

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS

PERFIS DO CONTROLE JURISDICIONAL

DE POLÍTICAS PÚBLICAS:

Parâmetros objetivos e tutela coletiva

NATAL

2006

MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS

PERFIS DO CONTROLE JURISDICIONAL

DE POLÍTICAS PÚBLICAS:

Parâmetros objetivos e tutela coletiva

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, realizado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Edilson Pereira Nobre Júnior.

NATAL

2006

Divisão de Serviços Técnicos
Catalogação da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Central Zila Mamede

Barros, Marcus Aurélio de Freitas.

Perfis do controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva / Marcus Aurélio de Freitas Barros. – Natal, RN, 2006.

231 f.

Orientador: Edilson Pereira Nobre Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Programa de Pós-graduação em Direito. Curso de Mestrado em Direito.

1. Direito – Dissertação. 2. Neoconstitucionalismo – Dissertação. 3. Políticas públicas – Dissertação. 4. Controle judicial – Dissertação. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/BCZM

CDU 340(043.3)

MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS

**PERFIS DO CONTROLE JURISDICIONAL
DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 30/08/2006.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Edilson Pereira Nobre Júnior (Professor Orientador - UFRN)

Prof. Doutor José Luiz Borges Horta (Professor Convidado - UFMG)

Prof. Doutor Vladimir da Rocha França (Professor da UFRN)

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Laerte e Margarida, de quem tanto recebi e a quem tanto devo;

Aos meus filhos, Marcus Felipe e Alinne, de quem tanto espero e a quem tanto amo;

Em especial, à minha esposa Alice, companheira inseparável, que dividiu comigo, em todos os momentos, as agruras e alegrias do período. Sem ela, certamente, este momento não existira, nem seria tão especial. À ela dedico não só esta obra, mas minha vida e todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

À Deus, senhor de todas as coisas, por tudo que sempre me proporcionou;

Ao meu orientador, Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior, maior mestre que travei contato nesses anos de carreira jurídica, pelos ensinamentos cotidianos e pela valiosa contribuição para minha formação jurídica, além do zelo e atenção no decorrer da pesquisa, sendo não só um orientador, mas um amigo fraterno;

Aos professores Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Yanko Marcius de Alencar Xavier, pela confiança depositada no êxito da pesquisa, e pela atenção que sempre me dispensaram.

À professora Maria dos Remédios Fontes Silva, por ter me ensinado, talvez sem perceber, o verdadeiro valor da pesquisa;

À todos os amigos, colegas, familiares e alunos que, ora com uma palavra amiga, uma idéia ou alguma contribuição na pesquisa, tornaram este período mais ameno.

RESUMO

Cinge-se a presente pesquisa ao estudo do controle jurisdicional de políticas públicas como mecanismo de efetividade dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. A partir de premissas do atual modelo de Estado (Neo)Constitucional e da afirmação de um paradigma essencialmente constitucionalista para o Direito, caminha-se na investigação do perfil jurídico das políticas públicas, desde sua gênese até seus elementos mais característicos, sem, contudo, deixar de passar por tormentosas questões, tais como: sua localização entre o Direito e a Política, diferença com os direitos subjetivos reflexos e o problema dos altos custos financeiros. Identificado o seu objeto, ingressa-se mais propriamente no tema do controle jurisdicional, investigando sua legitimidade a partir de precedentes judiciais paradigmáticos e do enfrentamento de temas, como: o papel atual do Poder Judiciário, a separação das funções estatais, a discricionariedade administrativa, a reserva do possível, as omissões ilícitas e o controle orçamentário. Por fim, passa-se a examinar, como objeto central do estudo, os parâmetros objetivos para o controle da definição, execução e transparência das políticas públicas, assim como a identificar a tutela jurisdicional coletiva mais adequada aos seus fins, juntamente com alguns de seus principais meandros processuais. Com isso, abrem-se novas veredas para o recente estudo do controle jurisdicional de políticas públicas, construindo-se alicerces para a efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras chaves. Neoconstitucionalismo. Políticas Públicas. Controle Judicial.

ABSTRACT

This paper focuses on a study of public policy jurisdictional control as some effectiveness mechanism for cultural, economical, and social fundamental rights. It investigates the juridical profile of public policies based on premises of the current (Neo)Constitutional State model and the assertion of an essentially constitutionalist Law paradigm from its genesis to its most peculiar elements, and through tormenting issues, such as: its position between Law and Politics, the difference with reflective subjective rights, and the problem of high financial costs. Once its object is identified, it moves forward into the theme itself, which is that of jurisdictional control, investigating its legitimacy based on paradigmatic judicial precedents and the facing of themes such as: current role of the Judicial Power, the splitting of state functions, administrative discretion, financial affordability, illegal omissions, and budget control. Finally, it examines, as its study central object, objective parameters for definition control, execution, and transparency of public policies, as well as identifying the most appropriate collective jurisdictional tutoring to its purposes together with some of its law process means. Therefrom, it shows new perspectives for the recent study on jurisdictional control of public policies, building foundations for the fundamental rights effectiveness.

Key words: Neoconstitutionalism. Public Policies. Judicial Control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
1.1	A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: VISÃO CRÍTICA E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	12
1.2	A NOVIDADE DO TEMA.....	17
1.3	PLANO DE TRABALHO.....	19
2	NEOCONSTITUCIONALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS	22
2.1	AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO: À GUIA DE INTRODUÇÃO.....	22
2.2	O NEOCONSTITUCIONALISMO NA VISÃO EUROPÉIA.....	26
2.3	O PENSAMENTO MAIS RECENTE DA DOUTRINA PÁTRIA.....	31
2.4	O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO.....	37
2.5	AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVE APROXIMAÇÃO.....	40
3	AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PERSPECTIVA	44
3.1	AS PRIMEIRAS LUZES: UM TRIBUTO A RONALD DWORKIN E CANOTILHO.....	44
3.2	OUTRAS CONTRIBUIÇÕES À ELUCIDAÇÃO DO TEMA.....	48
3.3	UM PERFIL DOUTRINÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	55
3.4	O LUGAR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: POLÍTICA X DIREITO.....	61
3.5	AINDA A POLÍTICA E O DIREITO: ENFOQUE SOBRE A LEGITIMIDADE DO CONTROLE.....	66
3.6	POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ATIVIDADE E OS DIREITOS SUBJETIVOS REFLEXOS.....	71

3.7	AS MÚLTIPLAS POLÍTICAS PÚBLICAS, O PLANEJAMENTO E SEUS ALTOS CUSTOS.....	74
3.8	POLÍTICAS PÚBLICAS E A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL.....	81
4	A LEGITIMIDADE DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO: DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À TEORIA.....	83
4.1	UM FOCO NA ATIVIDADE JUDICIAL: PRIMEIRAS LUZES PARA UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA.....	83
4.2	ALGUNS PRECEDENTES JUDICIAIS E SEUS MEANDROS.....	85
4.2.1	Julgado do Supremo Tribunal Federal: breve estudo do caso.....	86
4.2.2	Julgamento colegiado do Excelso Pretório: reafirmação da tese antes exposta.....	88
4.2.3	Ainda a Excelsa Corte: vinculação dos gastos às finalidades constitucionais.....	93
4.2.4	Julgado do Superior Tribunal de Justiça: reviravolta na postura tradicional deste pretório?.....	93
4.2.5	Posicionamentos de outros tribunais.....	96
4.2.6	Uma decisão de primeiro grau de grande repercussão.....	97
4.3	DOS PRECEDENTES À CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA COMPROMETIDA COM UMA HERMENÊUTICA CONCRETIZANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	98
4.4	LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E AS <i>POLICIES</i> : APORTES INICIAIS.....	101
4.5	O CONTROLE POLÍTICO E A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	104
4.6	O CONTROLE SOCIAL E OS ÓBICES À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....	110
4.7	CONTROLE EXCEPCIONAL E ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL.....	115
4.8	SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E	

	DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	117
4.9	A LEGITIMIDADE DO CONTROLE DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS ESTATAIS.....	124
4.10	O PROBLEMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A SUBMISSÃO À RESERVA DO POSSÍVEL.....	129
4.11	O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ORÇAMENTOS.....	140
4.12	CONCLUSÕES PARCIAIS: AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE.....	147
5	O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETROS OBJETIVOS E TUTELA COLETIVA.....	150
5.1	A BUSCA DE FRONTEIRAS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE <i>POLICIES</i>	150
5.2	A DIMENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL: UM NOVO OLHAR SOBRE AS <i>POLICIES</i>	152
5.3	O CONTROLE DA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS....	157
5.3.1	Incompatibilidade da Lei Orçamentária Anual (LOA) com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual (PPA).....	160
5.3.2	Fiscalização da observância das verbas vinculadas.....	165
5.3.3	Inclusão de verba no orçamento do ano seguinte.....	167
5.3.4	Formulação de programa definido por conselho de política pública...	169
5.3.5	Exigência, diretamente da Constituição, de programas sociais sem previsão orçamentária (ausência ou insuficiência da política pública)	171
5.3.6	Controle da política pública formulada (definida).....	176
5.4	O CONTROLE DA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	177
5.4.1	Desvio de despesa: remanejamento para área prioritária.....	180
5.4.2	Não liberação de verba prioritária durante o exercício financeiro.....	180
5.4.3	Fiscalização dos meios e recursos utilizados para o alcance dos fins prioritários.....	181
5.5	O CONTROLE DA TRANSPARÊNCIA DAS POLÍTICAS (DIREITO À INFORMAÇÃO ADEQUADA).....	182

5.6	À GUISA DE REMATE PARCIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA DE LIMITAÇÃO DO PODER.....	183
5.7	O PAPEL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	185
5.8	A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: INIBITÓRIA E A DE REMOÇÃO DO ILÍCITO.....	189
5.9	ALGUMAS CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS.....	192
5.9.1	A interpretação extensiva do pedido e os limites da Política.....	193
5.9.2	O controle incidental de constitucionalidade.....	196
5.9.3	A representatividade adequada e a figura do <i>amicus curiae</i>.....	198
5.9.4	O procedimento nas ações coletivas, a prova e a sentença.....	200
6	ALGUMAS CONCLUSÕES.....	204
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	209

1 INTRODUÇÃO

1.1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: VISÃO CRÍTICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Um breve olhar sobre o constitucionalismo contemporâneo¹ revela que tem sido forte a ênfase atual aos direitos fundamentais. Trata-se, na verdade, de um tema hodiernamente bastante visitado, mas não explorado de modo definitivo. Está, ainda, a exigir do jurista grande perspicácia e criatividade para solucionar questões deveras tormentosas, que acabam ficando sem o suficiente tratamento.

Particularmente, é na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais que as dificuldades são mais encontradiças. Estes direitos fundamentais, por muito tempo, ficaram relegados a um segundo plano para o Direito. Muitos autores, apegados à natureza programática das normas que os instituem e à exigência da *interpositio legislatoris*, sequer atribuíam eficácia plena e aplicabilidade imediata a estes direitos².

¹ Notadamente o luso-espanhol, que, bastante atento e apegado às lições colhidas da doutrina alemã, influenciou sobremaneira a nossa atual Constituição, em especial no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

² No sistema constitucional brasileiro não se pode desconsiderar o largo alcance do art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, que, na qualidade de norma-princípio, reforça a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. A Constituição Portuguesa, por sua vez, é mais restritiva, não contemplando os direitos sociais, ao dispor no artigo 18º, 1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as

Lembra Beatriz Moreno³ que a doutrina majoritária entende que aos direitos sociais: “no es posible vincular a la misma consecuencias jurídicas de exigibilidad inmediata amparadas en este solo precepto [artigo 1.1 da Constituição Espanhola]; la fórmula en cuestión no realiza referencias normativas individualizables y, por tanto, concretizables inmediatamente en un derecho subjetivo jurisdiccionalmente exigible.”

Tal postura condiz com a clássica valorização exacerbada da dimensão subjetiva dos direitos, que merece ser criticada. Na maioria dos direitos prestacionais percebe-se apenas uma dimensão objetiva, já que exigem o avanço gradual de políticas públicas, não gerando direitos subjetivos concretizáveis individualmente, mas apenas o compromisso efetivo e não retórico dos poderes constituídos com sua realização progressiva.

Em verdade, grande parte dos direitos sociais, econômicos e culturais não se realiza (em níveis aceitáveis) sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária⁴. Exigem gastos públicos e são submetidos a uma implementação gradual, esta impulsionada por ações do Poder Público em benefício da coletividade.

Chega-se, pois, à importância nuclear das políticas públicas na atual quadra do constitucionalismo. Tais instrumentos de efetivação de direitos fundamentais, reitera-se, ultrapassam o espectro da tutela individual e se concretizam pela via coletiva⁵.

entidades públicas e privadas.” Em Portugal, as liberdades públicas (direitos civis e políticos, por muitos considerados de primeira geração ou dimensão) ostentam, pois, um regime especial em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, diferentemente do Brasil.

³ MORENO, Beatriz Gonzáles. *El Estado Social: Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 55.

⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional n° 54*, ano 14. São Paulo: RT, jan./mar. de 2006, p. 34.

⁵ Tome-se o exemplo de Clève (*op. cit.*, p. 34), no âmbito do direito à saúde, sobre a importância das políticas públicas para a efetividade dos direitos prestacionais, bem como o alto valor das ações coletivas na tutela deste direito fundamental: “Quanto ao direito à saúde, importa reconhecer que na maior parte das cidades brasileiras o saneamento básico (uma das extensões do direito à saúde) não atende à totalidade da planta urbana, devendo o poder público levar o sistema de esgotamento sanitário (com tratamento, exigência de natureza constitucionalmente ambiental) e de água tratada às residências não atendidas. Neste caso, da dimensão objetiva do direito à saúde extrai-se a possibilidade de do aforamento de medidas judiciais coletivas orientadas para compelir o poder público a adotar uma política pú-

Por outro lado, o estudioso arguto não deve se sensibilizar com a forma insuficiente e reducionista que, algumas vezes, a doutrina maneja o conceito de mínimo existencial, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, sempre no afã de transformar direitos fundamentais em direitos subjetivos plenamente tuteláveis.

