a proteção da pessoa humana em seu mínimo existencial. Logo, o controle das políticas recebe maior força e pode até flexibilizar, inclusive, os limites estabelecidos pela reserva do possível que se encontra em constante tensão com aquele.

Por fim, uma última limitação se refere à discricionariedade do Poder Executivo de poder escolher a forma como fará para cessar a violação a direitos fundamentais e a busca por meios mais adequados à implementação depois da atuação do Poder Judiciário. Sobreleva destacar que esta limitação decorre da idéia de que

O Poder Judiciário não tem visão global sobre as políticas públicas e sobre os objetivos do governo, sobre o direcionamento do Estado, sobre a disponibilidade de recursos orçamentários etc. A ingerência do Poder Judiciário sobre as políticas públicas pode ocasionar consideráveis transtornos e resultar em mais prejuízos que benefícios se não for respeitada a ampla margem de discricionariedade concedida aos Poderes Legislativo e Executivo. Sempre que se tratar de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, há de haver, portanto, um maior diálogo, poderíamos dizer uma sinergia, entre o Judiciário e os demais órgãos responsáveis pela execução da medida com fins a sanar ofensa aos direitos fundamentais. O Judiciário terá ampla autonomia para julgar se há ou não ofensa aos direitos fundamentais; se concluir pela existência da violação, deverá acertar igualmente como a violação deverá ser sanada (NETO, p.155-156).

Appio (2010) leciona, em meio a toda problematização acima exposta, que o Poder Judiciário se legitima para atuar pela própria natureza que a este foi atribuída. Neste sentido,

A separação dos Poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não-especializado, desde que compatível com sua atividade-fim. Já a reserva absoluta da lei implica a destinação específica da regulação de uma dada matéria- inclusive as formas de exercício de um determinado direito- à atividade legislativa, a qual não pode ser exercida pelos membros dos demais Poderes. É da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida em que é Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal (2010, p.149).

Ratifica-se, por fim, que o controle judicial das políticas públicas só se legitima quando respaldado nos elementos acima expostos sob pena de ingerência infundada e mácula a coexistência harmônica dos Poderes, conforme preceitua a Carta Magna.

### **3.2. Possibilidades, mecanismos de atuação do Poder Judiciário e casos concretos**

Ao prever a necessidade de concretização dos direitos fundamentais face à sempre necessidade de proteção à pessoa humana em seus variados âmbitos de proteção, o próprio Texto Constitucional assegura instrumentos para efetivação quando estes são violados ou estão na possibilidade de sê-los. Corrobora-se, pois, com o entendimento de Neto (2008) ao anunciar que

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário funda-se na democracia e na decisão judicial como resultado de um discurso racional democrático que se desenvolve entre todos os segmentos sociais e é mediado pelo Poder Judiciário. Sendo assim, a legitimidade ativa para o controle das políticas públicas deve ser a maior possível (p.160).

Para efeito do presente artigo, analisar-se-ão alguns instrumentos que protegem e efetivam direitos fundamentais quando a proteção à pessoa humana em risco se encontra. Entende-se com Appio (2010) que tais mecanismos são limitados visto que um modelo de jurisdição pleno dos direitos sociais e de implementação de políticas pelo Poder Judiciário é inconstitucional e causaria implicações políticas. Para este autor (p. 151),

A substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. Ademais, (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira reserva possível de administração. A discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto Poder político, na medida em que teria de suportar as

críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escorregia execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial. Finalmente, (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais, através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Destacam-se, pois, os mecanismos de âmbito processual que concretizam o direito posto a partir de incidência e interpretação comprometida com os valores resguardados pela Constituição. Logo, corrobora-se com o entendimento de Wambier (2008) de que

absolutamente ineficaz é a previsão de um direito considerado como direito material, se este não puder, pela via processual, ser feito valer contra quem quer que seja que o pretenda violar ou que efetivamente o viole, inclusive o próprio Estado. Assim, há as chamadas garantias instrumentais, capazes de dar consistência aos direitos fundamentais materiais [...] Significa dizer, por outras palavras, que a busca de sua concretização, no plano empírico, depende, via de regra, da existência de instrumentos de índole igualmente constitucional, por meio dos quais se possam fazer valer tais direitos, de modo a que se transformem, de proposições abstratas, em comando ligados a uma situação de fato real, e dotados de eficácia neste plano de mundo empírico, isto é, no plano das relações sociais (p. 23).

