

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
NÚCLEO ACADÊMICO DE NOVA CRUZ
CAMPUS DE NATAL
CURSO DE DIREITO**

IRANILDO LUÍS PEREIRA

**ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA
JURISPRUDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**NOVA CRUZ-RN
2015**

IRANILDO LUÍS PEREIRA

**ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA
JURISPRUDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito do Núcleo Acadêmico de Nova Cruz/RN, Campus de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador(a): Professora Ma. Mariana Vannucci Vaconcellos

NOVA CRUZ-RN

2015

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Pereira, Iranildo Luís

Análise do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas na Jurisprudência do Estado do Rio Grande Do Norte / Iranildo Luís Pereira – Nova Cruz, RN, 2015.

66 F.

Orientador(a): Prof. Mariana Vannucci Vasconcellos.

Monografia (bacharelado) Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Campus de Natal. Núcleo de Nova Cruz. Curso de Direito.

1. Constituição Federal - Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2. Jurisprudências do Rio Grande do Norte. 3. Administradores públicos. I. Vannucci.

IRANILDO LUÍS PEREIRA

**ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA
JURISPRUDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito do Núcleo Acadêmico de Nova Cruz/RN, Campus de Natal/RN da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Apresentado oralmente e aprovado no dia 07 de dezembro de 2015.

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO:

Professora M^a. Mariana Vannucci Vasconcellos

Professor Dr. Agassiz Almeida Filho

Professora M^a. Marília Ferreira da Silva

A realização desse sonho, primeiramente, agradeço a Deus, por ter me acompanhado durante toda minha vida, dando a força que preciso para sempre seguir com a cabeça erguida. Aos meus pais, Seu Chico e Dona Gerusa, que não mediram esforços para a realização desse projeto. Aos meus irmãos Neto, Islamak, Beatriz e Júnior.

AGRADECIMENTOS

Como toda jornada, essa também não foi fácil. Ter uma meta e executá-la exige foco, disciplina, perseverança, saber abdicar e acima de tudo, acreditar em Deus, criador de todos os nossos sonhos e executor de todos os nossos projetos. Só por intermédio do Dele é que conseguimos alcançar todos os nossos objetivos. É por esse motivo que assim exclamo, “obrigado meu Deus”!.

A realização desse trabalho teve, direta ou indiretamente, a colaboração dos meus familiares, dos meus colegas de turma, de professores, de amigos, e principalmente, Dele, o arquiteto e Criador dos nossos sonhos, Deus.

Dedico a realização desse projeto aos meus pais, Seu Chico de Marcelino e Dona Gerusa, por terem confiado e colaborado diuturnamente na realização dos meus sonhos, com incentivo e palavras que ainda hoje me motivam para seguir em frente.

Foram eles, os quais tenho amor incondicional e admiração, que me apoiaram na hora que mais precisei, quando decidi estudar e tocar a vida de uma forma totalmente diferente. É por esses e outros motivos que me sinto firme e confiante para sempre continuar na luta.

Aos meus irmãos maravilhosos, Neto, Islamak, Beatriz e Júnior, amigos de todas as horas, de glória ou de dificuldades. Foram deles a compreensão e incentivo para que eu seguisse a carreira acadêmica e trilhasse novos horizontes. Deles tirei o ensinamento de que uma família, mesmo distante um do outro, deve sempre se manter unida. A vocês, meu muito obrigado.

Aos meus primos, os quais considero como irmãos e amigos, Adolfo, João, Abraão, Aldicélia e Antonio, que sempre me apoiaram. Não foram poucas as vezes que ligaram ou mandaram mensagens de apoio. É por esse motivo que agradeço os minutos que vocês tiraram e tiram para me manter sempre motivado.

Aos meus tios José, Judite, Marta e Célia, foram deles de onde pude tirar muitos ensinamentos, dentre eles não desistir dos sonhos que objetivamos alcançar. Só me resta agradecer o apoio de cada um.

Nesse espaço reservado não poderia também deixar de agradecer a pessoas importantes para mim nesse caminhar, Raimundinho, Euda, Valentina Raquel e Victor Mateus, pessoas que aprendi a respeitá-los. Eles também contribuíram

decisivamente durante todo esse tempo. Isso ficará marcado na minha memória, não tenho dúvida.

A minha Professora Orientadora, Professora e Mestre Mariana Vannucci, que sempre me ajudou durante o curso e principalmente na elaboração desse projeto, orientando para que tudo caminhasse conforme as normas estabelecidas. Nunca vou esquecer dessa valiosa contribuição, sem ela tenho certeza que a realização desse sonho seria adiado.

Agradeço ainda ao corpo docente que me auxiliou, decisivamente, durante os cinco anos de curso, dando a contribuição moral e intelectual necessária para alavancar a minha carreira profissional. Sem vocês os meus sonhos corriam o risco de ficar parado no tempo.

Nessa longa jornada, de lutas e glórias, não posso esquecer dos meus amigos, que de perto ou longe, acompanharam minha trajetória. Agradeço o apoio de cada um de vocês. Obrigado: Victor Mateus, Acassio Aires, Valentina Raquel, Brígida, Nayara, Renan, Júnior Albino, Gustavo, Vaneudo, Gilberlândio, Eugênio, Alex, Albino, Kairo e Júlio. Sem vocês o caminhar dos meus dias não seria completo.

Aos meus colegas de curso, que durante esses cinco anos foram fieis companheiros, seja nas horas fáceis ou nas difíceis. Não esqueço cada dia de luta que enfrentamos juntos nesta instituição de ensino.

Também faço questão de lembrar dos amigos que conquistei durante o curso, Ronaldo, Róbson, Miranda, Saulo, Nádson, André, Dr. Thiago Souto, Dr. Elson e Karla Raíssa, vocês ficaram registrados na minha memória como sendo as pessoas que contribuíram na realização de um sonho, fazendo dele o de vocês. Sempre se mostraram companheiros nas atividades laborativas que desempenhávamos, e isso não tem preço.

Quem passou pela vida em branca nuvem e em plácido repouso adormeceu, quem não sentiu o frio da desgraça, quem passou pela vida e não sofreu, foi espectro de homem, não foi homem, só passou pela vida, não viveu. (Francisco Otaviano).

RESUMO: Controle jurisdicional de políticas públicas visa precipuamente, através da atividade judiciária, fiscalizar e forçar a execução de políticas públicas pelo administrador público e pelos que assim se faça às vezes. Sendo essas atividades do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O objetivo principal é impor limites à discricionariedade dos poderes dos administradores. Assim, o interesse maior é fazer com que às políticas públicas sejam implementadas e executadas, ou seja, dar acesso às políticas sociais e econômicas, tendo em vista que a inércia desses poderes chega a causar perdas irreparáveis, ante a falta de efetivação dessas políticas. Políticas públicas tem como principal escopo atender aos comandos da Constituição Federal, frente a necessidade de implementação e execução das mesmas. Nesse diapasão, nasce para a jurisprudência os meios de atuação hábil do Poder Judiciário para que se force os administradores públicos a implementar e executar às políticas públicas previstas na Constituição Federal. A temática do presente trabalho visa tratar dessa nova perspectiva que surge na doutrina e na jurisprudência referente ao controle jurisdicional políticas públicas de acordo com os ditames constitucionais, obedecendo a separação de poderes, enfatizando a teoria da reserva do possível, o orçamento público, os direitos sociais, os direitos fundamentais, os meios de controle e por fim a análise jurisprudencial, que é de onde parte a análise do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Controle jurisdicional de políticas públicas. Poder Legislativo e Poder Executivo. Constituição Federal. Jurisprudência. Administradores públicos.

ABSTRACT: Jurisdictional control of public policies primarily aims, through the judiciary activity, monitor and enforce the implementation of public policies by the public administrator or the one responsible to do so. Being these activities of the legislative branch and the executive branch. The main purpose is to impose limits on the discretionarity of the powers of the directors. This way, the greatest interest is to ensure that public policies are implemented and enforced, that means, provide access to social and economic policies, given that the inertia of these powers comes to cause irreparable losses, at the lack of effectiveness of these policies. Public policies whose main scope to obey the commands of the Constitution, forward the need to implement and execute it. In this vein, born to the case law the means of skillful performance of the judiciary to which force public officials to implement and execute public policy provided for in the Federal Constitution. The theme of this paper aims to address this new perspective that comes in doctrine and case law relating to judicial review public policies according to constitutional principles, following the separation of powers, emphasizing the theory of reserve for contingencies, the public budget, social rights, fundamental rights, the means of control and finally the jurisprudential analysis, which is where part of the analysis of the work.

KEY-WORDS: Jurisdictional control of public policies. Legislative and executive branch. Federal Constitution. Jurisprudence. Public administrators.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A VISÃO RECENTE.....	15
2.1	CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	15
2.2	DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
2.3	DIREITOS SOCIAIS.....	22
2.4	FUNCIONAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO BRASILEIRO.....	25
3	CONTROLE JURISDICIONAL E SUA LEGITIMIDADE.....	31
3.1	SEPARAÇÃO DE PODERES.....	31
3.2	CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	34
3.3	A LEGITIMIDADE INTENVERTIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	38
3.4	POLÍTICAS PÚBLICAS, ORÇAMENTO E TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	45
4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLITICAS PÚBLICAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E UM BREVE COMPARATIVO COM OUTROS JULGADOS.....	53
4.1	CONTROLE DE POLITICAS PÚBLICAS NA JURISPRUDÊNCIA: JULGADOS DO STF E STJ.....	53
4.2	CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE.....	58
4.3	JULGADOS IMPORTANTES DE OUTROS TRIBUNAIS.....	59
5	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O tema políticas públicas desperta a atenção atual. Sobre a relevância atual do tema, é importante enfatizar que o presente trabalho abordará a importância das políticas públicas com base na doutrina, jurisprudência do STF, STJ e do Estado do Rio Grande do Norte, elucidando a importância e legitimidade constitucional da intervenção jurisdicional em políticas Públicas. Mostrará de um lado o papel do Estado-administração, de outro, o Estado-administrado, e por fim, a figura do Poder Judiciário intervindo para garantir os direitos individuais e coletivos (sociais, econômicos e culturais) que venham a ser violados ante a má gestão da coisa pública.

O objetivo principal deste trabalho é mostrar de forma clara os pontos que permeiam o estudo sobre o tema, dando uma visão que contribua para o debate acerca do tema em questão.

Os direitos fundamentais, como prerrogativas e garantias inerentes a todo e qualquer ser humano, têm por finalidade básica o respeito à dignidade da pessoa humana, mediante proteção contra arbítrio do poder estatal, bem como o estabelecimento de condições mínimas de vida e bem-estar social.

Esses direitos, em seu aspecto individual ou coletivo devem ser reconhecidos e respeitados pelo poder público. Aliás, tão grande é a importância dos mesmos que foram erigidos à categoria de direitos constitucionais de aplicação plena e imediata.

A sociedade, em vista de não ver seus direitos assegurados, busca de alguma forma, a efetivação dos seus direitos.

O Estado como garantidor de políticas públicas, nem sempre cumpriu com o seu papel, forçando o cidadão a ir à busca do judiciário para a garantia da tutela de seus direitos, como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, entre outros elencados na Lei Maior.

A Lei Maior rege pela separação dos Poderes, onde um não pode interferir nas funções do outro, sendo dessa forma, autônomos, independentes e harmônicos entre si, sendo atribuída função típica para cada um, onde ao executivo incumbe a tarefa precípua de administrar, ao judiciário a função jurisdicional de aplicação e execução de leis e ao legislativo, a de legislar.

Ocorre que o exercício desses direitos deve ser garantido como forma de salvaguardar a ordem social, e isso, em muitas das vezes, exige a intervenção do judiciário em terreno novo, para que se cumpra com as garantias prescritas pela Constituição Federal, quais sejam, criação, efetivação e execução de políticas públicas.

O tema a ser abordado será a análise do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Ele versará principalmente sobre a intervenção do judiciário em políticas na jurisprudência pátria, mostrando o que acontece em decisões tomadas pelo judiciário nesse sentido.

O estudo sobre o tema é recente no direito brasileiro, principalmente em âmbito do Rio Grande do Norte, onde se focará a análise de estudo sobre o assunto, exigindo assim, uma riqueza de detalhes em matéria nova, onde a busca por informações deve ser detalhada e cuidadosa.

A análise partirá de casos ocorridos dentro da jurisprudência, onde se buscará demonstrar o teor da aplicação da lei em casos concretos, no que diz respeito à intervenção do judiciário em âmbito de políticas públicas.

O plausível será o de uma decisão tomada recentemente no município de Currais Novos/RN, onde o juiz daquela comarca acatou o pedido do Ministério público, enfatizando que o município não poderia usar o dinheiro público para realizações de festas, tendo em vista que o momento era de calamidade, em virtude das secas sucessivas que afetou a região.

Poderemos citar ainda, as ações cominatórias propostas na comarca do município de Nova Cruz/RN, onde é frequente o descumprimento das medidas protetivas de saúde pública, forçando o cumprimento por parte do ente estatal.

Nessa perspectiva, almeja-se analisar a realidade jurisprudencial sobre o tema, enfocando as decisões tomadas no Estado do Rio Grande do Norte e também no STF e STJ como em alguns julgados de outros Estados, seus aspectos positivos e negativos que dão ensejo ao modelo atual de intervenção.