Embora não se desconheça o valor de se avançar no reconhecimento de um mínimo necessário e indispensável à dignidade humana, que possa ser, desde logo, sindicável, não se pode deixar de alertar que é preciso ter a precaução de não centrar atenções apenas no reconhecimento deste mínimo diretamente exigível como direito subjetivo, pois nem todos os direitos fundamentais podem ser tutelados individualmente.

Muitos direitos fundamentais somente se efetivam, mesmo que à luz de parâmetros jurídico-constitucionais, através do exercício da atividade política, sobretudo mediante o desenvolvimento de políticas públicas. Estão estritamente ligados à atividade promocional do Estado. Prova maior disto é a atual constituição brasileira, que se reporta, por exemplo, à necessidade de promover o direito de todos à educação (art. 205). E o verbo promover, no léxico, significa fazer avançar ou trabalhar a favor de, o que permite concluir que, normalmente, tais direitos são concretizados através de avanços progressivos. Outras vezes faz referência ao desenvolvimento de políticas (ex.: política urbana - art. 182 da CF/88) ou mesmo de programas estatais⁶, o que corrobora a lição anterior.

blica para que num prazo determinado (cinco, dez, quinze anos, de acordo com a capacidade de arrecadação) atenda a todo o universo de residentes do Município.”

⁶ Conferir, a título de exemplificação, o artigo. 227, §1º, assim também os artigos 227, §1º, II e 230, §1º, todos da Constituição brasileira de 1988.

O estudo das políticas públicas⁷, pois, é indispensável para se pôr em foco a efetividade da grande maioria dos direitos sociais, econômicos e culturais. Ninguém, contudo, passeia por este tema sem receios. Ainda é pouca a produção doutrinária que, efetivamente, coloca as políticas públicas no centro do debate jurídico. Poucos percebem - e isso é indispensável - que é um tema de hoje, do agora e, por isso, só pode ser examinado com os olhos de um observador atualizado, que leve em conta as características do atual modelo de Estado Constitucional (neoconstitucionalismo, para muitos).

As dificuldades se avolumam, pois, apesar do grande relevo constitucional à imposição de que sejam desenvolvidas políticas públicas em áreas diversas (saúde, educação, segurança pública, habitação, acessibilidade urbana etc.), o tema toca em duas questões angustiantes para a teoria dos direitos fundamentais. A primeira delas liga-se às omissões inconstitucionais, já que é comum se verificar tanto a ausência de políticas públicas (omissão total) como a existência de programas estatais insuficientes (omissão parcial). Neste tocante, o presente trabalho passa pela necessidade de ampliar os horizontes do combate às omissões inconstitucionais, dando relevo ao papel a ser desempenhado pelo controle difuso da constitucionalidade, através do manejo das ações coletivas e, em especial, da ação civil pública, como mecanismo processual importante para o controle da ausência ou insuficiência das políticas públicas⁸.

⁷ Para se ter uma idéia inicial do que sejam políticas públicas, segue o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci: “Políticas Públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivamente conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241).

⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., p. 36. Este autor reconhece, ainda, a timidez com que são tratados alguns mecanismos de controle da omissão inconstitucional, ao ditar que: “É evidente que a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* apresenta-se como um mecanismo absolutamente frágil de controle da omissão inconstitucional. O *mandado de injunção*, particularmente em função da jurisprudência da Excelsa Corte, assim como a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, neste caso em função de sua configuração normativa, não substanciam meios eficazes e suficientes para a solução da inércia do poder público violadora de direitos fundamentais. A *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, por seu turno, pode se apresentar como um importante instrumento de controle. Cabe, entretanto, aguardar a afirmação de uma sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito, o que ainda não ocorreu. É necessário, portanto, orientar-se na busca da

Também é relevante sopesar a idéia de que o controle de políticas públicas passa necessariamente por um acompanhamento das peças orçamentárias pelos poderes constituídos. É no orçamento, principalmente, que se materializam as políticas públicas. Este não pode ser visto como mera peça de ficção ou mera autorização destituída de qualquer caráter impositivo, mas como instrumento importante para a efetividade de alguns direitos. A esse respeito, recorra-se aos ensinamentos de Clémerson Merlin Clève⁹ sobre as limitações, importância e o papel do orçamento nos dias de hoje:

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. (...). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para sua realização num horizonte de tempo factível. Lamentavelmente, o que tem ocorrido na trágica experiência orçamentária brasileira, é que o poder público muitas vezes se vê autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários, praticamente nulificando as rubricas sociais (moradia, esgotamento sanitário etc.). Por isso, é imperiosa a luta por um rígido controle da execução orçamentária, exigindo-se que a lei orçamentária, experimentadas condições de normalidade, seja cumprida tal como aprovada pelo Congresso Nacional. Daí a necessidade de compreender-se a peça orçamentária como lei que vincula, razão pela qual não pode ser tida como mero ato legislativo autorizativo. Se a lei impõe um programa (orçamento-programa), o cumprimento do programa deve ser controlado. Está-se com isso a defender a necessidade de redefinição da natureza do orçamento.

O presente trabalho tem compromisso com esta ordem de idéias. Procura-se estudar o controle jurisdicional de políticas públicas, através do estabelecimento de parâmetros objetivos para o controle dos orçamentos e da compreensão do papel das ações coletivas. Ora, se as políticas públicas são concretizadas nas peças orçamentárias, seu controle jurisdicional passará neces-

plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos.” (*op. cit.*, p. 31).

⁹ *Idem*, p. 36-37.

sariamente por um controle dos orçamentos. Vê-se, ademais, que há uma dificuldade que permeia todo o estudo: a intervenção do Poder Judiciário em área tradicionalmente afeta aos poderes Legislativo e Executivo, pelo que se deve ter muito cuidado para não invadir o espaço legítimo da atividade política.

Este é o tema focalizado neste trabalho. Tenta-se construir possibilidades científicas de se alcançar, também pela via judicial, a aplicação progressiva dos programas governamentais, cumprindo os valores e os princípios inscritos em nível constitucional.

1.2 A NOVIDADE DO TEMA

Como dito, muitos são os trabalhos que enfrentam a temática dos direitos fundamentais. Poucos, contudo, o que não deixa de ser surpreendente, centram atenções mais específicas no controle jurisdicional das políticas públicas. Isso pode ser explicado, na medida em que o assunto é bastante novo, datando da segunda metade do século passado para a Europa. No Brasil, somente poderia ser pensado a partir da Constituição de 1988. Pode-se até defender que, diante do processo de maturação da nossa Carta Magna, é uma questão praticamente deste século, ao menos no que toca ao seu mais intenso interesse jurídico.

É contemporâneo, ademais, do atual instante constitucional, que vem fortemente influenciado por idéias do chamado neoconstitucionalismo, o que indica uma afirmação de que “algo novo” está no ar, impondo mudanças de monta na teoria do direito e na teoria da constituição. Um exemplo eloqüente é o reforço à força normativa das atuais constituições, além das novas perspectivas da interpretação constitucional.

Não se conhecem também muitos estudos sobre a figura ímpar, complexa e rica da política pública (*policy*) como entidade jurídica importante para a efetividade dos direitos fundamen-

tais. Outra preocupação é a estrita vinculação do seu controle aos limites impostos pelos valores e parâmetros constitucionais.

A maior novidade, contudo, está na identificação dos parâmetros objetivos deste controle, que, repita-se, deve estar envolto de todo o cuidado para não permitir intromissão indébita no cenário político. Assim, já sob a ótica processual das ações coletivas, há também que se perquirir como efetivar o controle jurisdicional de políticas públicas, sob o ângulo dos parâmetros objetivos que serão anunciados.

A perspectiva do presente trabalho, como já se pode perceber, é das mais alvissareiras. A proposta deste estudo traz luzes para a máxima efetivação tanto de direitos fundamentais com densidade normativa suficiente para sua efetivação a partir da Constituição (como, por exemplo, no âmbito dos direitos prestacionais, o direito ao ensino fundamental - arts. 208, I e §1º, todos da CF/88) como também àqueles tocados apenas de relance ou simplesmente anunciados pelo legislador constitucional, sem grandes avanços no tocante aos parâmetros de concretização, como ocorre com as políticas ligadas aos direitos à moradia (art. 6º, da CF/88) e à segurança pública (art. 144 da CF/88)¹⁰.

A via eleita, para este fim, seria um controle de legalidade e constitucionalidade das políticas públicas, por intermédio do monitoramento e fiscalização dos orçamentos, como meio de efetivação dos direitos fundamentais. Salta aos olhos, pois, a novidade e o manifesto interesse em relação ao presente estudo.

¹⁰ Neste tocante, o desenho constitucional brasileiro é similar ao espanhol, sendo válida a seguinte lição colhida da doutrina de Moreso: “En la Constitución española, por ejemplo, el derecho a la educación es un derecho que cuenta con tutela judicial y por lo tanto si el legislador no toma las medidas para garantizar el acceso a la escolarización de todos, un juez ordinario puede ordenarlo (en un caso concreto en que se deniega la escolarización de alguien, es claro). En cambio, el derecho a una vivienda digna no cuenta con dicha tutela judicial, ahora bien esto no significa que sea un derecho carente de consecuencias normativas, alguien competente para hacerlo podría argüir con éxito que determinada Ley de Presupuestos, por ejemplo, es inconstitucional porque vulnera gravemente dicho derecho.” (MORESO, José Juan. Comanducci sobre Neoconstitucionalismo, artigo publicado em: www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf. Acessado em 28.07.2006).

1.3 PLANO DE TRABALHO

O cerne da presente investigação será dividido em quatro capítulos. O primeiro desenvolverá um estudo específico sobre o neoconstitucionalismo e suas relações com as políticas públicas. As premissas deste neoconstitucionalismo - que inaugura um novo modelo de Estado Constitucional - serão estudadas à luz da doutrina européia e brasileira e, fincadas as suas bases, não se deixará de fazer um confronto com as políticas públicas, lançando os primeiros olhares sobre este instituto.

No segundo capítulo, o discurso envolverá um tema central: as políticas públicas. O objetivo é traçar um perfil preciso deste instituto, o que envolve discussão sobre sua gênese, as principais evoluções doutrinárias e o enfrentamento de temas absolutamente importantes, como: a) as relações entre a Política e o Direito à luz das políticas públicas; b) a visão intrínseca da política pública como atividade orientada a um fim; c) a diferença entre as políticas públicas e os direitos subjetivos reflexos às *policies*; e, d) os altos custos das políticas públicas e suas relações com as disponibilidades orçamentárias.

Após isso, chega a hora de afirmar a legitimidade constitucional do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, oportunidade em que se partirá de uma perspectiva diversa. De início, serão comentados alguns provimentos judiciais, de tribunais superiores até juízos monocráticos, a fim de que, iluminados pelas teses levantadas em tais julgados, possamos pisar firmemente no terreno do controle de políticas públicas pela atividade judicial, espancando qualquer dúvida sobre a legitimidade constitucional desta forma de fiscalização, sem deixar de enfrentar, com especial atenção, o controle jurisdicional das omissões ilícitas e dos orçamentos, já que indispensáveis para qualquer tentativa frutífera de se emoldurar o controle de políticas públicas.

Por fim, chega-se ao ponto culminante, onde se tentará discorrer sobre os parâmetros objetivos do controle jurisdicional de políticas públicas, tanto no que diz com sua formulação como com sua execução. Ao final, em incursão pelo processo coletivo, se fará uma abordagem sobre a modalidade de tutela coletiva mais apta para servir de veículo para este controle concreto (controle difuso), bem como sobre algumas questões processuais que devem ser estudadas à luz das características materiais do controle de políticas públicas.

As propostas do presente ensaio, portanto, são ousadas e vêm sendo tergiversadas pela grande maioria dos doutrinadores que enfrentam esta temática. Espera-se, dentro das limitações da pesquisa e do preparo do autor, contribuir com o debate e se possível avançar na efetivação dos direitos prestacionais, à luz de uma já renovada dogmática constitucional.

O compromisso, na verdade, é com uma dogmática constitucional emancipatória¹¹, que, vale dizer, é premissa fundamental para se pisar, sem vacilo, no terreno movediço do controle de políticas públicas. A insuficiência da clássica dogmática da razão do Estado, ligada à manutenção do *status quo*, é manifesta. É preciso, sem descuidar do rigor científico, pugnar por uma visão prospectiva (e crítica¹²) do Direito, superando o positivismo cego e realçando o valor da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

¹¹ Sobre o assunto, afirma Clèmerson Merlin Clève: “Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, tendo, esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana. (...). O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira [razão do Estado], pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador...” (*op. cit.*, p. 28-29). Este mesmo autor já trabalha renovadas posturas teóricas para a dogmática constitucional emancipatória, igualmente chamada de dogmática constitucional da efetividade, tendo em vista o novo lugar das constituições na ordem normativa, saindo da órbita exclusivamente estatal e passando a ser considerada documento também da sociedade, além do especial realce à filosofia da linguagem num modelo pós-positivista e comprometido com a efetividade dos direitos. Para maior aprofundamento, conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo et al (Coord.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35-41.

¹² Dentre os trabalhos que ressaltam a importância da Teoria Crítica do Direito, pode-se citar: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 235-256.

Para cumprir a empreitada, recorreu-se em grande medida a posicionamentos doutrinários considerados mais relevantes na doutrina pátria e estrangeira, bem como a um percuciente exame jurisprudencial, já que se tem percebido o surgimento de decisões comprometidas com o controle de políticas públicas, que precisam ser exaltadas.

Ao longo do texto, apenas não houve a tradução das citações feitas em língua espanhola, diante da proximidade com a linguagem pátria. Alguns trechos em outros idiomas (italiano e inglês) foram - de modo livre - transplantados para o português.

Passemos, pois, ao desafio de promover o estudo proposto, convidando, desde já, para algumas reflexões sobre tão intrigante tema.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

“...las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional son de tal entidad que ya puede hablarse de un Estado (neo)constitucional.”

Miguel Carbonell¹³.