Sublinham-se, pois, as garantias fundamentais da Ação Civil Pública e da Ação Popular, ao visualizar nestes institutos caracteres próprios de instrumentos de controle do *atuar estatal* e, sobretudo, de tornar real o direito abstrato.

A Ação Civil Pública, como mecanismo de concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição, foi regulamentada pela Lei 7.347/85 e constitui o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, em conformidade com o que preconiza o artigo 1º da lei em comento. Não se prestando a amparar direitos individuais, também não se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu. Protege, pois, os interesses pertencentes à sociedade.

Traz-se à baila um julgado que discutia a omissão da Administração Pública na efetivação do direito fundamental à educação de crianças e adolescentes da rede estadual de ensino. O voto na íntegra, inclusive, ventila o princípio da proteção

integral e da prioridade absoluta que deve reger a política de atendimento à criança e adolescente entendidas como pessoas em desenvolvimento. Logo, ao visualizar o direito fundamental em comento como indisponível reconheceu que este impõe um dever fundamental ao Estado de fazer com que os alunos, em situação de vulnerabilidade, tenham acesso às escolas onde estão matriculados. Legitima-se, portanto, a atuação do Poder Judiciário que proclama um fazer estatal, embora em situação de excepcionalidade, como informa a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à constituição. 2. O supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[. . .]. Embora resida, primariamente, nos poderes legislativo e executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao poder judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - Por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - Mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (STF; RE-AgR 557.086; SC; Segunda Turma; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 25/05/2010; DJE 11/06/2010; Pág. 64).

Outro caso emblemático discutido a partir de um ajuizamento de Ação Civil Pública diz respeito à ratificação pelo Poder Judiciário de que a saúde goza de indisponibilidade e de que emerge como dever fundamental ao Estado a sua implementação e, portanto, efetivo acesso ao gozo deste. Traz-se à baila a ementa que anuncia:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em

questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido (AI 734487 AgR / PR – PARANÁ/ AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE/ Julgamento: 03/08/2010/ Órgão Julgador: Segunda Turma- STF).

Um terceiro caso interessante tem como principal discussão a questão da segurança pública. Também por meio de uma Ação Civil Pública se provocou a atividade do Poder Judiciário que em controle à uma atividade deficientemente desenvolvida pelo Poder Executivo decidiu intervir a fim de que se evite ou minimize a violação a direitos fundamentais dos indivíduos, conforme demonstra o julgado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 367432 AgR / PR - PARANÁ Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 20/04/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma)

Finalmente, colaciona-se outra jurisprudência acerca da efetivação do direito fundamental à educação no que tange à existência de corpo docente qualificado para instrumentalizar tal direito, discutida inicialmente por meio de Ação Civil Pública:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-

se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 594018 AgR/RJ, AG.REG.no Recurso Extraordinário, RJ, Relator: Min. Eros Grau, 23/06/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma).

Já a Ação Popular proclamada na Constituição no inciso LXXIII do artigo 5º, pelo qual

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 2011).

Destaca-se, pois, que a ação popular é uma importante medida que liga o cidadão ao controle do bem público ou da Administração Pública. Constitui instrumento sério e democrático do controle popular da Administração, dentro do conceito de que tem o povo direito a um governo subjetivamente sério e honesto (Pacheco, 2008).

Sublinhando-se que um dos bem jurídicos tutelados fundamentalmente pela Ação Popular é o direito fundamental à uma boa administração da coisa pública que engloba, por conseguinte, o respeito aos princípios que devem nortear a atividade do Poder Público, apresenta-se uma ementa que por meio da Ação Popular ajuizada provocou o reconhecimento de desvio de finalidade na aplicação do orçamento público municipal que premiou com o dinheiro público o ganhador de uma competição no município vizinho sem legítima justificativa:

AÇÃO POPULAR. Prêmio pago por Município relativamente a competição na Festa do Peão de Boiadeiro em Município vizinho. Desvio de finalidade reconhecido. Ação popular procedente. Recurso não provido. (TJSP; AC 4.762-5; Osvaldo Cruz; Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Sidnei Agostinho Beneti; Julg. 22/04/1998).