Assim sendo, infere-se que a aplicação de políticas, nem sempre se mostra eficaz e satisfatório, exigindo dessa forma, a intervenção efetiva do judiciário. É por isso, que o controle deve ser analisado de forma pormenorizada, buscando sempre, a justificativa de tal aplicação.

Por fim, cabe esclarecer que novos meios de abordagem sobre as diversas hipóteses de intervenção serão expostas e analisadas minuciosamente, a fim

esclarecer as nuances versadas em vários julgados, isso porque nem sempre as decisões trazem em seu bojo, decisões uniformes.

O tema é amplo e corriqueiro na seara do direito, sendo que desperta para o aperfeiçoamento das instituições democráticas de direito, figurando no cenário jurisprudencial a base para a discussão e problematização do tema.

Pelo presente tema, serão analisados os aspectos legais e os motivos ensejadores para aplicação da medida de intervenção, a fim de demonstrar o porquê dos julgados de ações propostas em diversos julgados.

A escolha do presente tema se dá pelo motivo de ser um assunto que desperta o interesse atual em abordar tal temática, objetivando mostrar de forma crítica e clara, os aspectos que permeiam a problemática abordada.

São exemplos como esses que darão corpo ao desenvolvimento do presente trabalho, objetivando mostrar, principalmente, casos ocorridos na jurisprudência do Rio Grande do Norte, facilitando e aproximando o entendimento do assunto, pois são fatos de fácil constatação na jurisprudência.

Justifica-se também pelo fato de ser um tema pouco debatido na doutrina, motivo pelo qual se deve buscar outras fontes de informações para a melhor compreensão do tema.

A temática que será abordada é de grande relevância, vez que se buscará visualizar os possíveis efeitos jurisdicionais que a intervenção acarreta ao meio social e econômico. Claro é, também, o seu caráter de relevância.

Tem-se também uma preocupação em delimitar o tema e conceituar os motivos da intervenção do judiciário em políticas públicas.

Ademais, se buscará, de igual modo, uma abordagem no social do problema, visando contextualizar os benefícios alcançados pela intervenção, onde será lançado pontos positivos e negativos através de comparativos com outros estados da federação. Ademais, será analisado, também, em âmbito do estado do Rio Grande do Norte, o estudo de casos ocorridos dentro do tema, isso porque mostrará a intervenção excepcional do poder judiciário na implementação de políticas públicas do Estado Potiguar.

Vale lembrar ainda, sob o ponto de vista social da matéria tratada, que o assunto é relevante e deve ser entendido como orientador para que possamos ver e ter nossos direitos assegurados em caso de violação ou inércia do Estado, isso porque o indivíduo por si só, não tem força para forçar o Estado a cumprir com o seu

dever de prestar a tutela adequada dos direitos da pessoa humana.

Como dito alhures, o tema ainda não foi bem explorado pela doutrina, sendo à jurisprudência uma fonte de socorro para as decisões proferidas em matéria de intervenção. É por isso que o trabalho abordará o assunto de forma abrangente, para uma melhor contextualização.

Por fim, o objetivo do presente trabalho é explorar os principais pontos que permeiam a atividade jurisdicional no que tange ao controle de políticas públicas.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A VISÃO RECENTE

O estudo das políticas públicas – não é demais deixar consignado - é dos mais recentes da teoria jurídica¹.

Definir o campo de estudo das políticas públicas é um movimento que faz parte da onda, relativamente recente, de interdisciplinaridade no direito². O tema surge como assunto recente dentro do direito, conseqüentemente na jurisprudência e também na doutrina, fazendo brotar amplos debates.

Vive-se uma era de insatisfação social e econômica onde o Estado na maioria dos casos não cumpre com o seu dever constitucionalmente estabelecido. Conforme preceitua a Lei Maior, o Estado deve garantir à subsistência da pessoa humana com a prestação de serviços – políticas públicas – que satisfaçam os anseios da coletividade.

“Política pública (...) conjunto de atos e/ou omissões, nem sempre lícitos, de modo que se evidencia atividade que se protraí no tempo, desenvolvendo-se com ou sem atropelos”³. Ainda assim a concepção de Política Pública resta vaga.

2.1 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A definição do tema políticas públicas acaba por ser variável, não existindo uma definição uníssona, vez que ainda é pouca a incidência de discussão doutrinária e até mesmo jurisprudencial. Existindo ínfima variedade de pensamentos sobre o tema.

A professora Mariana Vannucci Vasconcelos define com propriedade o que vem a ser Políticas Públicas, vejamos⁴:

... políticas públicas são inegáveis meios de aplicar políticas econômicas e intervir na economia em seus mais diversos meios. Tais políticas interventivas são ainda mais importantes no Estado Regulador como se demonstra atualmente. O Estado rege e direciona a economia muitas vezes

¹ BARROS. Marcus Aurélio de Feitas. “*Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2008. p. 56.

² BUCCI. Maria Paula Dallari. “*Direitos humanos e políticas públicas*”. 2001. p. 25.

³ BARROS, op. cit, p. 170.

⁴ VASCONCELLOS. Mariana Vannucci. “*Políticas públicas e sua importância para o desenvolvimento*”. p. 205. Disponível em <<
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/mariana_vannucci_vasconcellos.pdf>>
acesso em: 05-06-2015.

impondo a execução dessas políticas aos entes privados. Deste modo o estudo das políticas públicas deve atender essas duas vertentes constitucionais. Primeiro explicitar tais políticas como meio do estado agir para dar vida às diretrizes que a constituição impõe.

Dissertando com propriedade a respeito do tema, Marcus Aurélio de Freitas Barros faz uma acertada definição sobre políticas públicas⁵.

(...) as políticas públicas se ligam à atividade promocional do Estado e à realização de fins coletivos. Tal concepção é fartamente acolhida por vários autores contemporâneos, que também não deixam de identificar as *polies* com as tarefas estatais associadas a uma intervenção na ordem social, econômica e política.

Embora não seja uníssona na doutrina, alguns autores tratam do assunto com mais ênfase e destaque que outros, dando conceitos e definições detalhadas no que atine à problemática divergente que permeia o assunto.

Políticas numa definição bem lógica e sucinta pode assim ser definida⁶:

Políticas públicas são conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais. A educação e a saúde no Brasil são direitos universais de todos os brasileiros. Assim, para assegurá-los e promovê-los estão instituídas pela própria Constituição Federal as políticas públicas de educação e saúde. O meio ambiente é também reconhecido como um direito de todos e a ele corresponde a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei Federal n.º 6.938.

Segundo Carolina de Freitas Paladino, buscando uma definição de políticas públicas assim asseverou⁷:

“Conceitua-se como programas de ação governamental que têm como escopo a coordenação dos recursos disponíveis pelo Estado e também no que tange às atividades privadas com a finalidade de ações que possuam relevância que sejam politicamente determinadas. Dessa forma, as políticas públicas são metas coletivas conscientes”.

⁵ BARROS, op. cit, p. 58.

⁶ Disponível em <<http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivosr/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticPublicas.pdf>>. Acesso em: 18-08-2015.

⁷ PALADINO, Carolina de Freitas. “*Políticas públicas: Considerações gerais e possibilidade de controle judicial*”. 2008. p. 01.

Sendo sucinto na evidente definição sobre políticas públicas, pode-se definir como uma série de ações e metas visadas pelo Estado (leia-se União, Estados, Municípios e Distrito Federal) que vão ao encontro do bem estar da coletividade, com o escopo de garantir a todos o acesso aos serviços prestacionais do Estado. Essas ações quando não cumpridas pelo Estado, frise-se, gera um dissabor e uma omissão estatal, forçando a busca de outros meios de garantia na aplicação, a exemplo do controle jurisdicional.

Ainda sobre a visão de Marcus Aurélio, assim redigiu⁸:

Nesse contexto, compete à Administração pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

Segundo afirma esse autor supramencionado em momento oportuno, as políticas públicas são imprescindíveis à persecução da atividade estatal, vez que, são elas que implementam a atividade estatal. Daí se extrair um rico conceito desse entendimento doutrinário.

Esse tema ainda exige muita atenção no seu estudo, tendo em vista que pouco se explorou até aqui, pois como sabido, só veio ter um enfoque maior após a Constituição de 1988. Vale frisar ainda que muitos são os conceitos quando o tema versado é na verdade políticas públicas.

Vale ressaltar que, tanto doutrina quanto jurisprudência, parece se aproximar de uma definição, trazendo entendimentos próximos, convincentes e hábeis à garantia da tutela dos direitos coletivos e sociais.

Vale afirmar ainda que as políticas públicas são planos traçados pelo Estado no intuito de alcançar a harmonização na efetivação dos direitos sociais propriamente ditos, com a implementação de programas que venham atender os anseios sociais, e como consequência, assegurar os direitos preceituados nos diplomas legais que abordam a matéria, principalmente a Constituição Federal.

Nessa mesma linha de pensamento, pode-se fazer um breve esclarecimento do título "políticas públicas", sendo acertado mencionar mais uma vez Marcus Aurélio

⁸ BARROS, op. cit, p. 69-70.

de Freitas Barros, que assim bem definiu: “Assim, o conjunto de ações que o Poder Público realiza, visando o efetivo exercício da igualdade, base de toda ordem social, constitui as políticas públicas”⁹.

A Constituição Federal de 1988 em artigo 3º elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Aqui resta claro, dentro do texto constitucional, uma definição legal de políticas públicas.

Ainda citando a Lei Máxima, em seu capítulo II, Dos Direitos Sociais (assunto abordado em tópico específico), trata de uma série de direitos atinentes a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Estes são, conforme elenca a Constituição Federal de 1988, os ditos direitos sociais, os quais são postos em prática através das políticas públicas engendradas pelo Estado.

Dessa feita, o Estado através de medidas que visa atender os fins esperados pela população, elabora, por meio de políticas públicas (programas estatais sociais e econômicos), os objetivos a serem alcançados. Assim, políticas públicas, na definição doutrinária, pode ser, em breve elucidação, entendida como sendo uma junção de medidas tomadas pelo Estado para a consecução de programas e ações visando com primazia atender os anseios sociais.

Por ser um tema recente, pós Constituição de 1988, encontra-se conceitos diversificados para a definição adequada do tema, se tornando complexo do ponto de vista teórico.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci¹⁰:

O tema é, por natureza, muito complexo. Em primeiro lugar, porque não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário do universo de preocupações da teoria política. O instrumental jurídico de análise centrado na norma e no ordenamento jurídico não é o mais adequado para captar o caráter eminentemente dinâmico e funcional das políticas públicas.

⁹ BARROS, op. cit, p. 58.

¹⁰ BUCCI. Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Brasília. 1997. p. 89. Disponível em: <<http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf>> . Acesso em 22/05/2015.

Assim, infere-se que não existe uma definição mais certa ou mais aproximada do tema, sendo varável, tendo em vista que existe uma gama de definições que se enquadram dentro do assunto. Basta analisarmos o contexto de diversas obras e jurisprudências que circundam a temática ora em análise, com abordagens e definições aproximadas.

Maria Paula Dallari Bucci ainda traz outras definições a cerca do que vem a ser Políticas Públicas no seu contexto mais próximo possível, com sua ímpar descrição sobre elaboração de ricos conceitos. Assim a autora define mais uma vez o que vem a ser políticas públicas¹¹:

[...] As políticas públicas hoje são instrumentos de ação dos governos [...], fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos. A função de governar - o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social - seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas.

Ademais, é acertado mencionar que o tema ganhou grande relevância com o advento da Constituição de 1988, trazendo inovações no campo dos direitos individuais e coletivos; e também no campo dos direitos sociais, temas que serão adiante tratados com mais ênfase e destaque, pois servirão de base para o presente trabalho.

Na acertada visão da Professora Vannucci, assim pode ser transcrito¹²:

As políticas públicas decorrem da exigência que as normas programáticas trazem de ser vertidas em ações afirmativas e até mesmo limitas as omissões do Estado para que estejam contidas no planejamento que se espera para a eficácia dessas normas. Ainda vemos que a função clássica das políticas públicas é implementar os direitos sociais a prestações com a finalidade de enfim retirar esses direitos do papel. Conduto não pode separar as normas programáticas dos direitos sociais já que muitos deles são considerados por parte da doutrina como normas deste tipo.

Políticas públicas, pois, são verdadeiras atividades públicas qualificadas como programas estatais, que envolvem, dentre vários outros elementos, recursos públicos¹³.

De tudo que até aqui foi exposto, chega-se a um breve conceito sobre o que venha ser Políticas Públicas. Nada mais são do que atividades visadas pelo Estado,

¹¹ BUCCI, op. cit, p. 90.

¹² VASCONCELLOS, op. cit. p. 205-206.

¹³ BARROS, op. cit, p. 62.

voltadas para a promoção e efetivação de direitos referentes ao bem comum da coletividade. Sendo um objetivo a ser alcançado pelas ações ditas pela Constituição, planejadas pelo Estado e executadas pelos administradores públicos. Estes sendo os eixos de onde parte todos os comandos, dizendo o que deve ou não ser implementado pelo Estado.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais estão diretamente ligados à constituição do Estado Democrático de Direito. Sem estes, não seria possível uma harmonia social no contexto em que vive-se. Tais direitos garantem a segurança do ordenamento jurídico contra a arbitrariedade do Estado, criando limitações ao poder estatal.