2.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO: À GUIA DE INTRODUÇÃO

O presente estudo, de inegável viés constitucional, toca no cerne de um dos temas mais palpantes e inçados de dúvidas do pensamento jurídico contemporâneo: as políticas públicas e seu controle jurisdicional. As controvérsias que o circundam não são poucas, nem a doutrina logrou superá-las de modo tranqüilo. A tarefa hermenêutica se mostra árdua e apaixonante, pois pressupõe um compromisso firme do intérprete com as premissas do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo).

¹³ CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 9.

Tem-se, pois, que o desate deste tema tão recente e desafiador supõe, para o êxito da pesquisa, um destaque inicial: a compreensão das profundas conexões com o atual modelo de Estado Constitucional de Direito e suas características particulares, que desembocam enfim em considerações sobre o chamado “neoconstitucionalismo”^{14 15}, expressão que toma corpo no Brasil e na Europa como simbologia designativa do novo e atual estado do constitucionalismo contemporâneo. Para alguns - como se verá adiante -, é fenômeno típico da pós-modernidade e resultado de idéias pós-positivistas.

A referência ao novo (neo), contudo, deve ser examinada *cum granum salis*. Com o neoconstitucionalismo, não se contempla algo absolutamente inusitado ou fortemente desconhecido. Na verdade, o novo modelo constitucional já está instalado e busca chamar a atenção para as

¹⁴ Acerca do tema, conferir, na literatura estrangeira, os diversos artigos inseridos na obra coletiva: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. São dignos de menção também os seguintes trabalhos: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 101 e ss.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismo e derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anonima Editora, 2005; ARIZA, Santiago Sastre. Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado Constitucional (Notas al comentário de Antonio Peña Freire). Disponível em: http://www.ugr.es/~filode/pdf/contenido35_20.pdf. Acesso em 28.07.06. No Brasil, merecem destaque os seguintes trabalhos comprometidos com a temática do neoconstitucionalismo: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 09 de março de 2006; BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/artigos%20controle%20politicais%20publicas.pdf>>. Acesso em: 16 de março de 2006; STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 153-185; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49 e ss.; PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 206 e ss.; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999; SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 09 de março de 2006.

¹⁵ Às vezes o neoconstitucionalismo é também designado como constitucionalismo contemporâneo, como informa SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 123. Ou ainda: constitucionalismo avançado ou mesmo constitucionalismo de direitos, nos moldes lembrados por: ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 239.

transformações que de algum tempo vem sofrendo o ambiente constitucional, permitindo concluir que, ainda que não tenha havido ruptura radical em relação a modelos precedentes, nos últimos quarenta ou cinquenta anos, se deu um passo à frente na rica história do constitucionalismo ocidental.

Ora, a superação do positivismo jurídico e a adoção (ou ainda construção) de um modelo pós-positivista, não poderia deixar de ter reflexos no ramo jurídico mais especial e eloqüente: o Direito Constitucional. Se o constitucionalismo clássico não mais atende as necessidades impostas por um novo marco filosófico (pós-positivismo) é natural que sofra as transformações do ambiente, permitindo que, com as construções teóricas paulatinas, se passe a perceber um novo modelo de Estado de Direito.

O neoconstitucionalismo, portanto, nada mais é do que o pós-positivismo aplicado ao atual ambiente constitucional¹⁶. Os prefixos “neo” e “pós”, contudo, têm uma razão de ser, já que indicam a presença de inovações no constitucionalismo, que precisam ser reforçadas e sistematizadas, de modo a permitir uma compreensão deste tempo.

Tais inovações partem, por exemplo, da colocação da Constituição no centro do debate jurídico, bem como de uma nova postura em torno da efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que exigem a implementação de políticas públicas e sofrem os influxos dos princípios, diretrizes e da nova interpretação constitucional.

¹⁶ Luiz Roberto Barroso é expresso em afirmar que: “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. (...). O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil..., p. 3-4).

A atenção, contudo, deve ser redobrada. Esta nova moldura (neo)constitucional precisa ser bem entendida, sob pena de não se lograr êxito na compreensão atual de institutos notáveis para a valorização da dignidade da pessoa humana, como é o caso das políticas públicas e do papel do Poder Judiciário na sua gradual concretização.

Este tema, que assume importância nuclear no debate jurídico atual, é bom que se diga, não se afina com todo e qualquer ambiente jurídico-constitucional. No Estado Liberal, de inspiração positivista e atrelado a uma concepção rígida e formal da separação dos poderes, não tinha lugar a ocupar. Num modelo permeado por normas consideradas programáticas e destituídas de qualquer conteúdo eficaz imediato, também poucos resultados se poderia esperar. Se é verdade que, como diz Gustavo Binbenbojm¹⁷: “Em passado não muito distante, considerava-se que a Constituição não seria autêntica norma jurídica, dotada de cogência e imperatividade, mas antes uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas”, quase nada restaria de expectativa concreta para um controle de políticas públicas pela via judicial.

Assim, somente com as transformações iniciadas após a segunda metade do século passado e o exurgir do neoconstitucionalismo e suas premissas mais destacadas, é que o assunto ora estudado ganha novo fôlego e passa a ocupar a ordem do dia no pensamento jurídico hodierno.

Já que nosso objeto principal de estudo se ajusta ao dito modelo constitucional, deve-se principiar este capítulo lançando um olhar mais profundo sobre o constitucionalismo de nossa época, o que não deixa de ser um foco sobre o presente, sobre o hoje, o agora, ainda que não se possa esconder o receio de uma análise que não pode se valer do distanciamento crítico necessário a uma investigação mais isenta e límpida do fenômeno histórico-constitucional¹⁸.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 61.

¹⁸ Barroso nos lembra que: “Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade,

2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO NA VISÃO EUROPÉIA

Na Europa, o neoconstitucionalismo tem sido associado a algumas características do constitucionalismo americano e outras advindas da Revolução Francesa¹⁹. O constitucionalismo contemporâneo apresentar-se-ia como um amálgama de aspectos destas duas tradições constitucionais nascidas no fim do século XVIII. Recolhe da experiência estadunidense a idéia da “supremacia constitucional” e a ênfase na “garantia jurisdicional”. Nesta linha, a Constituição se apresenta como norma jurídica superior, dotada de alto valor e notável força normativa²⁰. Por sua vez, sua proteção é missão do Poder Judiciário, guardião-mor do sentido da Constituição e ator relevante no cenário político.

Do exame destas notas características associadas ao perfil estadunidense, não é difícil perceber um solo fértil para o desabrochar de um paradigma essencialmente constitucionalista para o Direito²¹, já que a Constituição, dotada de superioridade e supremacia, é vista como elemento central do sistema jurídico, se espalhando para os demais ramos jurídicos, de modo a promover uma verdadeira constitucionalização do Direito.

pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil..., p. 2).

¹⁹ Sobre estes dois modelos tradicionais, conferir os aspectos realçados por: FIORAVANTI, M. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (1999). Trad. M. Martinez Meira. Madrid: Trotta, 2001, pp 71 e ss.

²⁰ A Constituição não é uma mera folha de papel (LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6 ed. Trad. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001), pois, segundo Hesse, possui uma força normativa própria que a torna um verdadeiro fator real de poder (Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991).

²¹ Esta a preciosa lição de Santiago Sastre Ariza sobre o constitucionalismo de nossa época: “Sin duda, las innovaciones que el neoconstitucionalismo ha ocasionado en el Derecho y, por tanto, también en la manera de afrontar su estudio, permiten que se pueda afirmar que estamos en presencia de un nuevo paradigma (con toda la fuerza kuhnianna del término) que se podría denominar el paradigma constitucionalista del Derecho.” (ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 246).

Este novo paradigma, por sua vez, é absolutamente estranho às idéias de onipotência do legislador e supremacia da lei que floresceram na época da Revolução Francesa. Substituiu-se, a olhos vistos, o primado da lei pela supremacia da Constituição e se percebe certa desconfiança com a atividade do legislador. São freqüentes, inclusive, as considerações no sentido de que a função legislativa se submete à Constituição, até como decorrência da supremacia e rigidez da Lei Maior²².

O neoconstitucionalismo, contudo, não é de todo estranho ao constitucionalismo que sobreveio à tradição constitucional francesa. Deste, reúne a característica marcante de ver a Constituição como norma fundamental de caráter vinculante e direcionada para o futuro. Relaciona-se com o viés revolucionário e transformador do *status quo* advindo da experiência francesa. Enfim: a Constituição é vista como norma fundamental vinculante para o futuro. Traz em seu bojo um projeto de transformação, já que nela figuram os fins e objetivos que o legislador deve alcançar. A Constituição não é, portanto, alheia ou descomprometida com os programas e metas por ela estipulados.

Neste ponto, é bom salientar, afasta-se da tradição do constitucionalismo estadunidense. Aqui, sempre se pugnou por uma visão menos ambiciosa da Constituição, que se limitaria a estipular as regras do jogo, sobretudo através de normas formais e procedimentais. No momento histórico atual, ao contrário, as constituições têm um conteúdo material evidente. Estipulam programas, fins e objetivos a serem cumpridos. Há nítida vinculação dos poderes políticos e também do Direito às metas e aos fins públicos prioritários constitucionalmente estabelecidos. A norma suprema, pois, não se limita a fixar as regras do jogo; mais que isso, pretende “...participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a

²² *Idem*, p. 240.

propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc.”²³

Chega-se, portanto, a uma conclusão importante: as normas constitucionais supremas vinculam os poderes públicos aos programas, fins e objetivos previstos constitucionalmente. Acresça-se que estas metas constitucionais - ainda que indissolúvelmente ligadas à efetivação de direitos fundamentais - somente podem ser atingidas através de políticas públicas levadas a efeito pela ação estatal. Daí, não há como negar a relação íntima entre as políticas públicas e o constitucionalismo de hoje.

Em resumo, fica absolutamente claro que o neoconstitucionalismo tem se notabilizado por colher, aqui e ali, traços característicos advindos da tradição americana e outros tantos provenientes da experiência constitucional de matriz francesa, construindo, pois, um modelo particular de Estado de Direito, diverso dos até então existentes.

A compreensão deste novo modelo (neo)constitucional pode ser colhida da pena de Andrés Gil Domínguez, que, inclusive, está assaz afinada com a mais atualizada doutrina europeia. Tal autor²⁴ entende por neoconstitucionalismo:

...a un cierto modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo es tributario de las dos grandes corrientes constitucionales, las cuales tradicionalmente han transitado caminos separados: la norteamericana (que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos) y la europea (que estableció Constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías). El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos e arroja como consecuencia un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, y dota así al Poder Judicial de la *última palabra* en cuestiones controvertidas.

Ainda acerca desta herança constitucional, Luis Prieto Sanchís reforça que:

²³ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 125.

²⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismo e derechos colectivos...*, p. 18.

El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones o de estos dos modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones [Estados Unidos] se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador (...). De la segunda tradición [França] se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediabilmente la última palabra se encomienda a los jueces²⁵.

Assim, conquanto não se advogue um eventual protagonismo exacerbado da missão do poder judicial²⁶, é possível identificar um viés próprio do neoconstitucionalismo, de modo a inseri-lo num *locus* particular, se visto na perspectiva do movimento constitucional. Diante disso, é importante aprofundar o debate sobre sua gênese e principais características, além de identificar as constituições que incorporam seu espírito.

Do ponto de vista histórico, o constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo) nasce, na Europa, com as Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial e, no Brasil, com o processo de redemocratização e o advento da Constituição atual²⁷.

²⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentais...*, p. 109-110.

²⁶ Há que se ter cautela na compreensão dos limites da função judicial à luz do papel da Constituição no Estado contemporâneo. Em tempos de neoconstitucionalismo, ainda persiste o sério debate entre substancialistas e procedimentalistas sobre a missão da Constituição. Os primeiros acham que a Lei Maior deve impor ao cenário político o conjunto de valores que incorporou como essenciais, de modo a influenciar diretamente na seara política. Os procedimentalistas, por sua vez, acham que, até diante da complexidade do mundo atual, cumpre à Constituição apenas garantir o funcionamento escorreito do sistema de participação democrático, deixando a cargo do sistema político, em cada momento histórico, a partir das decisões majoritárias, a definição dos seus valores e de suas opções políticas. São, pois, visões de mundo e do papel da Constituição bem diferentes, apesar de não totalmente díspares. A esse respeito, digna de destaque é a posição de Ana Paula de Barcellos, quando leciona que: “É bem de ver que o conflito substancialismo *versus* procedimentalismo não opõe realmente duas idéias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas...*, p. 7-8).

²⁷ Barroso ensina que: “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova

As características destas constituições que moldaram a segunda metade do século XX não podem ser desprezadas. São indicativas deste novo tempo. A esse respeito, Santiago Sastre, com os olhos fitos na experiência europeia, expressa que:

En mi opinión, las repercusiones más importantes que van a ocasionar estas Constituciones que aparecen en la segunda mitad del siglo XX tienen que ver sobre todo: 1) con su condición normativa garantizada y 2) con las características de su contenido. Con lo primero se alude a que el proceso de *normativización* de la Constitución logró superar todos los obstáculos (entre ellos se suelen citar la resistencia del principio monárquico, la concepción rousseauiana de la ley y la noción de Constitución del liberalismo decimonónico) y, finalmente, dejó de ser considerada una norma con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como una auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata. Con lo segundo se quiere subrayar que en estas Constituciones, en contra de las advertencias que hiciera Kelsen, se incorporan contenidos materiales que adoptan la forma de derechos, principios, directrices y valores. Estas disposiciones constitucionales presentan un amplio grado de indeterminación, destacando, principalmente, el tipo de vaguedad que ofrecen los conceptos esencialmente controvertidos (como por ejemplo dignidad, justicia, libertad y autonomía), que expresan un contenido con una fuerte carga valorativa difícil de precisar²⁸.

Neste diapasão, válida também a lição de Gil Domínguez²⁹. Este autor pontua os principais elementos característicos de atual instante (neo)constitucional, dentre eles: a) o caráter normativo ou a força vinculante da Constituição; b) a supremacia da Constituição dentro do sistema de fontes; c) eficácia ou aplicação direta; d) garantia judicial; e) presença de um denso conteúdo normativo, cujos destinatários são os cidadãos em suas relações com o poder e com outros particulares, formado por princípios, por direitos e por diretrizes, mais ou menos precisos, pois são

forma de organização política (...). A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil..., p. 2-3).