Com Appio (2010), entende-se que o Direito possui, portanto, uma importante função no regime democrático. O espaço judicial não é o único espaço possível para a emancipação política dos cidadãos brasileiros na atualidade, mas é a nossa melhor alternativa. Portanto, resta confirmada a importância das garantias fundamentais no controle judicial das políticas públicas a fim de prever a

possibilidade de redesenho da atuação do Estado, quando presentes os requisitos que ensejam esta ingerência do Poder Judiciário em outros Poderes, para uma melhor prestação de serviços às coletividades e compromisso com a pessoa humana, titular e destinatária das regras de poder no âmbito do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Indubitavelmente, as políticas públicas constituem um atuar estatal, respaldado em um marco normativo, com o fito de alcançar e satisfazer as necessidades coletivas na perspectiva de alteração nas condições socioeconômicas do país, consolidando a democracia e a vontade da Constituição.

Com base no exposto, confirma-se a hipótese preliminarmente levantada e apresentada na introdução deste artigo de que há limites na atuação do Poder Judiciário no âmbito do processo das políticas públicas assim como a Constituição prevê mecanismos de concretização dos direitos fundamentais a partir deste controle judicial.

Logo, pontualmente, pode-se constatar que:

1. O respeito à dignidade da pessoa humana, valor universal reconhecido e conteúdo dos direitos fundamentais nos ordenamentos pátrios, é o sentido de existência de um amplo sistema de proteção à pessoa;

2. As políticas públicas constituem instrumentais concretos de efetivação dos direitos fundamentais sociais que, numa perspectiva multidimensional, são titularizados pela coletividade e anseiam a igualdade e a realização de bem-estar dos indivíduos;

3. Ao almejar a realização da dignidade, as políticas públicas tendem a realizar a vontade da Constituição e simbolizam a pretensão de planejamento social a partir da execução de programas e projetos governamentais;

4. O estudo das políticas públicas se centra nas questões referentes à sua formulação, implementação e avaliação que, em movimentos contraditórios, articulam interesses e sujeitos diversos;

5. Influenciadas pela falibilidade humana, pelo descaso institucional e pela ambiência de ilegalidades e descomprometimento com a gestão da coisa pública, por vezes, as políticas públicas podem ter seus fins desviados ou vulnerabilizados, implicando ineficiência ou não alcance de situações merecedoras de proteção;

6. Contextualizado em uma ambiência complexa, o controle judicial se faz necessário a fim de nortear e redimensionar o atuar estatal para o cumprimento de seus fins;

7. Ao intervir no processo de implementação de uma política pública entende-se que esta é uma atividade de concretização de direitos fundamentais na medida em que o Poder Judiciário ordena, legitimamente, que seja feito algo não efetivado pela política em si pela atividade executiva, após ter sido devidamente acionado. Logo, a demanda judicial será efetivamente apresentada quando os Poderes responsáveis se omitirem em sua implementação;

8. Para a intervenção do Poder Judiciário ser legítima, é necessário que se cumpra alguns requisitos, tais como a) real ofensa aos direitos fundamentais; b) o respeito à discricionariedade do meio a ser utilizado pelo Poder Executivo na execução da política; c) as ponderações com o princípio da reserva do possível em alegação de insuficiência de recursos; e, por fim, d) a vinculação ao cumprimento do mínimo existencial;

9. Dentre os mecanismos possíveis de controle e, portanto, efetivação de direitos, destacam-se as garantias instrumentais da Ação Civil Pública e da Ação Popular;

10. Colacionaram-se julgados acerca da utilização originária destas ações e conseqüente acionamento dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal onde se buscavam garantir que situações fáticas de coletividades e difusas fossem tuteladas devidamente;

11. Analisaram-se os julgados colacionados a fim de demonstrar a ingerência do Poder Judiciário no redimensionamento e operacionalização das políticas desenvolvidas pelo Poder Executivo;

12. Por fim, conclui-se que o controle judicial das políticas públicas é atividade de suma importância no atual Estado Democrático de Direito que elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento e se pauta num atuar estatal que,

de maneira legítima, deve estar a serviço da sociedade e visualiza na pessoa o titular e destinatário das regras de poder.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Renovar: São Paulo, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIA, José Eduardo Faria (coord.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: RT, 2005.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais:** releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O controle jurisdicional das políticas públicas:** concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2008.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais Sociais:** Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *In* PASQUALINI, Alexandre et al. **O direito público em tempos de crise:** estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e (org.). **Avaliação de Políticas e Programas Sociais:** teoria e prática. São Paulo: Veras Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa avaliativa:** aspectos teóricos-metodológicos. São Paulo: Veras, 2008.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais: afinal do que se trata?**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre as ações constitucionais e sua efetividade. *In* DIDIER JR, Freddie. **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2009.