Segundo o magistério do Professor João Trindade Cavalcante Filho “O constitucionalismo, como movimento de limitação dos poderes estatais, está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais”¹⁴. Afirma este autor que o constitucionalismo impede a arbitrariedade do estado. Está afirmando, por assim dizer, existir um estado democrático de direito vigente com plenitude constitucional. E assim sendo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais só são possíveis com o constitucionalismo limitador da força do Estado.

O conceito de direitos fundamentais encontra na doutrina várias nomenclaturas relevantes para a sua definição. Cite-se aqui alguns exemplos como “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do homem”. Embora surja uma vasta variedade de definições, ainda é mais usual e até mesmo adequada a terminologia Direitos fundamentais, pois esta encontra-se expressamente elencada na Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 define largamente o que são direitos Fundamentais, traçando características que deixam claro a sua definição.

A Carta cidadã de 1988 assegura, não só no artigo 5º, mas em todo seu corpo textual o que seja Direitos e Garantias Fundamentais, direitos estes que

¹⁴ FILHO, João Trindade Cavalcante. “*Teoria geral dos direito fundamentais*”. p1. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade_theoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>> Acesso em: 20/04/15.

devem ser observados por todos nós, uma vez que aludidos direitos existem para fortalecer o Estado democrático de direito e as garantias da pessoa humana.

Os direitos fundamentais positivados são à base de construção da dignidade da pessoa humana, exigindo do estado uma prestação positiva, pois a ausência desses direitos torna-se impossível viver em sociedade de forma digna e humana. O direito a saúde, a educação, ao lazer, ao esporte, à segurança garante ao ser humano o mínimo existencial para a vida em sociedade.

Ao analisarmos o corpo da Constituição percebemos que os Direitos Fundamentais não estão dentro de um rol taxativo, existindo uma variedade dentro da Lei Maior, dispersos dentro de vários títulos e artigos.

Ao apontarmos uma lista de direitos fundamentais vemos que nenhum é absoluto, existindo limitações ao seu exercício. Como frisa João Trindade Cavalcante Filho¹⁵:

Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto.

Assim, mesmo sendo uma garantia que os direitos fundamentais sejam respeitados, que sejam aplicados, que o Estado não abuse, essas prerrogativas também encontram respaldo de não serem eminentemente absolutos, vez que pode ocasionar um desequilíbrio e virar uma arbitrariedade entre particulares, um querendo interferir na esfera privada do outro, gerando uma situação de desconforto, instabilidade e insegurança.

A Corte brasileira também tem se posicionado quanto ao assunto nos seus julgados, onde chega mencionar o caráter não absoluto dos Direitos Fundamentais. Apenas para ilustrar a temática trazida, segue um julgado do Supremo Tribunal Federal.

Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20¹⁶:

¹⁵ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>> acesso em: 20/04/15.

¹⁶ Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>>> Acesso

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”.

Os direitos fundamentais são, assim analisando, os principais a subsistência da pessoa humana, com escopo de proporcionar saúde, educação, bem estar, lazer, dentre outras políticas públicas indispensáveis ao bem estar de todos.

Conforme se expôs, os direitos fundamentais mesmo se estendendo a todos não é absoluto, tendo uma série de limitações, onde um direito não pode interferir sem justo motivo no do outro.

Vale frisar ainda, que os direitos fundamentais são a essência maior do texto constitucional, pois consagra os direitos ditos como indispensáveis a subsistência humana, proporcionando harmonia para todo o sistema democrático de direito, sem eles impossível seria manter a ordem social.

2.3 DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, como sabemos, está elencado na Constituição Federal de 1988 do artigo 8º ao 11, trazendo os direitos que são a base e a garantia assegurados a todo e qualquer indivíduo.

Os direitos sociais é fruto de muita luta e conquistas por igualdade e garantia de existência digna. Segundo José Afonso da Silva¹⁷.

“... por meio de revoluções foi se ganhando espaço, extinguindo um sistema e implantando outro, foi assim com a Revolução inglesa, com a Revolução

em: 20/04/2015.

¹⁷ SILVA. José Afonso da. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. São Paulo: Malheiros Editores. Ed. 2005, p. 285.

francesa, com o Iluminismo, e aqui no Brasil com os movimentos de busca pela liberdade, a exemplo da inconfidência mineira. No Brasil, a Primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934¹⁸.

A definição de Direitos sociais é ampla e encontra uma variedade de conceitos, onde a doutrina dominante conceitua diversificando vários pontos.

Para José Afonso da Silva¹⁹:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionada pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais dignas. São portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Essa definição remete a importância dos direitos sociais ao presente estudo, visto que é primordial para a elaboração das políticas públicas, encontrando encontra base de justificação na elaboração de tais políticas de assistência.

Ainda vale ressaltar que ao infringir os direitos sociais não pode haver políticas públicas, motivo pelo qual enseja a intervenção efetiva do Poder Judiciário. Esse tema será tratado com mais ênfase mais adiante.

Os direitos sociais segue uma classificação positivada no texto constitucional, do artigo 6º ao 11, com riqueza de detalhes voltada para a análise de cada direito social.

Ainda segundo a melhor doutrina de José Afonso da Silva, pode ser assim classificado os direitos sociais, a luz do direito positivado brasileiro²⁰:

(...) sem preocupação com uma classificação rígida, e com base nos arts. 6º a 11, agrupá-los-emos nas seis classes seguintes: (a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Dentro dos dispositivos constitucionais positivados, do art. 6º ao 11, encontramos essa classificação minuciosa do que vem a ser direitos sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

¹⁹ SILVA, op. cit, p. 286.

²⁰ SILVA, op. cit, p. 287.

A educação é direito social fundamental assegurado pela Constituição, pois uma sociedade só se mantém em crescimento quando investe em educação. É princípio basilar que deve ser assegurado a todos, sem distinção de qualquer natureza. Vale frisar que quando a educação não vai bem, os demais institutos se enfraquecem.

A saúde, de igual modo, deve ser vista como prioridade para a garantia do bem estar de todos, pois quando não se investe em saúde há um enfraquecimento das políticas públicas. Daí surge à necessidade de busca por uma melhor prestação do serviço estatal, muitas vezes só através de intervenção jurisdicional.

Jose Afonso da Silva pondera da seguinte maneira²¹:

(...) há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

A constituição assegura que a todos seja garantido o acesso a alimentação, como sendo um direito vital e social fundamental. Dessa premissa básica, infere-se indubitavelmente que sem alimentação não tem como haver vida digna.

O trabalho como força motora do crescimento de um país é também uma das principais preocupações, isso porque é por meio dele que se garante a fonte de arrecadação e, conseqüentemente, o crescimento do país, gerando riqueza e desenvolvimento. “Os direitos relativos aos trabalhadores são de duas ordens fundamentadamente: (a) direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho; e (b) direitos coletivos de trabalho”²².

A moradia vem também como um direito social, garantido pela constituição, embora o déficit habitacional ainda seja grande. Neste caso percebe-se que as políticas assistenciais à moradia não são aplicadas como reza a Constituição Federal.

Depois de muita luta da classe trabalhadora, foi assegurado o direito ao lazer, premissa de direito que há muito se almejava. O lazer deve ser assegurado a todos, tendo em vista que é inerente ao ser humano e não apenas a uma classe.

A segurança, dever do Estado, assegurada na Constituição, é uma bandeira levantada por muitos que militam por uma ordem social livre de arbitrariedade, tendo

²¹ SILVA, op. cit, p. 308.

²² SILVA, op. cit, p. 288.

em vista que é um mal que assola a sociedade. Tem muito se discutido acerca dos objetivos para com a segurança, mas pouco se fez e pouco foi mudado. Cabe mencionar, mais uma vez, que é dever do Estado manter a segurança e a paz social de todos.

A previdência social é talvez um dos direitos sociais que mais encontra barreiras devido ao endividamento que a mesma enfrenta, o que provoca desequilíbrio, ocasionando déficit nas contas da previdência. É por isso que muitos que pleiteia perante a Autarquia têm ido à busca da tutela jurisdicional. Só assim é que muitos garantem a tutela do Estado que é de direito.

Ainda quanto aos direitos sociais vale mencionar a proteção à maternidade à infância, que deve ser assistido pelo Estado na busca por uma política assistencialista de prevenção e bem estar. À criança deve ser garantido, desde o nascimento, os direitos mais elementares à vida humana, pois ainda se encontra em desenvolvimento. Deve ser garantido saúde, educação, entre outros necessários ao desenvolvimento de uma criança.

Ademais, cabe mencionar a assistência aos desamparados, que por lei deve ser assegurado. Esses devem ser assistidos de forma a garantir o bem estar social com tudo que é de direito.

Ademais, a Constituição assegura mais alguns direitos de cunho social espalhados nos artigos mencionados anteriormente. A título de exemplo pode-se mencionar o direito de greve, direito à formação de sindicatos. São o conjunto desses direitos que é garantido o bem estar social, como saúde, educação, segurança, moradia, seguridade social dentre outros direitos.

2.4 FUNCIONAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO BRASILEIRO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreram, de forma acentuada, mudanças nas formas de interação do Estado com a sociedade brasileira²³. As políticas públicas no Brasil é uma realidade recente, sabendo-se que veio a tona mais precisamente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, após o fim do período ditatorial, este, limitava, ou mesmo impedia a execução

²³ IPEA. “*Brasil em desenvolvimento/Estado, planejamento e políticas públicas*”. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/bd/pdf/Livro_BD_vol3.pdf>>. Acesso em: 31/03/2015.

dessas políticas assistencialistas. Foi a partir daí que tomou contornos largos e abrangentes do ponto de vista político e jurídico.

Após esse período difícil e turbulento, foi que o Brasil começou a traçar uma verdadeira luta para a implementação de direitos individuais e coletivos, ou melhor, inserir com amplitude os direitos fundamentais e sociais, ou seja, dar corpo às políticas públicas de assistencialismo. Talvez seja por isso que a Constituição Federal foi intitulada de “Constituição Cidadã”.

A constituição de 1988 retrata os anseios sociais pretendidos por democracia e participação social. Onde durante muito tempo se encontrava de um lado o povo, cansado e injustiçado pelas barbáries de um período difícil e violento; de outra banda uma classe política preocupada com o que se perdurava desde a década de 1960.

Depois de muita luta o país tem de volta a liberdade pretendida, através da promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta intitulada com várias nomenclaturas. ‘Carta Cidadã’, ‘Constituição Cidadã’, ‘Carta Magna’, ‘Lei Maior’, dentre outros.

A partir desse momento (1988), tem-se nas políticas públicas, ou como diz a melhor doutrina, na atividade de assistência, os contornos de organização e execução dos direitos sociais e individuais, estes, fruto de muita luta popular.

Feito esse breve relato, vale fazer a seguinte indagação quanto ao objeto de estudo. Como funciona as Políticas Públicas no Brasil?

No Brasil as Políticas públicas encontram seu fundamento de validade na constituição, onde se revestem de mandamentos legais e até mesmo jurisprudenciais. Vale lembrar também os atos de governo e administrativos, que ao que entende a doutrina, são também formas de políticas públicas.

É a partir desses contornos que o Estado na sua mais ampla abrangência assistencialista traça seus objetivos e metas para serem alcançados ou apenas planejados, nesse último caso, se dá devido à escassez de recursos ou má gestão destes, o que dificulta o andamento na implementação das Políticas Públicas.

Nesse diapasão, as Políticas Públicas surgem como sendo as diretrizes assistenciais elaboradas pelos governos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – para a solução de problemas que afetam diretamente a sociedade. Isso se dá por meio de leis, decretos ou até mesmo programas ou um conjunto de obras, como por exemplo, as políticas de assistência social. Neste caso vale mencionar as

políticas de assistência ao idoso, a criança e ao adolescente e também a política de assistência a renda de famílias de baixa renda.

Podemos dizer ainda que ela é fruto da atividade estatal (Administração pública), que tem como fim solucionar os problemas enfrentados pela sociedade. Assim, infere-se que as políticas públicas é o Estado-Governo em ação de assistência, são todas as atividades e a forma como elas são executadas. São um conjunto de projetos, atividades e programas elaborados e executados pelos entes governamentais.

Segundo Assevera Eduardo Appio, as Políticas Públicas funcionam da seguinte maneira²⁴:

As Políticas Públicas funcionam como instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que determina uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.

Segundo o autor acima citado, as políticas públicas têm como função primordial atender a população nas suas atividades múltiplas de assistencialismo. A função precípua é atender o interesse dos particulares através da execução de ações impostas e ao mesmo tempo executadas pelo Estado, mas que se adeque ao que prevê a Constituição Federal. É por isso que existe uma série de limitações quando se trata de coisa pública, a exemplo do orçamento, que exige parâmetros e adequação de gastos.

Para Marcus Aurélio, as políticas públicas são “às metas e objetivos sociais que demandam um programa de ação a ser desenvolvido por parte do Estado²⁵”.

As Políticas Públicas funcionam primordialmente como mecanismos para dar sentido ao Estado Democrático de Direito através dos Direitos Fundamentais e sociais de assistência condigna com imposto em Lei.