²⁸ ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo..., p. 240-241.

²⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismo e derechos colectivos...*, p. 18.

chamados a ser aplicados nos casos concretos; f) a rigidez constitucional que fortalece o modelo constitucional.

Assim, em resumo, a supremacia e força normativa da Constituição, aliadas a uma bem mais expressiva garantia jurisdicional, dão o tom do neoconstitucionalismo, segundo a mais abalizada doutrina estrangeira, em especial a européia.

Some-se a isso, ainda, o manancial de valores, princípios e diretrizes que oferecem um sentido material à Constituição e não devem ser desprezados.

2.3 O PENSAMENTO MAIS RECENTE DA DOCTRINA PÁTRIA

Estas lições desenvolvidas por estudiosos europeus acerca deste novo constitucionalismo já começam a ter ressonância no Brasil, passando a ser objeto de preocupação de parcela da doutrina pátria, que, mesmo ainda de modo incipiente, já começa a participar do debate sobre a identificação de seus meandros. À luz das contribuições européias já examinadas, é possível passar a um exame mais detido da atual realidade constitucional brasileira, com o fito de examinar o grau de envolvimento com as idéias próprias desta visão constitucional que se anuncia.

Com precisão cirúrgica, Ana Paula de Barcellos³⁰ identifica as características específicas do atual momento constitucional, dividindo-as, de modo didático, em dois grupos principais: um de natureza metodológico-formal e outro de colorido substancial. Para esta autora, são três as características metodológico-formais do atual modelo constitucional: a) a normatividade da Constituição, o que significa o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas dotadas de imperatividade; b) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 2-4.

(corolário da rigidez constitucional); c) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, já que os demais ramos devem ser compreendidos e interpretados a partir do disposto na Constituição³¹.

Reconhece esta autora³², portanto, que a Constituição deixa de ser um documento meramente político, dotado de baixíssima imperatividade, para ser elevada a norma jurídica suprema. Seu conteúdo, ademais, deve ser privilegiado, ressaltando-se as seguintes características materiais: a) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e, b) a expansão de conflitos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do sistema.

O esforço atual, pois, é compatibilizar as noções de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição (traços metodológico-formais) com o objetivo de dar concreção aos fins, metas e objetivos incorporados pela Carta Magna (aspecto material). Do conjunto destas nuances, é possível perceber nitidamente a grande missão do neoconstitucionalismo: resguardar o espaço constitucional, efetivando valores e opções políticas protegidos pela Lei Maior, ainda que para isso tenha que ponderar princípios constitucionais em conflito e reafirmar o caráter de norma jurídica hierarquicamente superior da Constituição, além de sua centralidade no sistema jurídico.

Pelo que se vê, o neoconstitucionalismo pretende assinalar o real valor da Constituição no nosso tempo. A eleva ao *status* de norma jurídica suprema, a ocupar lugar central no sistema jurídico, posto que dotada de imperatividade e eficácia direta e imediata, de modo a vincular os poderes públicos e até, em alguma medida, os particulares^{33 34}, em razão de sua especial força normativa, também no que toca a seu conteúdo material.

³¹ Isso significa a necessidade de uma verdadeira filtragem constitucional do ordenamento jurídico e até do cenário político (ex: limites constitucionais às políticas públicas), que passam a ser fortemente alcançados pela Constituição. Sobre o fenômeno da filtragem constitucional, tem-se na doutrina pátria: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

³² BARCELLOS, Ana Paula, op. cit., p. 3-8.

³³ O comprometimento dos particulares com a efetividade da Constituição e, por conseguinte, com a concretização dos direitos fundamentais é fenômeno recente e de elevado valor em tempos de globalização, onde se percebe a in-

Já se percebe, pelo quanto foi dito, que não há diferença substancial entre a compreensão do Estado (Neo)Constitucional na órbita da doutrina estrangeira e as lições apreendidas a partir da doutrina pátria.

A implementação do conteúdo normativo (valores e opções políticas), a partir da idéia da supremacia e força normativa da Constituição, aliada à expressiva garantia jurisdicional proporcionada, sobretudo, pelo controle da constitucionalidade, são as notas mais ilustrativas do atual sistema. Inegavelmente.

fluência determinante de poderes sociais, em especial os grandes conglomerados econômicos transnacionais. A esse respeito comenta Daniel Sarmiento, em trabalho específico sobre o tema, que: "...parece evidente que este novo modelo de Estado reclama com intensidade ainda maior a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. De fato, se o retraimento do papel do Estado, com a devolução de vastos campos de atuação para a iniciativa privada, ensejasse a multiplicação de esferas desprovidas da cobertura dos direitos humanos, desproteger-se-ia, de modo inaceitável, o cidadão diante do poder social. (...). Ademais, com a crise do Estado de Bem-Estar e o agravamento da desigualdade econômica, só se fortaleceu o poder social de alguns atores privados, em especial as empresas multinacionais." (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 53). Para um aprofundamento acerca do estudo da globalização e de suas relações com o Direito, consultar: FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002; CHESNAIS, François. *A Mundialização do Capital*. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996; BARRET-DUCROCQ, Françoise (org.). *Globalização para quem? Uma discussão sobre os rumos da globalização*. Tradução de Joana Angélica D'Avila Melo. São Paulo: Futura, 2004; SOROS, George. *A crise do capitalismo: as ameaças aos valores democráticos: as soluções para o capitalismo global*. 5 ed. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 1998; MINHOTO, Antônio Celso Baeta. *Globalização e Direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito*. São Paulo: Juarez de Freitas, 2004; LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001; IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001; DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O Direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁴ A jurisprudência dos mais altos pretórios também vem reforçando a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Há exemplos ilustrativos. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de garantir o direito à imagem ante a divulgação não consentida de fotografia pela imprensa escrita, independentemente de restar afetada a reputação da vítima (STF - 2ª Turma - RE 215.984-RJ - Rel. Min. Carlos Velloso - unânime - DJ de 28.06.2002 - RTJ 183/1096). Conferir também: STJ - REsp 270.730/RJ - Rel. Min. Nancy Andrighi - DJU de 07.05.2001. Tais julgados estão citados no seguinte trabalho: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direitos Fundamentais e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 36. Para referência, merece citação também um antigo julgado da Suprema Corte: STF - 2ª Turma - RE 158.215/RS - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU de 07.06.1996 - RTJ 164/787. Nesta oportunidade, discutiu-se a legitimidade formal para a expulsão de sócios de uma cooperativa, sem a observância dos preceitos estatutários relativos à defesa dos excluídos, realçando-se, ao final, ainda que implicitamente, a necessidade de conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, de modo a alcançar também a relação entre particulares. Este julgado foi comentado em: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002.

No Brasil, assim como na Europa, também é comum afirmar que, com o neoconstitucionalismo, dá-se um passo a mais em relação ao positivismo jurídico³⁵. No que toca a este aspecto, Paulo Ricardo Schier³⁶ faz uma dura reflexão:

Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da idéia de juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados lingüísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação da normatividade dos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.

Precisou o neoconstitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, fala-se de pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união lingüística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da normatividade dos princípios.

Cumprir observar, à luz de feliz resumo de Streck³⁷, que o atual modelo, em primeiro lugar, repercute na teoria das fontes, uma vez que a lei deixa de ser a única fonte do Direito, aparecendo a Constituição como fonte direta e auto-explicativa. Enxerga-se, ademais, substancial alteração na teoria das normas, diante do aparecimento e maior envergadura atual dos princípios. Por fim, modifica-se a própria compreensão jurídica, já que a cada dia são traçados novos horizontes à interpretação constitucional.

Lícita, pois, a imagem de que se está diante de um novo perfil de Estado de Direito, com características próprias e fins particulares.

³⁵ Lenio Luiz Streck, grande entusiasta do neoconstitucionalismo, chega a defender ter existido uma completa e total superação do positivismo jurídico nos novos tempos, o que, na sua visão, teria provocado uma verdadeira revolução copernicana no Direito (STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*)..., p. 153 e ss.).

³⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 09 de março de 2006, p. 4-5.

³⁷ Conferir: STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 159.

Os reflexos deste novo modelo no fenómeno jurídico e, em particular, na teoria constitucional, não passaram despercebidos aos olhos dos nossos constitucionalistas. Luís Roberto Barroso³⁸, por exemplo, indica três grandes transformações que atingiram de cheio ao direito constitucional nos novos tempos: a) o reconhecimento da força normativa da constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e, c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional³⁹. Acresça-se, ainda, a reforçada normatividade dos princípios⁴⁰, como grande característica da pós-modernidade do Direito⁴¹.

Neste ponto, a doutrina pátria não discrepa da estrangeira. Os juristas europeus também identificam as modificações na teoria jurídica, advindas, em última *ratio*, do novo modelo de Estado de Direito. É o caso de Luis Prieto Sanchís⁴², quando aduz que:

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil..., p. 3-8.

³⁹ Conferir, dentre os inúmeros trabalhos que versam sobre o tema, as seguintes obras: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 249 e ss.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 437 e ss.; BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 139 e ss.

⁴⁰ Sobre o assunto, afirma Riccardo Guastini que: "En suma, desde el punto de vista del hablante, los principios son normas que revisten una especial 'importancia' o que aparecen como normas 'caracterizantes' del ordenamiento jurídico o de una de sus partes, esenciales para su identidad o fisonomía. Por esta razón y en este sentido es habitual acompañar el sustantivo 'principio' con el adjetivo 'fundamental'." (GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 151). Por outro lado, lembra Alexy que: "principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la maior medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales. Por lo tanto, principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas." (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86).

⁴¹ Aos que quiserem aprofundar o exame da pós-modernidade, sugere-se: HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. 12 ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2003; LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 7 ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002; TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. 6 ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999; ALVES, J. A. Lindgren et al. *Direito e Cidadania na Pós-Modernidade*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002; e, SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

⁴² SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)...*, p. 131-132.

...el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o regulamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Este perfil inovador ganha contornos ainda mais marcantes, diante de outro aspecto merecedor de realce: o caráter eminentemente prático do neoconstitucionalismo. Segundo Ana Paula de Barcellos⁴³, consolidadas as premissas teóricas, o esforço deve se concentrar no caminho da concretização, elaborando-se técnicas jurídicas e construções teóricas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito.

A grande verdade é que o constitucionalismo de nossa época clama por concreção, pela passagem do teórico ao prático, enfim pela real efetividade das normas constitucionais, ainda que dependam de políticas públicas. Destaque-se, com Santiago Sastre⁴⁴, que, em tempos de neoconstitucionalismo, “la ciencia jurídica debe desempeñar una función práctica.”

A tarefa, contudo, não é singela, principalmente quando se põe o desafio de transplantar, do abstrato ao concreto, todos os direitos fundamentais, em especial os sociais, econômicos e culturais, que se concretizam através do avanço paulatino de políticas públicas. É preciso lembrar que, segundo Alexy⁴⁵, sob a designação de direitos fundamentais sociais: “puede tratarse de normas que confieren derechos subjetivos o de normas que obligan al Estado sólo objetivamente”. Quanto a estas últimas, que se limitam a estabelecer metas e diretrizes a serem alcançadas, sem

⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 3.

⁴⁴ ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo..., p. 257.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 484.

prever maiores parâmetros de aplicação, também é preciso engendrar técnicas jurídicas e construções teóricas que permitam a tão ambicionada passagem da retórica à prática.

O presente trabalho se propõe exatamente a este objetivo: identificar possibilidades para o controle de políticas públicas pela via judicial. Com isso, parte-se da idéia que tal tema não mais, como em outras épocas, pode ser relegado a um segundo plano. Hoje, se permite lançar um olhar diverso e mais atento sobre esta temática tão intimamente ligada à efetividade dos direitos fundamentais, superando os principais obstáculos encontrados para sua fiscalização jurisdicional, como por exemplo: a separação de poderes, a discricionariedade administrativa e a ausência de parâmetros precisos que demarquem os limites da atuação judicial.

Para isso, é importante ter em mente toda a conjuntura que envolve o neoconstitucionalismo. Uma de suas características, contudo, ainda merece aprofundamento: a noção de que a Constituição é elemento central do sistema e se espraia por vários domínios - jurídicos ou não -, gerando um verdadeiro fenômeno de constitucionalização.

2.4 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO

Outro aspecto que precisa ser ainda melhor compreendido, umbilicalmente ligado ao neoconstitucionalismo, é o fenômeno - facilmente perceptível - da constitucionalização do Direito. As constituições contemporâneas são notabilizadas pela grande expansão de suas tarefas: deixam de ser vistas apenas como as leis básicas do Estado, circunscritas à temática do direito público, e convertem-se no estatuto fundamental do Estado e da sociedade⁴⁶.

Daí, pois, o cenário para a construção de um paradigma essencialmente constitucionalista para o Direito.

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...*, p. 63.

A Constituição passa a conferir medida e forma a toda a ordem jurídica e aos atos dos poderes públicos, através de normas dotadas de supremacia⁴⁷. Busca, ademais, fazer valer seus valores fundamentais e as opções políticas incorporadas em normas programáticas (ainda que importem em gastos públicos). Tudo isso, não sob um prisma meramente teórico, mas em perspectiva concreta e pragmática.

Trocando em miúdos, a Constituição é colocada num altar sagrado, acima do ordenamento, diante da superioridade de suas normas. Este altar, contudo, não é local de simples e mera contemplação. Não se esqueça que a Lei Maior se encontra acima, mas também no centro desta mesma ordem jurídica, irradiando seus valores e diretrizes por várias áreas alcançadas pelos domínios do Direito, em especial àquelas necessárias à concretização dos direitos fundamentais, que integram um núcleo normativo que deve ser especialmente privilegiado no contexto da Constituição.