É certo que as Políticas públicas não se restringem apenas a esses parâmetros delineados alhures, valendo mencionar que além disso, elas podem ser vistas como atividades do Estado voltadas para a consecução de metas que visem o bem estar de todos indistintamente, traçando o que poderia ser chamado de atividades que visem trazer progresso, promoção social e assistência para a coletividade. Não pode ser tida como a prática de um ato isolado.

²⁴ APPIO, Eduardo. “*Controle judicial de políticas públicas no Brasil*”. Curitiba: Juruá, 2005. p. 143-144.

²⁵ BARROS, op. cit, p. 57.

Dizer que as Políticas visam apenas intervir na economia e na vida privada, é delimitar ao mínimo, não fazendo valer aquilo que está garantido na Constituição Federal, que por sinal, vai além.

Deve-se garantir que as Políticas Públicas funcionem no seu mais amplo conceito, executando políticas de interesse social e coletivo, assistindo estendendo a todos os fins a serem alcançados. Dessa forma, tem-se que as garantias constitucionais serão no seu mais amplo campo de abrangência, executadas para tal fim.

Nessa perspectiva de linha racional e corroborando com entendimento em linhas antecedentes a estas, elucidou com propriedade Marcus Aurélio de Freitas Barros²⁶:

É importante olhar as políticas de frente, ao invés de apenas anunciar seus objetivos e vinculação constitucional. Sob esse prisma, pode-se dizer que são atividades orientadas por uma finalidade. São, as mais das vezes, compostas por uma quantidade enorme de normas, de atos administrativos, de licitações, contratos, etc. Exigem, também, necessariamente, dispêndio de recursos. Dificilmente se compõem de um único ato isolado. No geral, demandam verdadeiros processos: seja legislativo, administrativo ou até financeiro.

Complementando o ponto de vista do autor citado acima, a respeito de como funcionam as Políticas Públicas sob o contexto geral, mas dando ênfase principalmente ao Brasil, cita o autor um breve trecho do pensamento de Comparato, que assim expôs com sabedoria²⁷:

“Política Pública” (...) é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa atividade, ou seja, uma série ordenada, de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, instrumentais e financeiros - aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. O que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos ou a eles imposta pela Constituição ou as Leis.

No Brasil se exige a manifestação do Estado através da prestação positiva de ações sociais, ou seja, de assistência, estas são o objeto mediato das Políticas

²⁶ BARROS, op. cit, p. 70.

²⁷ COMPARATO. Fábio Konder. *“O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”*. p. 248-249. Apud. BARROS, op. cit, p. 70.

Públicas, que são implementadas por meio de recursos destinados para esse fim, não sendo eficaz devido à má administração dos recursos. Está aí o motivo de não caminhar bem a execução de tais ações previstas em lei.

As decisões de governo, quando mal tomadas, e é o que mais tem acontecido atualmente, acaba prejudicando a implementação das ações sociais, e por consequência, prejudica a sociedade como um todo, impedindo que o que é assegurado ao cidadão seja de fato executado, conforme manda a política de execução das políticas públicas. Isso se dá devido ao envolvimento de diversos setores em diversos níveis de atuação, dificultando assim, a execução como de fato deveria ocorrer.

Nesse agir, conforme se percebe, falta planejamento na execução e implementação de Políticas Públicas, ou conforme alguns doutrinadores afirmam, falta responsabilidade no uso de recursos públicos, do que é público, acarretando gastos vultosos, às vezes sem planejamento, sem compromisso e conseqüentemente, ocasiona prejuízo ao erário.

É de se esclarecer ainda, que a forma como é posta para ser executada as políticas públicas no Brasil, com diversos agentes na cadeia de implementação, não é tarefa nada fácil, pois no percurso de execução os recursos acabam se “evaporando” com facilidade, devido ao descaso que toma conta quando o assunto é recurso público.

Para Gilberto Bercovici, o qual trata de forma sábia sobre assunto, o Estado deve planejar de forma coordenada as ações de implementação de políticas públicas. Veja-se as lições do nobre autor²⁸:

O planejamento coordena, racionaliza e dá unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumerações de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve está de acordo com a ideologia constitucional adotada. (...) Desta forma, não existe planejamento “neutro”, pois se trata de uma escolha entre várias possibilidades, escolha guiada por valores políticos e ideológicos, consagrados, no caso brasileiro, no texto Constitucional. (...)

O modelo de planejamento previsto na Constituição de 1988 visa à instituição de um sistema de planejamento com grande participação do Poder Legislativo e vinculação do plano ao orçamento e aos fins enunciados

²⁸ BERCOVICI, Gilberto. *“Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988”*. São Paulo: Malheiro, 2005. p. 69-70 e 76-77.

no texto constitucional. Neste, estão estipuladas as bases para um planejamento democrático, com aumento da transparência e controle sobre o gasto público, ao exigir coerência entre o gasto anual do governo e o planejamento de médio e longo prazos. A grande dificuldade situa-se na falta de vontade política para implementar novamente o planejamento estatal.

Dessa forma, percebe-se, o recomendado é que todos aqueles que são beneficiários das políticas públicas participem ativamente do processo de implementação, para que os objetivos, uma vez pretendidos, sejam devidamente alcançados. E assim, procurar identificar o problema, formando agendas, elaborando projetos, entre outras ações que venham somar no intuito de viabilizar o regular andamento das políticas públicas.

No Brasil a execução de políticas públicas acontece de forma descentralizada, envolvendo diversos agentes em variados níveis de escalonamento, exigindo um minucioso trabalho de implementação, cada um com tarefa específica, caso falhe ou se mantenha inerte, tudo volta a ser como era antes, sem o seu devido trabalho executado.

As políticas públicas hoje no Brasil buscam, através das políticas de assistência, a diminuição da distância entre as classes. Ela tem como um dos fundamentos diminuir os contrastes sociais, distribuir melhor a renda e dessa forma encurtar a diferença entre classes sociais.

Desta forma, infere-se que as políticas públicas, seguindo a perspectiva do Estado Democrático de Direito, pauta-se nos anseios da sociedade, com implementação de ações sociais, do tipo, saúde, educação, cultura, lazer e tantas outras indispensáveis à satisfação da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Estado brasileiro, por meio de seus mecanismos de integração social de assistencialismo, deve, de forma coordenada e planejada proporcionar de forma eficaz a elaboração, execução e implementação das políticas públicas, assegurando a cada um o direito de ter ao seu dispor aquilo que é de mais importância para a vida, que é a política de assistência pública.

3 CONTROLE JURISDICIONAL E SUA LEGITIMIDADE

Do exposto, chega-se ao foco primordial, que é o controle jurisdicional de políticas públicas e sua legitimidade. A respeito do tema é importante frisar mais uma vez, que a efetivação dos direitos fundamentais e sociais através do mecanismo de controle mostra-se insuficiente, talvez por ser recente discussão doutrinária e sua incidência na seara jurisprudencial.

Desperta, desta forma, a atenção no que tange ao controle jurisdicional de políticas públicas, sendo acertado e pertinente identificar pontos relevantes em julgados e provimentos judiciais em consonância com o tema ora em quesito.

Assim sendo, o presente capítulo será focado nas questões voltadas para o controle de políticas públicas à luz da Constituição Federal, com foco na legitimidade do Poder Judiciário, dando-lhe uma missão constitucional.

O objetivo é mostrar o caminho jurisprudencial adequado à efetivação dos direitos fundamentais e sociais, estes, há muito, não são postos em prática conforme manda Carta Magna. É salutar, para a riqueza do debate, manter o esclarecimento do trabalho.

3.1 SEPARAÇÃO DE PODERES

Segundo ensina a melhor doutrina, o Poder é uno e indivisível, não existindo vários poderes, sendo a nomenclatura dos órgãos estatais a mais adequada para definir o presente tema. Nessa esteira entendem ser os agentes políticos os responsáveis na missão precípua de exercerem atos de soberania.

O presente tópico assente na separação de poderes - ou de funções estatais, já que o poder é uno e indivisível - encontra na doutrina moderna, objeção à nomenclatura “divisão de poderes”. A argumentação principal versa a respeito de que o poder é uno e indivisível. Embora esta seja a forma mais adequada de se intitular e definir o tema, preferimos seguir a denominação dada pela Constituição Federal, não sendo objetivo desse trabalho asseverar a forma mais adequada para a intitulação do presente tema.

A origem histórica da separação dos poderes remonta a um período muito antigo, desde a antiguidade já havia a concretização dessa ideia.

Há uma origem remota da separação dos poderes, que pode ser identificada

na origem da antiguidade. A divisão do poder em diferentes estruturas decisórias poderia promover mais controle e menos arbítrio, e mais efetividade.

Esse é um princípio político que se enquadra dentro da universalidade das democracias a partir das revoluções liberais, como a Revolução Francesa, a Revolução americana e a Revolução Inglesa, estas foram as que mais deram sentido com amplitude a separação de poderes. Numa delas a ideia era a superação do absolutismo, e, portanto, evitar que um poder concentrado acabasse se tornando arbitrário.

O princípio da separação dos poderes continua em permanente evolução, para que haja uma concretização em diferentes formas. No Brasil a separação de poderes já teve diferentes alcances e diferentes significações de ordem práticas.

No Brasil, como é sabido, a separação de poderes se deu com a Constituição do Império, momento em que se instituiu quatro poderes, Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, este último nada mais era que um poder para satisfazer o Imperador D. Pedro I, que na concepção constitucional da época era tido como o poder que velava pela a harmonia e independência dos poderes, nos termos dos artigos 10 e 98.

Sobre a separação de poderes da constituição do império até a atual, descreve bem sobre o assunto o Jurista mineiro José Afonso da Silva²⁹:

O princípio da separação ou divisão de poderes foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro. Recorde-se que a Constituição do império adotara a separação quadripartida de poderes segundo a formulação Benjamin Constant: poderes Moderador, Executivo, Legislativo e Judiciário. As demais Constituições assumiram a formulação tripartida de Montesquieu. A Constituição de 1988 manteve o princípio com o enunciado um pouco diferente.

A discussão sobre o presente tópico, o qual trata da separação de poderes, não irá aprofundar o tema sob uma perspectiva histórica e etimológica da palavra, o objetivo principal é dar um enfoque atual e voltado para a sua função atual. A exemplo das políticas públicas nas esferas de poderes, tema este que dar corpo ao presente trabalho.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º fala dos poderes harmônicos e independentes entre si, Legislativo, Executivo e Judiciário³⁰. Isso quer

²⁹ SILVA, op. cit, p. 106.

³⁰ O Título IV trata da organização dos poderes, dispondo nos capítulos desse título as atribuições de cada poder. O capítulo I versa sobre o Poder legislativo, o segundo capítulo elenca o Poder

dizer que deve existir uma independência onde não poderá haver subordinação de um poder a outro. Isso não significa dizer que não haja controle. É o que veremos mais adiante, quando trataremos da separação de poderes e políticas públicas.

Sobre o princípio da separação de poderes leciona o nobre e bastante renomado jurista José Afonso da Silva³¹:

Esse é um princípio geral do Direito constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota. Consta em seu artigo 2º que são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o judiciário. Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem, a um tempo, as funções legislativas, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos.

Na lição do ilustre constitucionalista, a separação de poderes traz uma dupla significação no texto constitucional, ou seja, as funções típicas e atípicas desempenhadas por cada um. Estas são a forma como o Estado se organiza para delimitar a atuação de cada um. Daí porque falar que são independentes e harmônicos entre si. Mas vale esclarecer que o fato de serem independentes entre si, não significa dizer que não haja um controle constitucional entre ambos. É o que a doutrina costuma “chamar de freios e contrapesos”³².

Cada poder, ou como define a doutrina, as funções estatais são independentes, cada uma com seus fins. Ao Legislativo incumbe a função precípua de legislar, ao Executivo cabe a execução de ações voltadas para o seu âmbito de

Executivo e o terceiro trata do Poder Judiciário.

³¹ SILVA, op. cit, p. 106.

³² José Afonso da Silva dissertando sobre a harmonia e independência entre os poderes cita que “(...) nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência de poder são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário á realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro e especialmente dos governados. Se ao Legislativo cabe à edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a Lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto. Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do artigo 64. Se os tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso. O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob o controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido. São esses alguns exemplos apenas do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes” (SILVA, op. cit, p. 110).

atuação, já ao Judiciário cabe a execução das leis. Veja que cada um dos poderes tem sua função principal. Estas são típicas de cada poder. Mas nada impede que cada um dos poderes exerça funções atípicas.

Ainda enfatizando trechos da doutrina, de funções precípua de cada poder, de José Afonso da Silva, cumpre esclarecer o tema com mais propriedade³³:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais, impessoais e inovadores da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue da função governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

A respeito do que foi afirmado sobre os três poderes, cumpre mencionar que são necessários à harmonização social, pois eles visam assegurar o regular exercício de direitos. Um atuando na sua esfera de abrangência, sem avocar para si atribuições que de praxe é de um outro poder. São as funções típicas de cada poder. Mas nada impede que um poder exerça funções atípicas.

Na divisão de poderes deve-se está as atribuições de cada uma das funções governamentais, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, a órgãos específicos.

3.2 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Feita a análise da separação de Poderes, cumpre esclarecer um dos fundamentos do Poder judiciário, por exemplo, intervir em atividades que não dizem respeito a sua esfera de atuação típica. Sendo oportuno mencionar o exemplo da intervenção do judiciário em políticas públicas.

Hoje sob a égide do estado democrático de direito, é impossível se pensar na aplicação dos direitos fundamentais, sociais, culturais e econômicos sem a intervenção rápida e eficaz do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, haja vista ser corriqueira a omissão do Estado na aplicação de políticas assistencialistas.

Se assim o fosse, com o Executivo e o Legislativo livres para atuar, seria

³³ SILVA, op. cit, p. 108.

certo afirmar que o caos e a arbitrariedade se instaurariam.

O que pretende saber, é em que se funda a constitucionalidade do Judiciário intervir em ações desse tipo, uma vez que a própria Constituição Federal deixa expresso que são independentes e harmônicos entre si.

É justamente sobre a constitucionalidade que o tema ganhará corpo, trazendo à baila as principais decisões que dão sentido a eficácia da intervenção do judiciário em políticas públicas. Valendo ressaltar os limites impostos pela Constituição Federal.

Sobre o controle de constitucionalidade das políticas públicas, cumpre esclarecer que ante a inércia de uma das funções estatais – executivo e Legislativo - , cabe precipuamente ao judiciário fazer valer o sentido e a eficácia constitucional das políticas públicas de assistencialismo.

“Resta um papel de destaque ao Poder Judiciário, no sentido de debelar os abusos e as omissões inconstitucionais, permitindo-se uma imperiosa revisão da teoria clássica da separação de poderes” (Barros 2008, p. 137)³⁴.

Do exposto, infere-se que não existe inconstitucionalidade quando o assunto é políticas públicas. O fato do judiciário intervir em âmbito diverso do seu típico campo de atuação, não significa que ele esteja transgredindo norma constitucional. O que se pleiteia é a aplicação imediata das normas fundamentais e a concretização dos direitos sociais, que por diversas vezes necessitam de mecanismos práticos, concretos e rápidos do Poder judiciário.

A preocupação maior, como mencionado anteriormente, é evitar a arbitrariedade dos poderes e dos administradores. Nesse sentido, Marcus Aurélio de Freitas Barros cita um julgado na ADPF nº 45 MC/DF, com o voto do Ministro Celso de Melo. É o que se depreende do voto do Ministro³⁵:

Não obstante a formulação de políticas públicas e execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou precederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais (...), justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido

³⁴ BARROS, op. cit, p. 137.

³⁵ BARROS, op. cit, p. 137.

injustamente recusado pelo Estado.

Sobre a ineficácia das normas de aplicabilidade imediata, o Supremo Tribunal Federal, fazendo alusão ao poder de decisão do judiciário no RE 271.286, em que se discutia a Obrigação do Estado Fornecer medicamentos para o tratamento de HIV, assim corroborado³⁶:

(...) A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.
(...)

Dessa decisão, pode-se chegar à conclusão de que o mecanismo de intervenção do judiciário obedece a todos parâmetro de constitucionalidade, uma vez que se trata de meio de controle, forçando o ente estatal, e conseqüentemente os administradores, a cumprir com sua obrigação constitucional³⁷.

Não raras vezes depara-se com argumentos do poder público no sentido de que a seara judiciária não é parte legítima para intervir em ações que figure o Poder público, e quando se fala neste, engloba-se toda e qualquer ente estatal, do Legislativo ao Executivo, de uma entidade autárquica à uma Empresa Pública.

Em vista disso, tanto a jurisprudência quanto a doutrina³⁸ vêm travando

³⁶ Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/27891/o-controle-das-politicas-publicas-pelo-poder-judiciario-ofensa-a-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 13/04/2015.

³⁷ É o que se pode comprovar de entendimento da Suprema Corte na transcrição de um trecho da ADPF/45. Veja-se: “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”. Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>>. Acesso em: 21/04/2015.

³⁸ Sobre a importância do tema atualmente, o Professor Marcus Aurélio de Freitas Barros citando Mauro Cappelletti, define enfaticamente da melhor maneira possível. Vejamos: “A esse respeito, a primeira conclusão que ressaí sobranceira é que o citado controle, a partir da Constituição ou de parâmetros normativos, serve para legitimar a complexa atividade estatal desenvolvida quando da definição e execução dos programas estatais e se afina, como uma luva, à evidência de Cappelletti, no sentido de que: “Na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco de perversão”.

discussões nesse sentido.

Através da jurisdição, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, é de bom alvitre citar recente julgado da suprema corte brasileira, vejamos o agravo de instrumento ai 742734 RJ, publicado no dia 13/11/2014³⁹.

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, consoante determina o art. 196 da Constituição Federal, não configurando escusa válida a esse mister a suposta ausência de recursos orçamentários. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 3. Agravo regimental não provido.

Nesse sentido também decidiu o superior tribunal de justiça. Vejamos o teor do agravo regimental no recurso especial 1136549 rs 2009/0076691-2⁴⁰:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido.

³⁹ Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25313883/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-742734-rj-stf>>. Acesso em: 13/04/2015.

⁴⁰ Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2>> acesso em: 13/04/2015.

Ainda em sede de decisões, cumpre trazer um julgado do município de currais novos, o qual versava sobre questões de saúde pública no estado do rio grande do norte. Apelação cível nº55140 RN 2011.005514-0. Apelante: estado do rio grande do norte⁴¹.

EMENTA: constitucional. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Tutela antecipada. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. Transferência para o mérito. Fornecimento de exame de alto custo. Recusa do estado em fornecê-lo. Impossibilidade. Afronta a direitos assegurados pela constituição federal. Ausência de lesão à autonomia política. Obrigação do estado apelante em promover o fornecimento de exame imprescindível ao tratamento de saúde da apelada. Honorários sucumbenciais arbitrados devidamente. Manutenção da sentença de 1º grau. Precedentes desta egrégia corte. Conhecimento e desprovimento da apelação cível.

Do que foi até aqui exposto, não resta dúvida de que o Poder judiciário detém poder para se insurgir em caso de omissão do poder estatal, para fazer valer a efetivação das políticas públicas, dependendo de sua conveniência e oportunidade. Dessa forma, conclui-se que a intervenção do Judiciário em situações como as que até aqui foram expostas são constitucionais e legais. É por meio da função judiciário que direitos até então negados ou violados por outros entes, são efetivados a luz da força jurisdicional. Segundo a melhor doutrina, não se trata aqui de um poder interferir em outro, mas sim, de uma forma de controle constitucionalmente assegurado pela Lei Maior. Desse entendimento pode-se chegar ao argumento de controle entre os poderes constituídos.

3.3 A LEGITIMIDADE INTENVERTIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle jurisdicional de políticas públicas, como visto anteriormente, visa dar efetividade à aplicabilidade dos direitos sociais, às políticas assistencialistas, ou seja, a direitos prestacionais. É por meio delas que o Estado promove o bem estar social da pessoa humana.

A organização do Estado deve está apta à promoção desses direitos, caso não cumpra com seu dever eminentemente constitucional, estará infringindo norma superior.

⁴¹ Disponível em <<<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19732475/apelacao-civel-ac-55140-rn-2011005514-0/inteiro-teor-19732476>>>. Acesso em: 13/04/2015.

Na verdade, as políticas públicas estão associadas, de certa forma, a atividade administrativa e prestacional do Estado, às metas e fins sociais que demandam planejamento e programas que devem ser desenvolvidos pelo Estado.

As políticas públicas, de acordo com o que até aqui se explanou, podem emanar de um ato complexo do poder político do Estado até um simples ato da administração pública, com vários atos e decisões. Em vista disso, o que se espera, via de regra, é que sejam cumpridos sem a necessidade de controle pela via judicial.

Nessa mesma linha de pensamento temos Marcus Aurélio, que afirma que “a ideia de política pública se associa justamente às diretrizes da Administração Pública (...) que demandam um programa de ação a ser desenvolvido por parte do Estado”⁴². Para o mestre, deve o Estado está comprometido com a aplicabilidade das políticas públicas (policy).

Do que foi aduzido, resta inegável que as políticas públicas estão intimamente ligadas às atividades promocionais do Estado, com fins a serem alcançados. Quando isso não acontece, mostra-se o estado ineficiente ante uma demanda de obrigações vastas impostas ao ente público.

É a partir desse momento que judiciário entra nesse cenário, visando organizar as atividades negadas pelo Estado, através do controle jurisdicional de políticas públicas. O objetivo maior, frise-se, é controlar as atividades prestacionais e assistencialistas do Estado.

Segundo ensinamento doutrinário é necessário o mecanismo coercitivo do poder judiciário, para que se evite atos comissos abusivos e arbitrário. É também necessário em caso de omissão.

Asseguram que o judiciário tem respaldo constitucional legítimo a forçar à aplicabilidade dos direitos sociais e econômicos, uma vez negados por quem deveria aplica-los de imediato.

Não há óbice de que o judiciário é legítimo a coagir, dentro dos parâmetros de conveniência e oportunidade, a aplicabilidade das políticas públicas, que os limites de atuação jurisdicional respeitem os mandamentos legais e não ultrapassem normas constitucionais. Assim, conclui-se que o uso da força constitucional necessária para a aplicabilidade dos direitos sociais têm limites.

Não cabe mais o argumento de que juiz deve ficar adstrito exclusivamente e

⁴² BARROS, op. cit, p. 57.

apenas as atividades típicas de sua função. É acertado dizer que o juiz atualmente não pode ficar distante do que acontece arbitrariamente na administração pública. Com efeito, frise-se que é um ajuste constitucional intervir e conseqüentemente controlar e aplicar as políticas públicas. A nova perspectiva é de um juiz dinâmico, solucionador de problemas, transformando o meio social.

Pede-se, nos dias de hoje, magistrado comprometido com as políticas e, por conseguinte, com a real efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais⁴³.

É a jurisdição constitucional que lastreia a imposição de limites aos controles em ações políticas e administrativas. A título exemplificativo, recai sobremaneira, o controle difuso de constitucionalidade. É o que afirma Marcus Aurélio: “É, pois, através da jurisdição constitucional que o direito limita o exercício ilegítimo da atividade política⁴⁴”.

Nesse diapasão entente o STF⁴⁵:

Embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e 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.

Não resta dúvida de que a intervenção do judiciário no âmbito de políticas públicas seja constitucional. Não se lastreia dentro do crivo da inconstitucionalidade, conforme afirma alguns doutrinadores, sob o argumento de ser uma atuação fora da competência do judiciário.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça são uníssimos nesse sentido, com julgados recentes que permeiam a matéria referente as políticas públicas, dentre os julgados, convém mencionar as ações que visam forçar o Estado a prestar os serviços de saúde, outrora negados.

A importância da intervenção está também na necessidade de se investigar as diversas etapas da atividade estatal. Isso porque, como bem se sabe, as políticas públicas na maioria das vezes geram apenas perspectiva de direito, e não direito subjetivo individual como muitos pensam. O importante é que a violação diga respeito à coletividade, abstratamente. Disso concebe-se os direitos sociais,

⁴³ BARROS, op. cit, p. 173.

⁴⁴ BARROS, op. cit, p. 82.

⁴⁵ Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>> acesso em: 22/04/2015.

econômicos e culturais.

Daí mais uma justificativa de se interver, que em alguns casos não passa fiscalização. Ainda na esteira da obra de Marcus Aurélio, vale lembrar as lições do nobre autor⁴⁶:

(...) antes de implementada, ou seja, antes de ultimadas todas as providências, as políticas públicas não geram, em princípio, direitos públicos subjetivos individuais. Daí se pensar numa fiscalização, de âmbito coletivo, da atividade em si e não na proteção de direitos individuais porventura violados.

O fundamento, ou o vícios constitucional revela a necessidade de uma conjuntura Inter organizada, com os serviços imediatos funcionando conforme prevê o texto normativo da constituição. Como exemplo cite-se o artigo 6º da constituição federal. Vale transcreve⁴⁷:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Esses direitos para serem cumpridos pelo Estado (e aqui leia-se mais uma vez: União, Estados, Municípios e Distrito Federal) é necessário empenho e zelo pela execução, lançando políticas públicas eficazes e fazendo com chegue ao destinatário final às políticas assistencialistas.

Mas na prática não é bem isso que se constata. É nesse momento que o judiciário entra em cena, usando a força coercitiva do direito para fazer-se cumprir aquilo que em dado momento foi negado pela Administração Pública.

O tema ainda necessita de aprofundamento, tendo vista ser bastante recente. Mas julgados e estudos doutrinários já dão um embasamento satisfatório à matéria.

Ao teor da sua importância e relevância atual, é necessário ainda muito embate, principalmente na seara jurisprudencial, que é onde recai a maior incidência de sobre o tema versado.

Sobre o juízo de constitucionalidade da intervenção judiciária em políticas públicas afirmou Fábio Konder Comparato: “Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão

⁴⁶ BARROS, op. cit, p. 84.

⁴⁷ Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

de Poderes, para julgar questões de políticas públicas⁴⁸.

A Suprema Corte também entende que não há violação quando o Judiciário intervém no âmbito de políticas públicas, quando estas são negadas pelo Estado Administração. Para o Egrégio Tribunal, é uma forma concretizadora de aplicação dos direitos sociais. Para bem elucidar a temática em foco, cumpre transcrever o agravo regimental no recurso extraordinário com agravo no RE 639337 São Paulo⁴⁹:

STF – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO ARE 639337 SP (STF).