Desta forma, a centralidade da Constituição no sistema jurídico permite que as normas constitucionais (inclusive as que estabelecem parâmetros normativos para as políticas públicas) se irradiem por todos os domínios alcançados pelo sistema jurídico, de modo até a limitar o cenário político⁴⁸. Gera-se, pois, um fenômeno por muitos denominado de constitucionalização do Direito, com a ressalva de que, em alguma medida, os sistemas social, econômico, político etc., também são alcançados pela enorme extensão do constitucionalismo.

⁴⁷ Neste sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 241.

⁴⁸ É fácil perceber que a Constituição limita o cenário político, em especial no tocante às políticas públicas. Ao tratar do direito à saúde, à educação, da política urbana, da segurança pública etc., a *Lex Matter* de 1988 estabelece parâmetros jurídicos que devem ser observados, sob pena de inconstitucionalidade. Por exemplo, se for adotada política urbana não voltada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade ou à garantia do bem-estar dos habitantes, o art. 184 da CF/88 limita a atuação dos poderes políticos, opondo-se à atuação incompatível com a Lei Maior.

Sobre este fenômeno, Riccardo Guastini^{49 50}, forte em lição de Louis Favoreu, ressalta que por constitucionalização do ordenamento jurídico deve-se entender todo um processo de transformação de um determinado ordenamento, pelo qual normas constitucionais se irradiam totalmente na ordem jurídica em questão. Um ordenamento constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, além da ação dos atores políticos e as relações sociais⁵¹.

Do ponto de vista do sistema jurídico, este fenômeno implica: “...no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica.”⁵²

Tem-se, pois, que todas as disciplinas jurídicas têm que ser revisitadas em razão da constitucionalização do ordenamento. Em verdade, deve ser feita uma verdadeira filtragem constitucional⁵³ em todo o universo jurídico, utilizando-se, por exemplo, de técnicas como a da interpretação conforme a constituição⁵⁴, de modo a realizar uma leitura da norma infraconstitucional que me-

⁴⁹ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49. O texto acima se preocupa mais com o sentido do pensamento do autor do que com a literalidade das palavras.

⁵⁰ Guastini ainda elenca um catálogo de condições necessárias para a constitucionalização do Direito. Todas as referidas pelo autor estão presentes no neoconstitucionalismo. São elas: a) uma Constituição rígida; b) a garantia jurisdicional da Constituição; c) a força vinculante da Constituição; d) a “sobreinterpretação” da Constituição (que significa, em resumo, sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); e) a aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação das leis conforme a Constituição; e, g) a influência da Constituição sobre as relações políticas (Op. cit., p. 50-58).

⁵¹ Tal lição também é acolhida por Lenio Streck, ao explicar que: “Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedora’ (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações privadas.” (STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*...., p. 161).

⁵² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*..., p. 65.

⁵³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*..., p. 67.

lhora realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes ou mesmo promovendo a declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto, que consiste em excluir as interpretações incompatíveis com o texto constitucional e afirmar uma interpretação alternativa, afinada com a Constituição⁵⁵.

Assim, também as políticas públicas indispensáveis à efetivação de direitos fundamentais são alcançadas por esta constitucionalização do Direito, de modo que os valores e diretrizes constitucionais vão condicionar, dentre outros campos, também o das ações dos atores políticos, cuja liberdade de conformação não é absoluta, já que existem limites impostos por normas constitucionais impositivas e, portanto, de observância geral e obrigatória. Firma-se, pois, um paradigma essencialmente constitucionalista.

Feitas estas considerações, já há condições de avançar e fazer um confronto mais amigável entre neoconstitucionalismo e políticas públicas, ainda que seja para avivar algumas características destas últimas.

2.5 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVE APROXIMAÇÃO

Chega-se, pois, de alguma maneira, ao tema das políticas públicas, que interessa mais de perto. O assunto é tormentoso. Ainda hoje, ninguém atravessa seus umbrais sem receios. Para enfrentá-lo com vantagem, já se pode perceber a necessidade de que o estudioso esteja sintonizado com os novos tempos, ainda que a prática, por vezes, teime por insistir em concepções ultrapassadas.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil..., p. 14.

Muitos direitos fundamentais, como se sabe, exigem ações estatais que se protraem no tempo, não sendo suficientes meras abstenções do ente estatal. Tal acontece seguramente com boa parte dos direitos sociais, econômicos e culturais, dos quais se incluem, por exemplo, as prestações de saúde, educação, habitação e as necessárias à garantia de acessibilidade urbana para as pessoas com dificuldades de locomoção.

Nesta seara, as constituições atuais assumem um compromisso para o futuro, vinculando os poderes políticos, já que indicam ao menos as metas e as diretrizes programáticas que devem ser obedecidas, se utilizando, contudo, de normas com alto grau de abstração, que não detalham as condições de tempo, modo e lugar para a efetivação desses direitos (normas programáticas), deixando uma boa liberdade de conformação aos poderes políticos.

Tal circunstância, frise-se, não poderia ser diferente, pois, como lembra oportunamente Ana Paula de Barcellos⁵⁶, “as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisões acerca do dispêndio de recursos.” Enfim, dependem das políticas públicas e dos recursos orçamentários.

Já se pode afirmar, nesse diapasão, que as *policies* podem ser entendidas como uma técnica de concretização particular de direitos fundamentais, que sequer se aplicam em escala progressiva se não houver a definição e a regular execução de programas estatais que, em muitos casos, são limitados constitucionalmente.

Chega-se, pois, a uma primeira conclusão: a efetividade de vários direitos fundamentais supõe o desenvolvimento de políticas públicas consoantes com as metas, objetivos e diretrizes constitucionais, que possuem caráter vinculante em relação aos poderes políticos, de modo que não podem passar despercebidas ao Direito.

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 9.

Acresça-se ainda que, em tempos de neoconstitucionalismo, todos os direitos fundamentais exigem concretização, mesmo os que demandam a gradual implementação das *policies*, o que não é incomum em matéria de direitos fundamentais.

Por esta razão, tem-se que o estudo das políticas públicas é fortemente influenciado pelas premissas do neoconstitucionalismo, dentre elas: a) a supremacia e a força normativa da Constituição; b) a presença marcante da garantia jurisdicional; c) os traços da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição; d) a incorporação de valores e opções políticas ligados aos direitos fundamentais; e) a expansão dos conflitos constitucionais. Tudo isso à luz de uma hermenêutica concretizante dos direitos fundamentais e das modificações recentes na teoria constitucional.

De início, sofre os efeitos da supremacia e da força normativa da Constituição, que permitem que os parâmetros constitucionais condicionem a definição e a execução das políticas públicas. Ademais, diante de os programas estatais serem, em alguma medida, alcançados pelos tentáculos da Constituição, visualiza-se espaço para o controle de constitucionalidade das políticas públicas⁵⁷, o que já justifica a fiscalização excepcional do Poder Judiciário, por intermédio da jurisdição constitucional⁵⁸.

Por outro lado, quando se afirma que, no neoconstitucionalismo, a Norma Máxima possui um caráter substancial, definindo, com base em valores e opções políticas, os fins, programas e metas a serem cumpridos, outra coisa não se está a dizer senão que a Constituição tem compromisso com a efetivação de seu núcleo básico (direitos fundamentais), o que somente pode ser pensado a partir do desenvolvimento de programas estatais, enfim de políticas públicas, ainda que

⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa* n° 138, ano 35, Brasília, abr./jun. de 1998, p. 39-48.

⁵⁸ Afirma, com propriedade, Canotilho que: “O problema não reside aqui em, através do controlo constitucional se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da política.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 275).

estas demandem avanços apenas paulatinos e dispêndio de gastos públicos. Tudo isso numa perspectiva não teórica, mas concreta e pragmática.

No mais, não se pode perder de vista que são vários os direitos fundamentais que se concretizam via políticas públicas, pelo que são freqüentes os conflitos entre políticas relativas a direitos fundamentais contraditórios (ex.: o acesso de todos aos bancos X segurança dos clientes). Sem embargo, o só fato de os recursos orçamentários serem insuficientes já leva a um permanente conflito - nem sempre fácil de resolver - acerca da escolha da política prioritária.

Há, ainda, para o bom andamento das políticas públicas, a necessidade de recorrer, por exemplo, às técnicas de ponderação na sua definição e execução, à força normativa da constituição, à aplicabilidade imediata das normas programáticas, à máxima efetividade das normas constitucionais, que servem como pano de fundo para a nova interpretação constitucional instalada a partir do neoconstitucionalismo.

Percebe-se, enfim, que um olhar atento sobre as características específicas do atual modelo de Estado Constitucional facilita, no âmbito mais geral, a compreensão do instrumento constitucional das políticas públicas e também ajuda a esclarecer a intrincada questão do seu controle jurisdicional.

É preciso, pois, para avançar no estudo, traçar um perfil teórico condizente com as características mais marcantes das políticas públicas. É o que será feito no próximo capítulo, pelo que convidamos o leitor a se debruçar sobre ele.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PERSPECTIVA

“Uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de ainda não se haver percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública”.

Fábio Konder Comparato⁵⁹.

3.1 AS PRIMEIRAS LUZES: UM TRIBUTO A RONALD DWORKIN E CANOTILHO

As políticas públicas passam a ser o centro das atenções. Já há ensejo para ingressar num estudo mais específico do tema, partindo, como é natural, de uma perspectiva histórica até adentrar em seus contornos mais específicos. Ressalve-se, contudo, o quanto foi dito. É óbvio que, com os avanços do neoconstitucionalismo, sua compreensão se torna mais simples e seus horizontes se apresentam mais animadores, estimulando até que os estudiosos passem a se debruçar com mais atenção sobre o tema.

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

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha (Coordenadores). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

Lembra Fábio Konder Comparato⁶⁰ que o conceito de política, no sentido de programa de ação, só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. E a razão é simples: ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial. Não foi sequer considerado durante todo o longo período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos dos quais nos servimos habitualmente.

Deve-se à perspicácia de Dworkin, em meio a um rigoroso ataque que este baluarte da filosofia jurídica anglo-saxônica procedeu ao positivismo de seu tempo⁶¹, a primeira referência às políticas públicas (*policies*)⁶².

Com base em Albert Calsamiglia⁶³, pode-se afirmar que o ataque realizado por Dworkin ao positivismo jurídico se baseia no fato de que o modelo positivista somente leva em conta as regras, que têm a peculiaridade de aplicar-se no todo ou deixar de se aplicar. Dworkin, ao contrário, se baseia numa distinção lógica entre regras, diretrizes e princípios. Critica, pois, o modelo positivista por deixar fora as diretrizes e os princípios. As diretrizes dizem com objetivos sociais benéficos que devem ser alcançados.

Nos dias de hoje, não se pode negar que foi bastante importante a percepção deste renomado autor.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas..., p. 44.

⁶¹ É célebre a polêmica que travou com Hart (o pensamento deste autor pode ser conferido em: HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), a quem sucedeu na cátedra da Universidade de Oxford e considerava um dos mais respeitados representantes do positivismo jurídico nos Estados Unidos. Na verdade, Dworkin repeliu tanto as doutrinas positivistas como as realistas vigentes, tendo buscado identificar uma terceira via que aproximasse o direito, a moral e a política, num modelo de comunidade de princípios.

⁶² Este autor, ao associar direito e moral, também tem o mérito de ter apresentado as bases para o já estudado neoconstitucionalismo. Como afirma o italiano Mauro Barberis: “La aparición del neoconstitucionalismo puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico capitaneado, en los años setenta, por Ronald Dworkin.” (BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 260).

⁶³ CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin. Traduzido por Patrícia Sampaio. Retirado da apresentação feita à edição espanhola da obra de DWORKIN, Ronald. *Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html. Consultado em 9/3/2006.

Em verdade, como já visto, a idéia de política pública (*policy*) se associa justamente às diretrizes da Administração Pública⁶⁴, ou seja, às metas e objetivos sociais que demandam um programa de ação a ser desenvolvido por parte do Estado.

Dworkin⁶⁵ avisou expressamente que denominava: “...‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).” Os princípios, na sua visão, já não têm a finalidade de assegurar uma situação socialmente desejável, mas instituir exigências de justiça e equidade.

Em outro trabalho⁶⁶, também lançou luzes sobre a postura dos Tribunais quando instados a tomar decisões políticas importantes, advertindo que sua visão: “... é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral.”

Outra contribuição importante à compreensão inicial das políticas públicas, mas nem sempre lembrada, é a do renomado constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, que diferenciou princípios e os fins e tarefas constitucionais, defendendo que:

Resta, por último, um breve aceno à distinção entre princípios e fins e tarefas constitucionais. Nem sempre é fácil separar os princípios das normas-fim (...). Poder-se-ia considerar que os princípios, não sendo regras (*rules*), constituem medidas ou parâmetros utilizáveis como argumentos na defesa dos direitos individuais, enquanto os fins seriam sempre fins colectivos não directamente intervenientes na definição dos direitos do indi-

⁶⁴ De há muito já lecionava Maria Garcia que: “Tais diretrizes constituem o que se denomina políticas públicas, ou seja, princípios, ‘metas coletivas conscientes’ que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.” (GARCIA, Maria. Políticas Públicas e Atividade Administrativa do Estado. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 15, ano 4. São Paulo: RT, abril-junho de 1996, p. 65-66).

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101.

víduo. É evidente, porém, que a realização de fins colectivos é condição ineliminável da própria garantia do radical subjectivo dos direitos individuais...⁶⁷

O grande problema foi que a doutrina internacional somente se debruçou, com seriedade e intensidade, sobre a distinção entre princípios e regras⁶⁸. Não sobre *policies* ou acerca dos fins e tarefas estatais.

A contribuição dos autores antes citados, contudo, é inegável. A partir destas compreensões restou assentado que 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 *policies* com as tarefas estatais associadas a uma intervenção na ordem social, econômica e política.

É o caso de Luiza Frischeisen⁶⁹, quando afirma que: “Assim, o conjunto de ações que o Poder Público realiza, visando o efetivo exercício da igualdade, base de toda a ordem social, constitui as políticas públicas.” Também comenta apropriadamente Fábio Konder Comparato⁷⁰ que, ao se falar em atividade promocional dos Poderes Públicos, chega-se naturalmente ao conceito de políticas públicas.