Criança de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público - doutrina - jurisprudência - obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf , art. 208 , iv , na redação dada pela ec nº 53 /2006)- compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf , art. 211 , § 2º)- legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário -princípio “jura novit curia” - invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade - recurso de agravo improvido. Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional.

A partir desse entendimento, abstrai-se que, sempre que o Estado na forma de Administração Pública infringir aplicabilidade dos direitos prestacionais e assistenciais tem-se que cabe ao Estado-juiz intervir de forma a coagir na execução dos direito sociais e econômicos.

É esse o entendimento dos nossos Tribunais, cite-se a título de exemplos, julgamento do Supremo Tribunal Federal, onde se decidiu pela obrigatoriedade no fornecimento de medicamentos de portadores do vírus infecto contagioso do HIV, sob o argumento que os poderes constituídos devem promover o acesso às políticas públicas.

⁴⁸ COMPARATO. Fábio Konder. *“Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”*. p. 46. Disponível em

<http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/ensaio_sobre_o_juizo_de_cosntitucionalidade_de_politicas_publicas.pdf> acesso em: 15/04/2015

⁴⁹ Disponível em

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=POL%C3%8DTICAS+P%C3%9ABLICAS+E+INTERVEN%C3%87%C3%83O+DO+PODER+JUDICI%C3%81RIO&p=2>> acesso em: 15/04/2015.

Frise-se que o judiciário só costuma intervir quando se é negado a aplicabilidade de certos direitos inclusos no programa de políticas públicas, não sendo seu objetivo mediato interferir antes que o Estado administração atue. Assim entende o Superior Tribunal de Justiça.

A Corte afirma que só é legítimo ao judiciário agir ante a omissão do Estado. Antes disso não há que se falar em intervenção do judiciário em políticas públicas.

Sobre o judiciário intervir, decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁵⁰:

Administração Pública se submete ao império da lei, até mesmo no que toca à conveniência e oportunidade do ato administrativo: uma vez demonstrada a necessidade de obras objetivando a recuperação do solo, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela específica para que a Administração destine verba própria do orçamento para esse fim.

Posto isso, é certo que a intervenção do judiciário na implementação de políticas públicas deve acontecer de forma excepcional. Primeiro se espera que a Administração Pública atue dentro de um lapso temporal razoável, e caso o Estado não atenda as exigências legais, cumpre aí o judiciário entrar em cena⁵¹.

A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 45) trata o tema intervenção do judiciário em políticas públicas na implementação e execução de políticas públicas dentro dos parâmetros de constitucionalidade, tendo o Ministro Celso de Melo como Relator.

A ADPF 45 esclarece objetivamente que o Poder Judiciário deve intervir em caso de omissão ou arbitrariedade do ente público, forçando-se a efetivação dos direitos sociais e econômicos, ou seja, em políticas públicas de conteúdo imediato.

⁵⁰ GRINOVER. Ada Pellegrini. *"Judiciário pode intervir no controle do executivo"*.

Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas?pagina=3>> acesso em: 16/04/2015.

⁵¹ Em se tratando da Suprema Corte, é de suma importância a síntese do entendimento: "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e 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. Cabe assinalar, presente esse contexto — consoante já proclamou esta Suprema Corte — que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. CELSO DE MELLO)".

A decisão versa sobre o descumprimento por parte do Executivo federal, que desrespeitou preceito fundamental elencado na Emenda Constitucional 29/2000, onde “foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde” (ADPF 45)⁵².

Vale aqui a transcrição da ementa da ADPF 45, que assim se expôs⁵³:

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

Nessa esteira, fica claro e inequívoco a legitimidade e constitucionalidade da intervenção do Poder Judiciário em sede de direitos sociais e econômicos, garantindo-se à pessoa humana o mínimo existencial.

Do exposto e de acordo com a ADPF 45⁵⁴, infere-se indubitavelmente ser constitucional a intervenção do judiciário em políticas públicas, com o fim precípua de dar impulso na implementação de direitos sociais e econômicos, e garantir a dignidade da pessoa humana.

Fica evidente que em caso de omissão ou arbitrariedade do Poder estatal, resta ao judiciário intervir, evitando prejuízos inestimáveis à pessoa humana, garantindo assim, o mínimo existencial, tudo conforme conveniência e oportunidade.

⁵² Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>> acesso em: 21/04/2015.

⁵³ Ibid. acesso em: 21/04/2015.

⁵⁴ A ADPF 45 trata de veto do Presidente da República sobre Lei de Diretrizes Orçamentárias. Assim se infere: “Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004”. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza”.

3.4 POLÍTICAS PÚBLICAS, ORÇAMENTO E TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Diante de tudo que foi ressaltado no presente trabalho, seria inconcebível dar continuidade sem antes fazer um breve estudo da compatibilidade ou incompatibilidade no que tange à aplicabilidade do orçamento nas políticas públicas.

É salutar fazer esse estudo sobre a viabilidade de recursos na implementação e execução de direitos prestacionais.

Nesse sentido, será traçado uma abordagem objetiva sobre o orçamento público, mostrando de um lado a deficiência do poder estatal em planejar e executar políticas públicas devido à incapacidade econômico-financeira, de outra banda, será elencado a omissão do Estado, mesmo dispondo de recursos suficiente e meios para a execução de políticas prestacionais assistencialista.

O orçamento público hodiernamente é um forte instrumento de realização da administração pública, pois viabiliza os programas, execuções e controle por parte do ente estatal no que atine às políticas públicas. “O orçamento público (...) torna-se instrumento de administração pública, de forma a auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle⁵⁵”.

O mestre Fernando Borges Mânica dissertando sobre o assunto assim expôs⁵⁶:

... Transformação das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, metas e programas – agora constantes nos textos constitucionais – passam a ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que os concretizam. Portanto, a noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado social que surge, por meio de políticas públicas – e do orçamento – a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e social.

O autor destaca a importância do orçamento na implementação de políticas públicas, isso devido às transformações ocorridas no meio social. Destaca ainda a importância da intervenção do Poder Público na ordem econômica e social, tudo graças às normas constitucionais impostas.

Com a promulgação da constituição Federal de 1988 o orçamento, seguindo

⁵⁵ MANICA. Fernando Borges. “*Teoria da reserva do possível. Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas Públicas*”. REDAE. 2011. p. 2. Disponível em <<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>> acesso em: 29/04/2015.

⁵⁶ MANICA. Op. cit. p. 5. Acesso em 29/04/2015.

as leis orçamentárias, torna-se o mecanismo impulsionador da administração pública, permitindo viabilizar a execução de diversas etapas do procedimento administrativo. “Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988 alçou o orçamento público a importante instrumento de governo. Tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político⁵⁷”.

Nesse sentido, criou-se três leis compatibilizadas e planejadas em matérias orçamentário⁵⁸: Lei Orçamentária Anual (LOA), Plano Plurianual (PPA) e Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO). Disso decorre o entendimento de que essas leis devem está em consonância com os objetivos visados pelo Estado/Administração.

O artigo 165, §4º da Constituição Federal reza que “Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional”.

Essas leis orçamentárias são um véis de ligação entre formulação e execução de políticas públicas, haja vista ser necessário à injeção de recursos financeiros do Estado para a concretude de direitos prestacionais.

É pertinente a colocação de Marcus Aurélio nesse sentido⁵⁹:

Tem-se... que a não compatibilidade entre LOA, PPA ou LDO importam ter existido ato ou omissão ilícitos, já que deve ser cumprido o planejamento no orçamentário. Os programas e metas previstos principalmente no PPA não podem ser letra morta. Trata-se ademais, de controle do orçamento de natureza preventiva, pois pode ser realizado antes de vir à lume a peça orçamentária anual.

Em caso de descumprimento orçamentário e não sendo cumprida as metas e diretrizes que normalmente se espera, segundo a doutrina e a jurisprudência, não é permitido ao judiciário forçar a aplicação devida das leis orçamentárias nem mesmo formular políticas públicas, pois entende-se que existe limites de interferência, não cabendo dessa forma ao judiciário controlar decisão administrativa nesse sentido.

Nesse contexto é de um todo necessário mencionar o entendimento jurisprudencial pertinente ao que se expôs no parágrafo anterior. Veja⁶⁰:

⁵⁷ MANICA. Op. cit. 3.

⁵⁸ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.

⁵⁹ BARROS, op. cit, p. 178-179.

⁶⁰ Disponível em

<<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=OR%C3%87AMENTO+P%C3%9ABLICO.+COMPET%C3%8ANCIA>>> acesso em: 29/04/2015.

TJ-DF - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APO 20120110068734 DF 0000631-98.2012.8.07.0018 (TJ-DF)

Apelação cível - administrativo - ação civil pública - obrigação de fazer - reforma e escola - indevida intervenção do judiciário na discricionariedade administrativa - competência dos Poderes Executivo e Legislativo na definição de prioridades do orçamento público. 1. Não é permitida ao Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, não podendo definir prioridades do orçamento público, como a determinação de reforma de escola. 2. Compete ao poder executivo, por iniciativa de lei, a elaboração do orçamento público e ao poder legislativo a votação das respectivas leis orçamentárias (CF/88, 165 e lei orgânica do distrito federal, art. 147), sendo destes poderes a decisão acerca da destinação que darão aos recursos públicos, após juízo de conveniência e oportunidade que farão para eleger quais prioridades atenderão com referidas verbas, levando-se em consideração que estas nem sempre são suficientes para atender a todas as necessidades dos administrados. 3. A escola para a qual é pleiteada a reforma passou por obras para amenizar os problemas indicados pelo ministério público, não gerando risco à incolumidade pública dos usuários. 4. Negou-se provimento ao apelo do ministério público do distrito federal e territórios e à remessa oficial.

O judiciário apenas irá se manifestar quando houver um distanciamento imotivado nos programas prestacionais de políticas públicas, quando a matéria versada se tratar de orçamento, nessa medida estará apto a frear a atividade abusiva do Estado.

A missão estatal vai ao encontro dos mandamentos do texto constitucional. Caso o Estado não tome as providências de cunho orçamentário, poderá estar infringindo Lei de Responsabilidade Fiscal, não respeitando direitos previstos na Lei Fundamental.

Cabe ressaltar, consoante já explicado, que é de fundamental importância à correta aplicabilidade dos recursos na implementação das políticas públicas, ditos direitos prestacionais, quais sejam, sociais e econômicos. Para atender a concretização desses direitos, necessita-se de recursos financeiros, e por conseguinte, às possibilidades orçamentárias que dispõe o Estado.

Não há justificativa plausível para se intervir quando há insuficiência de recursos econômico-financeiro. A administração pública deve dispor de forma suficiente, não sendo razoável o judiciário intervir em situações desse tipo. Frise-se que em situações de arbitrariedade e omissão é que se pode alegar afronta a norma constitucional.

Mais uma vez cumpre mencionar a ADPF 45⁶¹:

⁶¹ Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>> acesso em: 22/04/2015.

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

O administrador público tem liberdade, desde que dentro dos parâmetros de legalidade, para trabalhar o orçamento financeiro que dispõe, e dessa forma aplicar em programas voltados às políticas públicas. Porém pode abusar ou desviar de sua finalidade administrativa, por isso que deve ser fiscalizado, nesse caso deve-se o judiciário fazer o controle legal.

A possibilidade jurisdicional de realização do controle deve estar em conformidade com as metas do plano de orçamento, devendo ser cumprido. Isso significa que a liberdade do poder público não é absoluto em realizar despesas ou realocar recursos, devendo respeitar a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a supremacia da Constituição Federal.

Orçamento não deve ser encarado como uma simples promessa constitucional, deve ser tido como um objetivo maior de efetivação dos objetivos da administração. Ademais, cumpre esclarecer que é de fundamental importância para a implementação e execução de políticas públicas que esteja em consonância com o planejamento orçamentário.

É o que se extrai da leitura do artigo 16, §1º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, veja-se: “compatível como o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições”.

Nesse diapasão explica Reinaldo Moreira Bruno⁶²:

... o tratamento oferecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal tornou obrigatória não só a verificação e a compatibilidade das despesas com as leis orçamentárias, integrando o procedimento da despesa, mas também que, a cada despesa a ser realizada, após a verificação, o ordenador da despesa assumira maior responsabilidade ainda, ao declarar formalmente, que verificou estar presente a compatibilidade desta com a lei orçamentária anual, plano plurianual e diretrizes orçamentárias, respondendo por tal afirmação.

⁶² BRUNO, Reinaldo Moreira. “*Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal*”. Curitiba: Juruá. 2005, p. 137.

Assim sendo, infere-se que deve agir preventivamente, evitando arbítrio ou omissão, quando provocado, a incompatibilidade entre as leis orçamentárias.

Para elucidar o que até aqui foi abordado, no que tange ao orçamento público, vale ressaltar a vinculação de determinadas áreas sociais, a exemplo da saúde e educação.

A Constituição Federal nos artigos 198, §§ 2º e 3º e 212 vincularam a receita ao atendimento das despesas de saúde e educação respectivamente. O artigo 77 da ADCT (por meio da Emenda Constitucional número 29/2000) deixou fixado os recursos mínimos a serem aplicados nas ações de serviços de saúde.

Nesse véis constitucional, é importante destacar a necessidade do controle dessas verbas destinadas a serviços públicos de saúde e educação. É necessário averiguar se foram destinados de forma correta de acordo com os mandamentos constitucionais. “Se por ação ilícita não forem destinadas verbas num valor compatível com o mínimo constitucional afigura-se possível recorrer à instância judicial, que terá uma atuação deveras simples, ante sua objetividade⁶³”.

Vale ressaltar ainda, que o Poder Judiciário só deve agir até os limites impostos pela Constituição Federal. Essa questão leva a conclusão de que judiciário não pode se assenhorar da elaboração e execução das políticas públicas, pois estas são reservadas a determinação dos entes administrativos.

Ante o exposto, é importante lembrar que é impossível imaginar políticas públicas e orçamento separadamente, um dissociado do outro, pois as primeiras dependem do segundo, sendo complementação necessária, caminham interligados.

Com o orçamento público planejado, o Estado tem a sua disposição sustentáculo para a efetivação dos direitos sociais e econômicos constantes do texto da Constituição Federal.

Falar de políticas públicas e orçamento e não mencionar a teoria da reserva do possível tornaria o presente trabalho incompleto e vago. É relevante elencar alguns pontos importantes a respeito da presente teoria ora em análise.

A teoria da reserva do possível teve início na Alemanha na década de 60 e 70 e ainda é trazida à baila para as discussões de cunho orçamentário.

Antes de discutir a aplicabilidade dessa teoria em âmbito brasileiro, faz jus analisar um breve escopo histórico sobre o tema, pois ajudará na elaboração do

⁶³ BARROS, op. cit, p. 182

ponto de vista que se pretende explorar.

A doutrina ou teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha entre a década de 60 e 70, no acórdão intitulado *Numerus Clausus*. Nesse julgado a Corte alemã submeteu direitos a prestações positivas que resultam da Constituição a essa limitação.

Nesse julgado o Tribunal alemão submeteu a julgamento litígio judicial proposto por jovens estudantes alemães que não conseguiram ingressar no curso de medicina em universidade pública devido a uma limitação de vagas. Esses estudantes tinham como fundamento legal o artigo 12 da Constituição Alemã, o qual assegurava que todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação.

Em decisão da Corte daquele país, ficou assente que deveria aquela reivindicação se sujeitar a reserva do possível, pois não era razoável exigir do Estado demanda desproporcional aos seus limites de disposição.

Nesse sentido analisa Ingo Sarlet⁶⁴:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

É importante deixar claro que a doutrina da reserva do possível significa que o indivíduo apenas pode exigir do Estado aquilo que se enquadre dentro dos padrões de razoabilidade, proporcionalidade e efetivação. É necessário que se enquadre dentro das possibilidades orçamentárias do Estado, ou seja, tem que ter recursos suficientes para atender aos direitos prestacionais e que a pretensão da sociedade seja dentro dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

Nessa perspectiva, a reserva do possível apenas pode ser invocada quando a administração pública efetivamente provar a insuficiência de recursos ou mesmo a falta deste. Nesse caso, se afasta a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de direitos prestacionais.

Para que a reserva do possível seja invocada sob o ponto de vista econômico, é necessário que se comprove a escassez de recursos. Embora as políticas públicas sejam vinculadas aos direitos sociais, econômicos e culturais, só é

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *“A eficácia dos direitos fundamentais”*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2001, p. 265.

possível a execução destas se existir suficiência de recursos por parte do Estado.

Em casos concretos pode-se citar a título de exemplo a construção de obras públicas, principalmente em municípios pequenos, que por insuficiência de recursos públicos são obstados o seguimento. A alegação principal para tão razão é a invocação da reserva do possível.

O Superior Tribunal de Justiça deu parecer semelhante em decisão no REsp. 208893/PR, Veja⁶⁵:

Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. Na lição de Hely Lopes Meirelles, "só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo". Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido "demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município". No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que "a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida". Adotar entendimento diverso do esposado pelo Tribunal de origem, bem como pelo Juízo a quo, envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula n. 07/STJ. No que toca à divergência pretoriana, melhor sorte não assiste ao recorrente, uma vez que a tese defendida no julgado paradigma não prevalece, diante do posicionamento adotado por este egrégio Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prequestionamento dos artigos 4º, parágrafo único, alíneas c e d, 86, 87, 88, incisos I a III, 90, inciso IV, e 101, incisos II, IV, V a VII, todos da Lei n. 8.069/90. Recurso especial não provido.

O entendimento que se tem a respeito da reserva do possível, de acordo com a jurisprudência, é no sentido de que em caso de insuficiência ou falta de recursos, não há razão plausível para a intervenção por parte do Poder Judiciário. Isso devido a insuficiência ou incapacidade de recursos para a implementação de direitos prestacionais. Mas não é possível, no caso dos direitos sociais à saúde, alegar a insuficiência de recursos ou mesmo falta e, conseqüentemente, invocar a

⁶⁵ Disponível em <<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381735/recurso-especial-resp-208893-pr-1999-0026216-6>>> acesso em: 02/05/2015.

reserva do possível, tendo em vista que o direito a vida é indisponível.

Veja a Apelação Cível 23057 RN 002305-07 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que assim decidiu⁶⁶:

INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL. ORIENTAÇÃO DO STF. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. SITUAÇÃO DE CARÊNCIA DO PACIENTE. DEVER DO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES DESTA CORTE, DO STJ E DO STF. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELO APELANTE. REJEIÇÃO. MÉRITO: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PACIENTE CARENTE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. - Não há que se falar em nulidade de sentença que, com supedâneo no art. 196 da CF/88, confere ao Estado, enquanto ente federativo, a responsabilidade pela concretização de políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário das ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, direito fundamental. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, o que impõe ao Poder Público a obrigação de fornecer gratuitamente, às pessoas desprovidas de recursos financeiros, a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde. - O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. - Conhecimento e improvemento do Apelo.

Nesse agir, percebe-se que que para se provocar uma sentença *numerus clausus*, em sede de reserva do possível, é justo atentar para o critério da razoabilidade e proporcionalidade quando da pretensão dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Em resumo, pode-se chegar a conclusão de que as políticas públicas, o orçamento público e reserva do possível têm entre si intrínseca relação, visto que fazem parte do processo de implementação dos direitos prestacionais.

Posto isso, conclui-se que a teoria da reserva do possível reflete o *quantum* de orçamento tem em posse do Estado e as necessidades efetivas e concretas da sociedade, fixando as prioridades. Estas visam a elaboração e implementação de políticas que são traduzidas na disponibilidade e previsão orçamentária. Assim, deve-se observar o critério da proporcionalidade, onde um lado o Estado tem que dispor de recursos e de outra banda o que se exige deve estar de acordo com a capacidade orçamentária do ente público.

⁶⁶ Disponível em <<<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19730594/apelacao-civel-ac-23057-rn-2011002305-7>>> acesso em: 02/05/2015.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E UM BREVE COMPARATIVO COM OUTROS JULGADOS

O presente capítulo será voltado para a análise jurisprudencial do controle jurisdicional de políticas públicas. Neste item será abordado temas de intervenção de do judiciário ante a inércia do poder estatal.

Na oportunidade se fará estudos de casos concretos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Norte e outras jurisprudências pertinentes ao assunto.

Desta feita será feito comparativos entre as principais jurisprudências nacionais – principalmente STF e STJ – e os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e outros de suma importância.

O controle jurisdicional de políticas públicas visa, como definido anteriormente, forçar a prestação/assistência de serviços por parte do Poder Estatal de programas essenciais, quais sejam, políticas públicas.

4.1 CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA JURISPRUDÊNCIA: JULGADOS DO STF E STJ

A jurisprudência pátria vem trazendo em julgados diversos, casos que dão ampla sentido de legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas. Isso decorre da falta de efetivação ou implementação da políticas de , pública.

A Suprema Corte em decisão colegiada (2ª Turma), em votação unânime, decidiu acórdão onde tinha eminente Ministro Celso de Mello como relator. A decisão trata de uma situação concreta, onde o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuíza ação civil pública em desfavor do Município de Santo André, objetivando garantir matrícula de criança em creche daquele município, de acordo com o disposto no art. 208, IV, da Constituição Federal. Vejamos a decisão da Suprema corte⁶⁷:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO

⁶⁷ Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>>>. Acesso em: 05/11/2015.

ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por RE 436.996 / SP 2 inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- 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.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, RE 436.996 / SP 3 por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

A extensa ementa traz ao debate uma situação em que se objetivava, através da atividade interventiva do poder judiciário, a matrícula de criança em creche municipal. Trata-se de garantir, através do que manda a Constituição Federal, o direito fundamental à educação, ou seja, prover política pública a todos assegurada, o que é de direito.

Em seu voto, o ministro assim proferiu⁶⁸:

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante

⁶⁸ Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>>>. Acesso em: 05/11/2015.

adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Nesse ponto o Ministro Celso de Melo deixou claro que é papel do Poder Judiciário dar efetividade aos programas de políticas públicas como garantia de fazer cumprir o que resguarda a Constituição Federal.

Vale salientar ainda que o iminente Ministro chama a atenção para a natureza excepcional do controle jurisdicional de políticas públicas. Esse mecanismo só pode ser invocado em caso de omissão estatal. Lembra ainda que o administrador público não pode se valer da reserva do possível sem justificativa fora do cenário e do contexto constitucional.

Ressalte-se ainda que a omissão estatal nesse caso afrontou a garantia à educação infantil. Motivo justo a ensejar a intervenção jurisdicional na seara administrativa municipal.

No seu voto ainda acrescenta o Ministro Celso de Mello⁶⁹:

... a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, RE 436.996 / SP 11 IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação...

A casuística analisada retrata o descaso ou a omissão do Ente administrativo ante a necessidade de se garantir o atendimento em pré-escola e creche às crianças de zero a seis anos de idade.

Seguindo ainda a análise jurisprudencial, é importante destacar um julgado da Suprema Corte ainda no tocante ao fornecimento de medicamentos, onde enfatiza a solidariedade entre os entes da federação na prestação de assistência à saúde e consequentemente ao fornecimento de medicamentos. É evidente a

⁶⁹ Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>>>. Acesso em: 05/11/2015.

importância de se forçar a prestação dos direitos sociais, nesse caso, direito à saúde⁷⁰.

Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado nesta Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. O Supremo Tribunal reconheceu a existência da repercussão geral das questões relativas à legitimidade ativa do Ministério Público e ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Aplicação do art. 543-B do CPC. Agravo regimental não provido na parte relativa à ilegitimidade passiva da União e prejudicado no tocante às questões relativas à ilegitimidade ativa do Ministério Público e ao fornecimento de medicamentos de alto custo.

Diante do exposto, infere-se que a atuação do Poder judiciário de forma atípica dar-se pelo fato da inércia ou omissão do Poder Público ou mesmo pela má administração dos seus gestores.

Os direitos sociais não podem ficar a mercê do livre arbítrio dos entes federativos, pois são esses direitos que garantem vida digna para a população. Uma vez não executados ou mesmo violados, a políticas públicas saem da esfera dos direitos constitucionais de aplicabilidade imediata.

É por isso, frise-se mais uma vez, que é necessário o Estado juiz se fazer às vezes de agente executor de políticas públicas através de suas decisões. A exemplo cite-se as jurisprudências evidenciadas ao longo desse trabalho.

Ademais, é importante esclarecer que é dever do Estado, de uma forma ou de outra, seja diretamente pelo Estado-Administração ou através da intervenção do poder judiciário na implementação de políticas, fornecer um mínimo existencial a toda e qualquer pessoa humana, sem distinção. Isso porque a todos deve ser assegurado o acesso livre e irrestrito aos direitos sociais.

Mas como nem tudo que é assegurado, é cumprido pelo Estado, é evidente que se faz necessário à ação do judiciário para fazer valer o que é assegurados por lei, seja ela constitucional ou infra legal. São, assim, formas de cumprir o que diz a constituição.

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou acerca e deu novos ares ao entendimento. Vejamos a respeitável decisão da 2º turma no REsp. 493.811,

⁷⁰ Disponível em:

<<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FORNECIMENTO%2C+PELO+ESTADO%2C+DE+MEDICAMENTO+DE+ALTO+CUSTO>>> acesso em: 18/08/2015.

Rel. Min. Eliana Calmon⁷¹:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

Apesar da discricionariedade da administração pública em executar certas políticas públicas ligadas a direitos prestacionais, é possível que o Poder Judiciário intervenha em caso de omissões administrativas ou má execução destas políticas, tendo em vista ser desconforme com o que manda a Constituição Federal e lei infraconstitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, Corte de decisões harmônicas no que se refere ao controle Jurisdicional de políticas públicas, vem seguindo a lógica jurisprudencial de se intervir excepcionalmente em caso de má gestão das políticas públicas ou em caso de omissão. É afinada com o entendimento de que é obrigação do Estado prestar políticas de assistencialismo. Quando isso não ocorre, deve se incumbir o Judiciário da força constitucional de se fazer cumprir meta estabelecida pelo Estado e mandada pela norma Constitucional.

Na ementa supramencionada, vale deixar exposto que o caso se refere a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Tal ação teve como desígnio forçar o Município a implementar política pública voltada ao tratamento de dependentes químicicos.

O Ministério Público argumentou que o Município se omitiu em cumprir o que se constava em Resolução Normativa 04/97, descumprindo mandamento legal.