Reitere-se, ademais, que tal atividade promocional tem base na Lei Maior e não deve ficar alheia à jurisdição constitucional. Assume papel de realce a moldura constitucional das políticas públicas. É o que afirma, em escrito mais recente, Canotilho⁷¹:

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador...*, p. 282.

⁶⁸ Fábio Konder Comparato é um dos principais autores que ressaltam esta preocupação. Não deixa, contudo, de identificar três características essenciais dos princípios: sua supremacia normativa; a não delimitação formal e substancial do seu âmbito de incidência; e, a sua permanência em vigor nas hipóteses de conflito normativo (COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais...*, p. 246).

⁶⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 58.

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa de direitos sociais...*, p. 248.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 130.

Não há dúvida que a consagração concreta de políticas implica um *mandato constitucional de otimização* dos direitos através de uma política predeterminada com a consequente restrição da liberdade de conformação do legislador e entrada do controlo das políticas no circuito da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade).

De tudo o que foi exposto, três conclusões saltam aos olhos. A primeira delas reforça a ideia já lançada de que o estudo das políticas públicas (*policies*) integra uma das recentes preocupações da teoria jurídica. Como remonta à década de setenta (século passado) é contemporâneo do neoconstitucionalismo, nascendo e se desenvolvendo *pari passu* com este novo modelo. Não é de se espantar, portanto, que somente há pouco se tenha começado a dar passos mais firmes na direção de sua compreensão.

Outro aspecto merecedor de realce é a ligação do tema com a atividade promocional do Estado. Nasce à luz do Estado Social e se firma no Estado Pós-Social⁷², diante do compromisso com valores e opções políticas que norteiam os fins, metas e diretrizes a serem, por imposição constitucional, concretizados pelos poderes políticos.

Por fim, urge acrescentar que as políticas públicas devem ser compreendidas no contexto de sua moldura constitucional, permitindo um exame da definição e desenvolvimento concreto das *policies*, à luz de sua compatibilidade constitucional.

3.2 OUTRAS CONTRIBUIÇÕES À ELUCIDAÇÃO DO TEMA

Outros autores também enfocam o tema e avançam nos estudos das políticas públicas, não sendo demais passar a um breve apanhado de alguns aspectos doutrinários.

⁷² Usa tal expressão: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas...*, p. 43 e ss.

Virgílio Hernández⁷³, por exemplo, se propõe a fazer uma síntese sobre os tópicos mais relevantes das políticas públicas. Principia dizendo que estas “constituyen las formas de acción concretas desde el régimen político hacia la sociedad” (p. 01). Salienta, ainda, que, num “gobierno manejado por políticas públicas” (p. 02)⁷⁴, existe toda uma complexidade no processo de reconhecer, dimensionar e processar as demandas, o que implica o reconhecimento de diversos atores e suas relações com o Estado. Ademais, manifesta toda uma preocupação com as fases das políticas públicas, em especial com a sua implementação.

Do pensamento deste autor, colhem-se dois ingredientes importantes: o caráter eminentemente prático das *policies*, pois atinge diretamente a vida das pessoas, e a referência sempre presente a uma autoridade governamental, a demonstrar o comprometimento do sistema de governo com tais políticas. Nesse diapasão, afirma o mesmo Virgílio Hernandez⁷⁵ que: “...al ser las políticas públicas un elemento cotidiano, se convierte en objeto de valoración continua y por ello influyen de manera directa en el grado de confianza que los ciudadanos depositan en el sistema.” (p. 06).

Este mesmo autor equatoriano, mesmo sem tocar no tema atinente ao controle jurisdiccional, esclarece alguns parâmetros para a fiscalização da implementação das políticas públicas, ao destacar que: “Otro de los temas, que han sido motivo de investigación, es el del control. (...) para Anthony lo esencial del proceso de control radica en la obtención y uso eficaz de recursos, así como en el cumplimiento de objetivos de la organización.” (p. 16). Ficam, pois, mais duas conclusões, no sentido de que: o estudo do controle de políticas públicas deve passar por uma fiscalização mais aguda dos gastos públicos e recursos orçamentários, bem como pelo acompanhamen-

⁷³ E. HERNÁNDEZ, Virgílio. Dimensiones Teóricas sobre las Políticas Públicas. Disponível em <<http://www.puce.edu.ec/Postgrados/MscPoliticasyBiblioteca/papel1.htm>>. Acesso em: 23/3/2006, 22p.

⁷⁴ Eros Grau faz referência ao fato de que, no mundo atual, o *government by policies* substitui o *government of law*. (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26).

⁷⁵ E. HERNÁNDEZ, op. cit., p. 6.

to de metas definidas em leis orçamentárias, convênios ou diversos outros documentos produzidos pelas instâncias governamentais.

Na linha do que se expôs acima, pode-se perceber que as políticas públicas são instrumentos (meios) marcadamente voltados à ação programática do governo ou, nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci⁷⁶: “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” A delimitação espacial destes programas estatais, normalmente, é o Município, a cidade enfim, como ocorre com as políticas urbanísticas⁷⁷. Reitere-se, ainda, inexistir absoluta liberdade na conformação e execução destes programas estatais. Ao contrário, dever-se-á obedecer aos parâmetros de legalidade e constitucionalidade previamente estabelecidos⁷⁸.

No mais, em reforço a uma outra idéia lançada por Virgílio Hernandez, quanto à importância nuclear da arrecadação e dos gastos dos recursos públicos para o controle das políticas públicas⁷⁹, é bastante válida a argumentação doutrinária de José Reinaldo Lima Lopes⁸⁰, no sentido de que:

⁷⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

⁷⁷ Nesse sentido: SILVA, Solange Teles da. Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana. Em: www.esmpu.gov.br/publicacoes/meioambiente/pdf/Solange_Teles_Politicass_publicas_e_sustentabilidade.pdf. Acesso em: 23/3/2006.

⁷⁸ Maria Paula Dallari Bucci (Op. cit., p. 255) salienta que: “Não obstante, no modelo que estamos propondo, a realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito - e gerar efeitos jurídicos - os atos e também as omissões que constituem cada política pública.”

⁷⁹ Inês Virgínia Prado Soares, dando a exata dimensão dos novos tempos, chega a afirmar que: “A verificação do cumprimento das prestações estatais pelo controle da execução orçamentária é inerente ao Estado de Direito. A exigência, pela sociedade, do cumprimento das prestações estatais sociais a partir da previsão de gastos estampada na lei orçamentária, com a possibilidade de provocação dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, é inerente ao Estado Democrático de Direito. Nesse esteio, a utilização da ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária é decorrência intrínseca ao exercício democrático de conhecimento e manejo, pela sociedade, dos valores públicos.” (SOARES, Inês Virgínia Prado. *Ação Civil Pública como instrumento de controle da execução orçamentária*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 471-472) (Grifos acrescentados).

⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 132-134.

Assim, para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites do poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas *despesas de capital e programas de duração continuada* (art. 165, §1º).

(...)

As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico, como já mencionado. Envolve elaboração de leis programáticas, portanto de orçamentos de despesas e receitas públicas. (...). Para além disso, existem os atos concretos de execução de tais políticas, normalmente exercidos por órgãos administrativos centralizados e descentralizados (autarquias e empresas públicas), sem contar o poder de polícia, exercido por antecipação (na forma de autorizações e licenças) ou posteriormente (na forma de fiscalização). (Grifos nossos).

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

Ainda há outra característica cada vez mais presente nas políticas públicas: a intensa participação social na definição das *policies*. Se, no dizer de Solange Teles⁸¹, “as políticas públicas podem ser definidas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades”, ressei sobranceira que a coletividade (sociedade) tem um papel importante em todo o processo de formulação das políticas públicas⁸².

Algumas manifestações do que se está a afirmar não deixam dúvidas. É o caso do orçamento participativo, que vem sendo utilizado em Municípios como Porto Alegre/RS, Recife/PE e está em processo de adoção em Natal/RN. Também podem ser citados os conselhos de políticas públicas ou conselhos de direitos, que, em muitos casos, têm atribuição de definir políticas, diretrizes e programas⁸³.

⁸¹ SILVA, Solange Teles da. Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana..., p. 6.

⁸² A mesma Solange Teles (op. cit., p. 4) ensina que: “Com o Estado propulsivo toma forma o direito de programas finalísticos, e a estrutura jurídica busca fazer com que os destinatários do direito participem em sua formação e implementação.”

⁸³ Por exemplo, pode-se citar o Conselho de Direitos Humanos e Cidadania do Estado do Rio Grande do Norte, a quem cabe, nos termos do art. 8º, I, da Lei Estadual nº 7.098/97: definir políticas, diretrizes e programas em âmbito estadual, destinados a promover a proteção dos direitos humanos e da cidadania.

Merece nota, ademais, o aspecto atinente ao caráter multifacetado e inter-relacionado das políticas públicas. Normalmente, quando há referência ao tema, intuitivamente, se pensa estar no plano geral, ou seja, das políticas gerais. A compreensão inicial é que se está trabalhando no atacado, não no varejo; portanto, que se está examinando a situação na perspectiva macro. E é assim, verdadeiramente. Ocorre, no entanto, que há que se ter muito cuidado para não se pensar que políticas públicas são sempre as mais gerais. Há, também, as específicas, relacionadas com as gerais. Na educação, pode-se ter, p. ex., políticas gerais ou outras associadas só ao ensino fundamental ou médio. Ou ainda, no contexto do ensino fundamental, *e. g.*, políticas de combate à evasão escolar.

A multiplicação de políticas específicas, contudo, não pode levar à conclusão de que políticas setoriais devem ser privilegiadas. A esse respeito, manifesta preocupação particular o professor Gilberto Bercovici, num trabalho recente⁸⁴.

Este autor, em postura até certo ponto cética, chega mesmo a criticar o realce atual dado ao tema das políticas públicas, por entender que estas têm um caráter apenas setorial, perdendo-se o sentido do todo. Expliquemos melhor. Embora este autor reconheça que entre os juristas há uma grande preocupação com a reconstrução do Direito Administrativo e de todo o edifício do Direito Público em torno das políticas públicas⁸⁵, a fim de garantir a efetividade das prestações estatais, ele também entende que há um outro foco, bem mais preocupante, nas ciências sociais. Lá, segundo ele, a análise está saindo do Estado para as políticas públicas, o que significa um

⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸⁵ Bercovici chega a afirmar que: “A grande preocupação desses autores, ao contrário dos estudos nas ciências sociais, como iremos ver, dá-se em torno da concretização do programa constitucional e da reformulação das concepções tradicionais do nosso Direito Público, especialmente a reconstrução do Direito Administrativo a partir da ação do Estado para a satisfação do interesse social. Não por acaso busca-se definir, juridicamente, política pública como tendo por fundamento a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas...” (Op. cit., p. 61). Também defende a reestruturação do Direito Público, no geral, e do Direito Administrativo, no particular: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas...*, p. 241 e ss.

deslocamento da esfera estatal para a da sociedade, privilegiando-se, assim, políticas setoriais específicas ao invés de políticas gerais de desenvolvimento. Em razão disso, remata que:

Embora o estudo das políticas públicas possa representar um grande avanço, como vimos, para a revisão dos pressupostos epistemológicos individualistas do Direito Administrativo, não é possível promover ou compreender o papel do Estado no processo de desenvolvimento exclusivamente pelas políticas públicas. As políticas públicas são sempre programas setoriais. O choque que existe se dá entre a visão global ou de territorialidade, que é a do desenvolvimento e do planejamento, com uma visão setorial e fragmentada, que é a das políticas públicas.

Para o estudo do desenvolvimento, com todas as suas possibilidades emancipatórias, não faz sentido a fragmentação da atual análise das políticas públicas. O desenvolvimento impõe a necessidade de repensarmos um planejamento abrangente. Analisar o desenvolvimento por meio das políticas públicas só faz sentido se considerarmos o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais⁸⁶.

Em nosso entendimento, Gilberto Bercovici suscita crítica importante e digna de destaque. A rearticulação do Direito Público não pode se dar em torno de políticas públicas setoriais⁸⁷, desconectadas das políticas públicas gerais. Estas últimas tocam mais de perto no planejamento do desenvolvimento econômico e social e devem ser estimuladas, a fim de orientar os programas gerais de educação, saúde, trabalho e algumas políticas urbanísticas. Deve-se, pois, sem olvidar o caráter multifacetado das políticas públicas, superar tendências de minimizar a ênfase nas questões políticas de ordem geral.

⁸⁶ BERCOVICI, op. cit., p. 62-63. Este mesmo autor, em outro trabalho, resgata o papel das políticas públicas, sem fugir, no essencial, do seu pensamento, pois advoga que: “O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais.” (BERCOVICI, Gilberto. Políticas Públicas e o Dirigismo Constitucional. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional volume 3*, ano 2003, p. 174).

⁸⁷ Concorda com o fato de existir esta tendência de setorização das políticas públicas José Real Dato, ao afirmar, mesmo no contexto europeu, que: “...las investigaciones de finales de los años setenta ponían el acento en los procesos de fragmentación/segmentación de las políticas públicas, y en tendencia a la especialización en la elaboración de las políticas públicas.” (DATO, José Real. Visiones sobre el papel de los actores no gubernamentales en las políticas públicas. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma Del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11, oct. de 2002. Disponível em: <http://unpan1.org/intrdoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044417.pdf>. Acesso em: 23/3/2005, p. 8).

Da opinião de Bercovici fica uma lição relevante: deve-se combater qualquer orientação no sentido de uma excessiva ênfase em políticas setoriais e fragmentadas, que possa obnubilar as políticas gerais, mais ligadas ao desenvolvimento econômico e social. Qualquer atuação em matéria de políticas públicas exige a compreensão do todo (do macro), sob pena de se obter mais retrocessos que avanços e esse, certamente, não pode ser o objetivo.

Também é curioso como as políticas públicas têm ligação intrínseca com a proteção e promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição, de modo que os programas estatais são orientados em torno da concretização destes direitos fundamentais⁸⁸.

Lembre-se o que foi afirmado logo na epígrafe deste capítulo: o objeto dos direitos sociais, econômicos e culturais é sempre uma política pública⁸⁹. A própria natureza jurídica de tais direitos é elucidativa, pois não prescinde de toda uma atividade do Estado, voltada para a consecução de resultados socialmente desejáveis ao longo do tempo⁹⁰. Também se aproxima tenazmente da finalidade destes direitos, que é: “...la superación de las desigualdades sociales y el mejoramiento de las condiciones materiales de existencia de amplias capas de la sociedad.”⁹¹

Acresça-se, ainda, que o derradeiro aspecto a ser focado é uma contribuição de João Batista Gomes Moreira, ao comentar, além do controle via ação civil pública, sobre a possibilidade da fiscalização da atividade estatal em geral, ainda que os atos administrativos, em particular, não afrontem a legalidade ou a constitucionalidade. Eis seu pensamento:

⁸⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 269.

⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais..., p. 249.

⁹⁰ Segundo Pérez Luño: “3.º En lo que respecta a su *naturaleza jurídica*, los derechos fundamentales dejan de ser solo libertades de acción para convertirse en libertades de participación y en prestaciones. Para ello los derechos sociales precisan de unos mecanismos de garantía, de unos medios que aseguren su disfrute.” (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 121). Tais meios necessários para o gozo dos direitos sociais são justamente as políticas públicas.

⁹¹ MORENO, Beatriz Gonzáles. *El Estado Social: Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 163.

Tanto a omissão em instituir as políticas, como sua inconstitucionalidade ou sua injustificada quebra são suscetíveis de correção por meio de ações destinadas à proteção de interesses difusos e coletivos (...). No mínimo, a política pública exerce o papel de uma moldura dentro da qual deve o ato ser interpretado. Muitas vezes o ato em si mesmo, isoladamente considerado (exemplo: aprovação de uma rubrica orçamentária), não padece de qualquer mácula, mas poderá ser contestado dentro do seu conjunto, ou seja, como etapa direta ou indireta de um objetivo constitucional, cujo controle (da política pública em que se insere o ato) perante a Constituição está a exigir reformulação do sistema clássico de controle de constitucionalidade (necessidade que pode ser suprida com maior abertura para o controle em face dos princípios)⁹².

Assim, se a política pública não se confunde com o ato ou a norma, mas é a atividade que resulta de um conjunto de atos e normas, é possível admitir um juízo de constitucionalidade da própria atividade⁹³, e não necessariamente de qualquer dos diversos atos ou normas que compõem a implementação do programa estatal. O contraste judicial pode se direcionar diretamente à atividade.

Eis, portanto, alguns aspectos pontuais, que mereciam referência particular.

3.3 UM PERFIL DOUTRINÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O avanço no tema proposto supõe, neste momento, certo freio de arrumação, a fim de sistematizar o estudo. É certo que muitas idéias foram lançadas. Alguns aspectos discutidos e algumas posições tomadas. Não obstante, há que se ter precaução com os riscos de uma exposição longa ou que se perca nos detalhes. Mesmo soando um tanto ousado, deve-se caminhar no sentido de traçar um perfil teórico-doutrinário das políticas públicas à luz do neoconstitucionalismo.

⁹² MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática...*, p. 270.

⁹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas...*, p. 256.

Uma primeira dificuldade do estudo das políticas públicas diz justamente com o ambicioso paradigma constitucionalista que o atual modelo de Estado Constitucional⁹⁴ se propõe a afirmar, bem como com o reforço a características como a superioridade, força normativa e centralidade da Constituição, produzindo-se uma verdadeira constitucionalização do ordenamento jurídico, com reflexos no cenário político. Daí resulta certa crise de identidade das políticas públicas, já que estas se instalam numa zona cinzenta entre a Política (com letra maiúscula) e o Direito^{95 96}. Embora exista um largo espaço reservado à atividade política, não se pode olvidar que as normas jurídicas (constitucionais e legais) também exercem um papel de realce, impondo limites à atividade política na definição e execução de políticas públicas.

Chegando-se às conceituações, tem-se que muitos estudiosos vêem as *policies* como instrumentos aptos à realização, de modo sistemático e abrangente, das metas, fins e objetivos previstos, em especial, na Constituição, valendo pensar que:

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

⁹⁴ É fácil perceber os estreitos contatos entre políticas públicas e neoconstitucionalismo, já que as *policies* têm seu estudo influenciado pelas premissas do atual Estado Constitucional, ao mesmo tempo em que, como uma via de mão dupla, se conseguir angariar avanços no sentido de sua efetivação, permitirá ganhos em relação à afirmação do paradigma constitucionalista, tão caro ao constitucionalismo de nossa época.

⁹⁵ Não deve ser menosprezado o alerta de Maria Paula Dallari Bucci: “Adotar a concepção de política pública em direito consiste em aceitar um maior grau de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando público os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas...*, p. 256-257).

⁹⁶ Existem autores que ainda manifestam a preocupação de afastarem às políticas públicas da concepção de atos políticos ou de gestão, o que retiraria a possibilidade de o tema ser focado sob o ângulo jurídico e, muito menos, controlado pelo Poder Judiciário. Nessa linha, Valter Foleto Santin entende que: “... as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um *law enforcement* (reforço para a execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais.” (SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: RT, 2004, p. 33-35) (O trecho sublinhado não consta do original).

das políticas públicas 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 promoção⁹⁷.

Assim, muitos autores - na esteira de Dworkin e Canotilho, mas com o propósito de esclarecer a noção básica de políticas públicas - salientam sua ligação com a atividade promocional do Estado⁹⁸ e o objetivo de alcançar metas constitucionais coletivas. Outros chegam a ressaltar que, para atingir seus fins, deve, de um lado, combinar vontade política e conhecimento técnico e, de outro, respeitar as limitações e imposições previstas na Constituição. Esta a exata linha da conceitualização de Eduardo Appio⁹⁹, no sentido de que as políticas públicas “consistem em 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 demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.”

Américo Bedê Freire Júnior¹⁰⁰, com a mira nos direitos fundamentais, já propõe que a expressão políticas públicas: “...pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.”

Não é, contudo, suficiente dizer que as políticas públicas: a) são instrumentos para a realização das metas, programas e diretrizes constitucionais; b) são meios necessários à efetivação de direitos fundamentais que demandam ações estatais ou prestação de serviços públicos; ou ainda, c) que devem respeitar os parâmetros definidos constitucionalmente.

⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 10.

⁹⁸ Eros Grau chega a afirmar que: “A expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Estado na vida social.” (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Presuposto...*, p. 26).

⁹⁹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 143-144.

¹⁰⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005, p. 47.

Conquanto sejam posições corretas e até lugar comum no pensamento doutrinário, são de pouca ajuda para o reconhecimento da fisionomia das *policies*.

É importante olhar as políticas públicas 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. Esta noção não passou despercebida ao tirocínio de Fábio Konder Comparato¹⁰¹, que nos traz excelente visão sobre o tema, ao assinalar que:

A política ou “polícia” 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 ou 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, institucionais 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.

A amplitude e complexidade que se requer quando do desenvolvimento de uma política pública são aspectos altamente importantes e que têm conseqüências notáveis para o desenvolvimento de uma teoria das políticas públicas. Diz-se atividade ampla e complexa, pois, além da quantidade de ações que comporta, ainda demanda a atuação de diversos atores políticos e administrativos, como ensina João Batista Moreira¹⁰²:

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais..., p. 248-249.

¹⁰² MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática...*, p. 267.

Políticas públicas são decisões tomadas, conforme o caso, pelo poder constituinte, pelo parlamento e pela Administração, traduzindo-se em normas, orientações, diretrizes, programas, orçamentos e providências específicas, postos aos diversos setores da atividade administrativa e por estes pressupostos. Os atos e omissões administrativos não constituem um amontoado caótico, arbitrário, mas estão, ou pelo menos devem estar, orientados por uma finalidade que dê seqüência, coerência e estilo àquela determinada administração. Deve também haver conexão das políticas implementadas (exemplo: Programa “fome zero” com o da distribuição de rádios comunitárias, como acontece no exato momento em que este texto está sendo revisto), contra a mentalidade de especialização, que normalmente tem prevalecido.

Isso não pode passar despercebido, pois demonstra uma face complexa, que envolve muitas pessoas e atos, das *policies*. Além disso, estas submetem-se a diversas fases. Com base na experiência européia, Valentin Cornejo¹⁰³ resume estas fases passo a passo, ao ditar que: “A partir de la introducción de un tema en la agenda, se desarrolla un proceso mediante el cual se elabora la política pública tendente a la solución del problema. Este procedimiento tiene diversas fases: identificación del problema (entrada en la agenda), formulación de alternativa, decisión, implementación y evaluación.”¹⁰⁴

Estas diversas fases precisam ser controladas. Desde sua definição - onde não há discricionariedade política absoluta ante os parâmetros constitucionais - até sua implementação, são praticados um conjunto de atos, como visto. Graças às premissas do neoconstitucionalismo, tanto a compatibilidade da política eleita com a Constituição como as diversas condutas comissivas (fazer) ou omissivas (não fazer) devem passar, antes de tudo, pelo crivo da constitucionalidade e da legalidade.

¹⁰³ CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y Division de Poderes Hoy*. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2002, p. 262.

¹⁰⁴ Cristiane Derani reconhece três momentos importantes na construção da política pública. São eles: a) a decisão estatal (feita por agentes públicos, com maior ou menor participação social); b) alteração institucional (mudanças estruturais ou organizacionais); e, c) as ações públicas propriamente ditas (a efetiva realização das ações ou a execução da *policy*). Conferir: DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR n° 41*, 2004, p. 22-23.

O controle, pois, inclusive o jurisdicional, passa a ser da essência das políticas públicas, ainda que não se desconsidere que as normas que as estabelecem são programáticas, deixando uma boa dose de liberdade para a ação dos poderes políticos¹⁰⁵. Um dos primeiros autores a defender a possibilidade do controle jurisdicional e o incluir na própria concepção de políticas públicas foi Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰⁶:

No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se a controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Todos os aspectos antes aludidos, somados, permitem traçar um perfil preciso seja das finalidades e necessidade de controle (visão exterior) seja das características intrínsecas (visão interior) das políticas públicas, bem como perceber que existem questões problemáticas, que não se superam com as noções básicas antes apresentadas, exigindo um tratamento com mais vagar.

Um destes pontos tormentosos, já referido de passagem no início deste tópico, concerne à compreensão sobre a localização precisa das políticas públicas, entre o sistema político e o sistema jurídico, ou mesmo em ambos.

Não é problema dos mais fáceis de serem resolvidos.

¹⁰⁵ Já tivemos ocasião de comentar que as políticas públicas: “São, em regra, estabelecidas por normas programáticas, notabilizadas por estabelecerem metas e objetivos sociais previamente determinados na Constituição ou nas leis, sem, contudo, indicar os meios (as atividades estatais) necessários para que tais fins sejam alcançados. Em verdade, é impossível antever todos os meios, instrumentos, decisões que devem ser tomadas para que os programas sejam desenvolvidos e, com o passar do tempo, os objetivos sociais alcançados. No entanto, a definição dos meios não pode ser arbitrária. A própria legislação encarrega-se de impor limites, uma vez que os meios não podem estar em dissonância com os fins estabelecidos, bem como não se admite que os meios não sejam predispostos (omissão), pois isso implicaria também desconsideração das metas estabelecidas pelo legislador.” (BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte* n° 6, ano 5. Natal:MPRN, jan./jun. de 2005, p. 34).

¹⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 730-731.

Onde ficaria, trocando em miúdos, esta zona cinzenta referida acima? Qual o nível de relação entre ambos os sistemas e até que ponto o Direito pode se imiscuir na Política para exigir a efetivação das políticas públicas?

Chega-se, pois, o momento de enfrentar as indagações acima.

3.4 O LUGAR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: POLÍTICA X DIREITO

Já ingressando nessa seara mais específica, tem-se que as políticas públicas são atividades estatais que se localizam numa zona limítrofe entre a Política (com letra maiúscula), a Constituição e o Direito. Estaria, pois, situada numa área de interseção entre a Política e o Direito, diante da influência que a Constituição exerce, em menor ou maior medida, sobre o sistema político, até por conta do já estudado fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico. Ora, se a Lei Maior incorpora valores e opções políticas, que serão exercitados no cenário político, resta claro que a Constituição, pouco ou muito, limita o poder político.

Esta compreensão parece singela quando se tem firmeza sobre as premissas que envolvem o atual modelo de Estado Constitucional de Direito. Nem sempre, contudo, foi assim. Há muito, inclusive, se advogava a tese de que as políticas públicas não deviam constituir objeto de preocupação do jurista, já que eram atinentes à atividade intrinsecamente política. Este assunto estaria, ademais, coberto pela doutrina das questões políticas¹⁰⁷, o que significava que ficava reservado ao exercício do poder político e inenfoque a qualquer controle do Poder Judiciário.

¹⁰⁷ Sobre o tema, conferir: HARO, Ricardo. *El control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 123 e ss.; SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 193 e ss.; MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 246 e ss.; TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

Hoje, certamente, a situação é bem outra. As políticas públicas vêm logrando obter um espaço importante nas diretivas constitucionais e se apresentam como meio necessário para a efetividade de direitos fundamentais, notadamente os chamados direitos sociais, econômicos e culturais. As constituições contemporâneas estão recheadas de imposições no sentido de que sejam desenvolvidas políticas públicas nas mais diversas áreas, em especial no âmbito social, além de serem pródigas no sentido de estabelecer as diretrizes e os parâmetros que devem nortear estas políticas, permitindo a investigação e o controle por parte do jurista.

Não obstante, para ser preciso na identificação do *locus* das políticas públicas, dois passos devem ser dados, na seguinte ordem: a) afastamento do tema em relação à doutrina das questões políticas; e, numa perspectiva ainda mais importante, b) a identificação dos limites da atuação judicial, já que existem espaços reservados à participação democrática, que não são tocados pela Constituição.