Desta feita, reconheceu a Egrégia Corte a intervenção do Poder Judiciário, tendo em vista que não se cumpriu resolução, fazendo com o Ente municipal cumprisse com sua obrigação legal. Visou-se garantir a prestação efetiva das políticas públicas.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_129.pdf>>. Acesso em: 05/11/2015.

4.2 JULGADOS IMPORTANTES DE OUTROS TRIBUNAIS

Na jurisprudência dos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais é mais corriqueiro os julgados voltados ao controle jurisdicional de políticas públicas, admitindo forçar a efetivação de e implementação dessas políticas.

A exemplo, pode-se citar o que decidiu a Ministra Eliana Calmon no AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1136549 - RS 2009/0076691-2⁷².

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Nesse diapasão, abstrai-se que o Poder Público não pode simplesmente agir de forma discricionária, causando mal injusto capaz impedir o acesso às políticas públicas.

Foi por esse motivo que o constituinte de 1988, daí porque ser esse um tema recente, observou a necessidade de se ter uma preocupação mais acentuada no tocante a execução de políticas públicas, tendo em vista que não raras as vezes o Estado se omitir na prestação desse direitos, infringindo seu dever constitucional.

Percebe-se, como anteriormente mencionado, que se não houvesse esses meios de controle, ficaria o Poder Público livre para agir conforme entendesse necessário, abrindo margens às vezes para a arbitrariedade.

Conforme o exposto, percebe-se que é corriqueiro casos que envolvem direitos referentes à saúde, políticas publicas estas que não raras às vezes vão debates, seja em primeira instância ou em sede de Tribunais.

Os julgados que envolvem esses direitos são consistentes, visam dar efetividade, tendo em vista que o posto em discussão é o direito a saúde, este lida

⁷² Disponível em:

<<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FORNECIMENTO%2C+PELO+ESTADO%2C+DE+MEDICAMENTO+DE+ALTO+CUSTO>>> acesso em: 18/08/2015.

com a vida, bem indisponível e que não pode esperar pela discricionariedade do Estado.

Nesse sentido fica claro que não é sempre que deve o Poder Judiciário intervir, apenas em casos que se justifique a intervenção é que está apto a excepcionalmente agir na busca de se fazer cumprir o que anteriormente foi omitido.

Assim, vê-se que para tal premissa, “Fica autorizado o excepcional controle jurisdicional de políticas públicas, quando está caracterizada inequívoca, injustificável e atual inércia estatal responsável por violação a direito fundamental”⁷³.

4.3 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

No Tribunal de Justiça do Rio Grande é frequente ações que versem sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, evitando a arbitrariedade dos administradores públicos.

Como exemplo, cite-se a Apelação Cível -16522 RN 2004.001652-2, em matéria de Direito Constitucional, atinente ao direito à saúde, deu a seguinte decisão⁷⁴:

FORNECIMENTO PELO ESTADO, DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. OBRIGAÇÃO DE ORDEM CONSTITUCIONAL. É dever do Estado, enquanto imperativo de ordem constitucional, a plena disponibilidade de meios que resguarlem à saúde dos seus súditos, incluindo-se nessa obrigação o pleno e regular fornecimento de medicamentos. Inexistência de afronta ao princípio da separação dos poderes, ou, ainda, a necessidade de previsão orçamentária e sujeição a procedimentos licitatórios.

Neste julgado se pleiteia o regular fornecimento de medicamentos de auto custo. Frise-se que diante dessa situação – omissão do Estado – é recorrente o controle de políticas públicas em matéria de saúde.

Diante de tal julgado, percebe-se que não há afronta a separação de poderes, visto que a Suprema corte de igual modo já se manifestou favorável, inclusive deixando claro na ADPF 45. Posto isso, verifica-se a importância

⁷³ Disponível em:

<<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FORNECIMENTO%2C+PELO+ESTADO%2C+DE+MEDICAMENTO+DE+ALTO+CUSTO>>> acesso em: 18/08/2015.

⁷⁴ Disponível em:

<<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FORNECIMENTO%2C+PELO+ESTADO%2C+DE+MEDICAMENTO+DE+ALTO+CUSTO>>> acesso em: 18/08/2015.

fundamental do mecanismo constitucional de controle jurisdicional de políticas públicas.

É inegável a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em situações como essa, ainda mais quando se trata de garantias constitucionais de cunho imediato. Não pode o administrador querer se omitir de cumprir tal dever sob a alegação de que está amparado pelo postulado da reserva do possível.

Nesse prisma, vislumbra-se que a garantia dos direitos sociais devem ser salvaguardados como forma de garantia do mínimo existencial a vida. O Estado deve nas suas políticas assistenciais assegurar o acesso aos seus direitos sem condicionar exclusivamente à vontade do Poder Público.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, cumpre mencionar a importância em sede de controle de políticas públicas quando o assunto é versado sobre direito fundamental. Nesse sentido vejamos o que decidiu a Colenda Câmara no Agravo de Instrumento nº 2015.004925-9, eis a ementa⁷⁵:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABASTECIMENTO DOMÉSTICO DE ÁGUA POTÁVEL À POPULAÇÃO. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DEFERIDA PARCIALMENTE. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS OMISSÃO ADMINISTRATIVA. SUBMISSÃO AO CONTROLE DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. APLICAÇÃO DE MULTA, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AO REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. PRECEDENTES.

- a prestação jurisdicional afigura-se cabível quando a prestação do serviço público mostra-se deficitária, principalmente no caso concreto, que versa a respeito de direito fundamental (direito ao fornecimento de água, que pode ser extraído do art. 175, caput e parágrafo único, da Constituição Federal, art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, art. 6º, inc. X, do Código de Defesa do Consumidor, art. 2º, inc. I, II, VII e XI da Lei nº 11.445/2007), de modo que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário constitui verdadeiro poder-dever de efetivar o serviço essencial.

- O Poder Judiciário, em situações excepcionais, deve intervir nas questões afetas às políticas públicas para determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

⁷⁵ Disponível em: <<<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>>>. Acesso em: 06/11/2015.

A decisão unânime dos íncritos desembargadores da 3º Câmara Cível diz respeito à obrigatoriedade do Estado do Rio Grande do Norte em executar e fornecer, em caráter de urgência, abastecimento de água potável à população do Município de São Miguel, Coronel João Pessoa, Venha Ver e Doutor Severiano.

Trata-se aqui de garantir àqueles Municípios o acesso a um direito fundamental assegurado todos que é o acesso aos recursos hídricos potáveis. O relator do decisum, o Desembargador João Rebouças, em seu voto exclama a necessidade de dar efetividade às políticas públicas. É o que se pode perceber do voto proferido, veja-se⁷⁶:

... o poder judiciário, na atual Constituição Federal, é uma garantia para o cidadão e para a coletividade, pois a ele incumbe atuar jurisdicionalmente nos hiatos deixados pelo Executivo e Legislativo(...) É dizer que o judiciário, mormente na implementação de políticas públicas, deve dar solução individual ou coletiva nos litígios colocados a sua frente de forma a implementar os direitos fundamentais, principalmente o mínimo existencial, que garante a dignidade humana.

Segundo o iminente Desembargador, o controle jurisdicional de políticas públicas não fere o princípio constitucional de separação de poderes, uma vez que é medida excepcional. Para Rebouças, o controle existe para que seja resguardado a observância dos limites constitucionais vigentes na ordem democrática de direito.

Aponta ainda que a execução de políticas públicas não deve ficar condicionada exclusivamente a discricionariedade dos Poderes Legislativos e executivos e que em caso de omissão e prejuízo concreto surge para o Poder Judiciário à obrigatoriedade de se controlar judicialmente as políticas públicas.

A título de exemplo, é importante fazer mais uma análise, desta vez na Apelação Cível nº 2015.002058-9⁷⁷, julgado pela 3º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em 08/09/2015, tendo como relator o Des. Vivaldo Pinheiro. Neste juízo os Desembargadores por unanimidade julgaram parcialmente procedente o pedido, confirmando a antecipação a tutela antes decidida pelo juízo “*a quo*”. Nessa decisão ficou assente que a autora se submetesse a procedimento médico para tratamento, com urgência, em centro especializado em oncologia no Estado do Rio Grande do Norte, tudo por conta do Sistema Único de Saúde.

⁷⁶ Disponível em: <<<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>>>. Acesso em: 06/11/2015.

⁷⁷ Disponível em: <<<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=6&tpClasse=J>>>. Acesso em: 06/11/2015.

Em seu voto o Desembargado Vivaldo Costa assim aduziu⁷⁸:

Sendo assim, a decisão que concede tal direito aos administrados não viola o mérito dos atos administrativos, ou seja, não afronta os critérios de conveniência e oportunidade na execução das políticas públicas, devendo o Judiciário garantir tais direitos ante a omissão administrativa, principalmente em se tratando de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não é demais deixar consignado que o mecanismo de controle jurisdicional de políticas é necessário para que se garanta a tutela constitucional de aplicação das políticas públicas como forma de alcance dos direitos mais elementares a vida humana.

⁷⁸ Disponível em: <<<http://esaj.tjrj.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=6&tpClasse=J>>>. Acesso em: 06/11/2015.

5 CONCLUSÃO

As políticas públicas são ações implementadas pelo Estado visando o desenvolvimento econômico e social, na busca de transformações positivas no meio social.

No Brasil elas surgiram recentemente com a promulgação da Constituição de 1988. Isso se deveu a uma preocupação de se fazer uma melhor distribuição dos recursos geridos pelo Estado e proporcionar vida digna às pessoas no seu convívio social.

As políticas públicas devem ter por premissa básica o respeito à dignidade da pessoa humana com medidas assecuratórias, bem como o estabelecimento de condições mínimas de vida e bem-estar social e econômico. Essas medidas, em seu aspecto individual e coletivo, devem ser reconhecidas e respeitadas pelo poder público.

Devido à má gestão, omissão ou mesmo inércia do Estado na prestação das políticas públicas, busca-se meios outros capazes de forçar a efetivação desses direitos, sendo a via jurisdicional a forma usual, prova disso é as decisões judiciais e as jurisprudências consolidadas nesse sentido.

Hoje sob a égide do estado democrático de direito, é impossível se pensar na aplicação dos direitos fundamentais, sociais e econômicos sem a intervenção rápida e eficaz do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. Se assim o fosse, com o Executivo e o Legislativo livres para atuar, seria certo afirmar que o caos e a arbitrariedade se instaurariam. Daí ser o controle jurisdicional de políticas públicas a forma mais eficaz.

De tudo que foi aduzido, resta inegável que as políticas públicas estão intimamente ligadas às atividades promocionais do Estado, com fins a serem alcançados. Quando isso não acontece, mostra-se o estado ineficiente ante uma demanda de obrigações vastas impostas ao ente público.

Assim, com todo o impasse, resta destacar a importância do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais e econômicos, isso para que se possibilite o desenvolvimento do Estado.

Por fim, o Estado na sua estrutura organizacional, com suas políticas de implementação dos direitos sociais e econômicos tem que procurar a forma ou

formas mais eficazes e diretas, tendo em vista ser esta uma perspectiva de se alcançar a plenitude dos direitos impostos pela Constituição da República.

REFERÊNCIAS

- APPIO. Eduardo. *“Controle judicial de políticas públicas no Brasil”*. Curitiba: Juruá, 2005
- BARROS. Marcus Aurélio de Feitas. *“Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.
- BUCCI. Maria Paula Dallari. *“Direitos humanos e políticas públicas”*. Brasília. 2001. _____ . *Políticas públicas e direito administrativo*. Brasília. 1997.
- BERCOVICI. Gilberto. *“Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988”*. São Paulo: Malheiro, 2005
- BRUNO. Reinaldo Moreira. *“Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal”*. Curitiba: Juruá. 2005
- COMPARATO. Fábio Konder. *“O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”*.
- PALADINO. Carolina de Fritas. *“Políticas públicas: Considerações gerais e possibilidade de controle judicial”*. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *“A eficácia dos direitos fundamentais”*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2001
- SILVA. José Afonso da. *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.
- BUCCI. Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Brasília. 1997. p. 89. Disponível em: <<http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf>> . Acesso em 22/05/2015.
- COMPARATO. Fábio Konder. *“Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”*. Disponível em <http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/ensaio_sobre_o_juizo_de_constitucionalidade_de_politicas_publicas.pdf> acesso em: 15/04/2015
- FILHO, João Trindade Cavalcante. *“Teoria geral dos direitos fundamentais”*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>>. Acesso em: 20/04/15.
- GRINOVER. Ada Pellegrini. *“Judiciário pode intervir no controle do executivo”*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas?pagina=3>> acesso em: 16/04/2015.
- IPEA. *“Brasil em desenvolvimento/Estado, planejamento e políticas públicas”*. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/bd/pdf/Livro_BD_vol3.pdf>>. Acesso em:

31/03/2015.

MANICA. Fernando Borges. *“Teoria da reserva do possível. Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas Públicas”*. REDAE. 2011. Disponível em <<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>> acesso em: 29/04/2015.

VASCONCELLOS. Mariana Vannucci. *“Políticas públicas e sua importância para o desenvolvimento”*. p. 205. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/mariana_vannucci_vasconcellos.pdf>> acesso em: 05-06-2015.