Quanto à doutrina das questões políticas, esta nasce nos Estados Unidos da América (*political question doctrine*)¹⁰⁸. De modo resumido, consiste na injusticiabilidade das questões políticas. Como ensina Schwartz¹⁰⁹: “...nem tôdas as questões constitucionais serão resolvidas pelos tribunais federais. Pois certas questões, pela sua natureza, têm sido consideradas impróprias para serem decididas pelos tribunais.” Cláudio Mello¹¹⁰, por sua vez, apresenta noção similar, avançando no seu estudo, ao ditar que:

¹⁰⁸ Um aspecto muito difundido pelos autores que tratam da matéria é a evolução da doutrina das questões políticas no seio da Suprema Corte Americana e no direito constitucional americano. Esta abordagem, contudo, ultrapassa os limites do presente trabalho, mas pode ser encontrada em: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Consitucional e Direitos Fundamentais...*, p. 248-254; SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano...*, p. 13 e ss.; e, TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal...*, p. 24-36. Este último autor ainda estuda a evolução da doutrina na Suprema Corte da Argentina, diante da influência que recebeu da congênera americana (op. cit., p. 36-46).

¹⁰⁹ SCHWARTZ, op. cit., p. 193.

¹¹⁰ MELLO, op. cit., p. 259.

A *political question doctrine* impõe uma *limitação temática* ao exercício da competência de controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos. A doutrina supõe que existam determinadas *questões constitucionais* cuja natureza é essencialmente política, por isso as decisões e escolhas exigidas no trato dessas questões devem ser reservadas para os órgãos do Estado competentes para a ação política, vedando-se o controle judicial do exercício dessas competências em casos constitucionais de natureza política. Portanto, nessas hipóteses exige-se dos tribunais uma postura de autocontenção na prestação de jurisdição constitucional.

(...)

O problema das questões políticas é delicado e decisivo para os limites de justiciabilidade da constituição. Conforme a fórmula clássica de Canotilho, a constituição é o *estatuto jurídico do político*, o que significa que, em última análise, se trata de uma ordem normativa dos valores, interesses e instituições da vida política de uma comunidade. Portanto, se as normas constitucionais por definição tratam de questão de natureza política, os conflitos jurídicos envolvendo normas constitucionais serão frequentemente também conflitos de natureza política. (...). É claro, então, que é preciso restringir o alcance do conceito. Muitas vezes a questão constitucional nitidamente é exclusivamente política, como ocorre com a política externa, a declaração de guerra (...). Noutras vezes, entretanto, por trás da natureza política está violado um direito fundamental ou um princípio constitucional essencial para a proteção dos indivíduos ou para as próprias bases institucionais do sistema constitucional. Nesses casos, a natureza política do caso constitucional não deve inibir juízes e tribunais de examinar a questão constitucional, ainda que a decisão exija a revisão de escolhas e decisões adotadas pelo legislador e pelo administrador no uso de suas competências privativas.

Por este pensamento, considerando-se as relações que existem entre as políticas públicas e a efetividade de direitos fundamentais, fica fácil afastar o tema em foco do alcance da doutrina das questões políticas. O tema será, portanto, passível de controle jurisdicional, mesmo que em alguma medida.

A questão, contudo, não é assim tão fácil. Victor Abramovich e Christian Courtis chegam a lembrar que, no âmbito do direito argentino, é comum serem consideradas questões próprias da competência dos órgãos políticos, dentre outras, a violação a direitos sociais que importam ação positiva e estão a demandar recursos orçamentários ou que afetam o desenho ou a execução de políticas públicas¹¹¹.

¹¹¹ Eis a transcrição da lição destes autores: “Así, cuando la reparación de una violación de derechos sociales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, o implica tomar una decisión acerca de qué grupos o sectores sociales serán prioritariamente auxiliados o tutelados por el Estado, los jueces suelen considerar que tales cuestiones son propias de la competencia de los órganos políticos.” (ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159).

Assim, contudo, não pode ser. Nos casos acima referidos, não se pode negar, em caráter absoluto, a missão do Poder Judiciário de fiscalizar as políticas públicas. Deve-se admitir este controle, ainda que de forma limitada aos parâmetros constitucionais, enfim à força normativa da Constituição, até para não ultrapassar o campo reservado às decisões majoritárias, ferindo a soberania popular e desrespeitando o espaço próprio da Política, pois, como diz Haro¹¹²: “nosotros podemos afirmar ‘que el derecho es realidad política, mas no es toda la realidad política’”¹¹³.

Deve-se, ademais, ter cautela para evitar um excesso de protagonismo do Poder Judiciário¹¹⁴, que, na linha do neoconstitucionalismo, deve se limitar a resguardar o espaço constitucional. É preciso precaver para não invadir o espaço reservado à Política. Por outro lado, também não se pode remar em sentido contrário, entendendo a Constituição como uma mera decisão política (Carl Schmidt¹¹⁵), sem caráter normativo.

A solução, portanto, está no meio e pode ser colhida, com muita propriedade, novamente do pensamento de Cláudio Ari Mello¹¹⁶, assim manifestado

Por isso se diz que ‘qualquer atuação dos poderes políticos (incluindo o governo), vinculada pelo Direito, tanto se tem um conteúdo político ou não, é fiscalizável pelos juizes e

¹¹² HARO, Ricardo. *El control de constitucionalidad...*, p. 187.

¹¹³ A preocupação em não invadir, quando do controle das *policies*, o espaço próprio da Política, foi manifestada em outro trabalho nosso: BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas..., p. 41.

¹¹⁴ Interessantíssima a abordagem de Ana Paula de Barcellos, quando aduz que a submissão do exercício do poder político às regras jurídicas: “...não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis. Muito ao revés. Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionamentos jurídico-constitucionais.” No parágrafo seguinte, acrescenta: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas - que irá, ou não, realizar esses fins - deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas...*, p. 12-13).

¹¹⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996, p. 47-48.

¹¹⁶ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais...*, p. 264-265.

tribunais ordinários, se bem que, isso sim, na medida estrita da sua vinculação jurídica. Vinculação que - se não à lei, ao menos à constituição e ao Direito - existiria sempre, ainda que somente seja através dos direitos fundamentais (o que não é pouco) ou dos princípios constitucionais e princípios gerais do direito que regem a atuação de todos os poderes públicos’.

(...)

...o constitucionalismo moderno aceita corretamente uma ampliação horizontal e vertical do controle judicial para o interior das questões políticas, sobretudo quando se tratar de atos governamentais que afetem de alguma forma direitos fundamentais e princípios constitucionais. (...). A dosagem do controle jurisdicional das questões políticas depende, portanto, do desenvolvimento de critérios que otimizem a garantia dos direitos sem asfixiar o espaço propriamente político das competências legislativas e executivas.

Fica, pois, muito claro que as políticas públicas, em alguma medida, também pertencem ao Direito, diante da vinculação jurídica proporcionada pelos parâmetros constitucionais e legais estabelecidos aos programas estatais. Se assim é, não se pode advogar que as políticas públicas se integrem no conceito de questões políticas, tornando-se insuscetíveis de controle jurisdicional.

O contraste jurisdicional, conclua-se, é possível, mas não ilimitado. Deve ser admitido na medida da vinculação jurídica que sofre a política pública e, portanto, à luz dos parâmetros estabelecidos pelo Direito, evitando-se, com isso, que haja uma intromissão indébita na esfera da Política.

O grande desafio do estudo das políticas públicas, enfim, é delimitar as bases do contraste jurisdicional¹¹⁷, devendo-se clarificar critérios e parâmetros que permitam a garantia dos direitos sem asfixiar a missão dos poderes políticos.

No decorrer do trabalho, vale a pena ressaltar, serão evidenciados alguns parâmetros objetivos para o controle de políticas públicas, estes pensados à luz das presentes questões. Este, na verdade, é o grande objetivo do presente estudo.

¹¹⁷ À guisa de prefaciã obra comemorativa dos vinte anos da ação civil pública, Kazuo Watanabe, dentre vários temas, elege como um dos mais agudos em relação a esta ação coletiva: “(g) Estado moderno, suas políticas públicas e o papel da ação civil pública: o limite do controle jurisdicional.” (MILARÉ, Édis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 8).

3.5 AINDA A POLÍTICA E O DIREITO: ENFOQUE SOBRE A LEGITIMIDADE DO CONTROLE

Na seqüência, indaga-se: em que medida e por que meios o sistema jurídico pode controlar o sistema político? Como preservar a autonomia de ambos e controlar políticas públicas? Qual o papel da jurisdição constitucional e da tutela coletiva neste contexto?

Para responder estas questões surge a necessidade de investigar uma outra, também extremamente sutil e penetrante: o nível de entrelaçamento entre o sistema jurídico e o sistema político, de modo a permitir o exame jurídico de assuntos políticos. Isso, certamente, não pode ser feito de qualquer modo, já que ambos os sistemas têm características, finalidades e operacionalidades distintas.

Tal exame deve ser feito à luz da teoria dos sistemas, que teve em Niklas Luhmann um de seus mais destacados corifeus. Segundo Jean Carlos Dias¹¹⁸, a teoria sistêmica parte de duas premissas: a) o sistema político e o sistema jurídico apresentam códigos e programas específicos que lhes dão fechamento e operacionalidade diversos; e, b) a forma de processamento que tais sistemas adotam determina resultados e interações sociais essencialmente particulares.

Quanto ao sistema político, tem-se que, em resumo, sua nota característica é a exclusividade do uso da força, pelo que lhe cabe a função de tomar decisões coletivamente vinculantes¹¹⁹,

¹¹⁸ Conferir DIAS, Jean Carlos. O Problema dos Julgamentos Políticos na Experiência Processual Brasileira. In: *Revista Dialética de Direito Processual* nº 14. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda, maio de 2004, p. 37.

¹¹⁹ Na qualidade de profundo conhecedor da doutrina de Luhmann, acrescenta Marcelo Neves que: “Definindo-se a política como a esfera de tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência (autoridade, reputação, liderança), a autopoiese da política significa que as respectivas comunicações não são imediatamente determinadas por fatores externos e particularismos. O sistema político reproduz-se, primariamente, de acordo com o código de preferência generalizado ‘poder superior/poder inferior’ (convertido contemporaneamente na diferença entre governo e oposição) e os seus respectivos programas, estabelecidos por procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos etc.” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leivatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 85-86.

a partir de um código binário: governo/não governo, bem diferente do utilizado no sistema jurídico (direito/não-direito ou *Recht/Unrecht*). O programa adotado é essencialmente *teleológico*, já que destaca os fins e não os meios. Não obstante, há relações entre o Direito e a Política, a partir da Constituição.

Nesse sentido, mas de modo mais específico e completo, Morton Luiz Faria de Medeiros¹²⁰ oferece interessante abordagem, ao comentar que:

Transplantando as idéias expostas para a teoria dos sistemas luhmanniana, evidencia-se que a *exclusividade do uso da força*, características do poder político, atribui à Política a *função* de tomar decisões coletivamente vinculantes, dispondo uma ‘diferenciação hierárquica das relações de poder entre superiores e inferiores, que recebe uma formulação técnica na distinção governo/oposição’. Destarte, na medida em que a Política determina a divisão entre governantes e governados, delinea, com isso, seu código lingüístico específico, distinto do de qualquer outro sistema.

Sob essa perspectiva, o código operativo governo/oposição permite uma comunicação entre os elementos intrínsecos da Política, totalmente distinta da observada, a partir dos seus códigos binários próprios, nos demais sistemas: Moral (bem/mal), Ciência (verdade/falsidade) e Direito (direito/não-direito), para citar alguns. Assim é que se impede que os elementos da Política sejam considerados segundo sua agradabilidade, veracidade ou juridicidade, e sim a partir de *programas* nomeadamente políticos (v.g., programas político-eleitorais e propostas de governo), *funcionalmente* destinados à tomada de posições coletivamente vinculantes. Os programas do sistema político, portanto, fazem com que ganhem relevo muito mais os *fins* almejados ou declarados por seus agentes do que os meios para alcançar esses fins.

Em linha similar, comenta Luís Cabral de Moncada¹²¹, que: “A idéia de autoridade faz parte da essência estrutural do objeto ‘político’ (...). Mas, por sua vez, a autoridade não se concebe, dentro de quaisquer relações intersubjetivas - deve acrescentar-se - sem uma certa distinção fundamental dos sujeitos destas mesmas relações: a dêstes em *governantes* e *governados*; isto é, entre o que manda e o que obedece.” Já Bobbio¹²², sobre o uso da força, aduz que:

¹²⁰ MEDEIROS, Morton Luiz Farias de, op. cit., p. 79-80.

¹²¹ MONCADA, L. Cabral de. Do conceito e essência do político. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos* n° 30. Belo Horizonte: Imprensa Universitária - UFMG, janeiro de 1971, p. 26.

¹²² BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia*. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 141.

“...diferentemente do poder econômico e do ideológico, a força é o meio que se serve o poder político, embora em última instância.”

Assim, o ato político, principalmente por vir associado ao possível uso exclusivo da força, difere do Direito. Há, ainda, outras diferenças. No sistema jurídico, o programa é *normativo* e não teleológico. O código binário é: legal/ilegal ou jurídico/não-jurídico. O interessante é que nada impede que sejam tomadas decisões sobre políticas (ex.: políticas públicas). A única ressalva é que estas decisões devem se submeter ao código próprio do sistema jurídico e não ao código do sistema político.

Isto significa que, no Direito, podem ser prolatadas decisões políticas ou que influam no cenário político, desde que estejam lastreadas em normas ou não ultrapassem os parâmetros normativos. Enfim, devem ser prolatadas na medida em que, por exemplo, as políticas públicas se vinculem juridicamente¹²³.

Há, em verdade, uma interdependência entre os sistemas político e jurídico. Não é certo que o segundo se submete ao primeiro, em virtude de a Constituição brotar de uma opção política¹²⁴. Na verdade, o Direito serve de justificação ao sistema político, pois, principalmente por intermédio da Constituição (do controle de constitucionalidade), vai influir na legitimação dos atos políticos. Por outro lado, a efetividade do Direito, quando depender de atos coativos, vai recorrer à Política, diante do fato de que esta mantém a exclusividade do uso da força¹²⁵.

¹²³ Afirma Jean Carlos Dias, com arrimo em lições de consagrado constitucionalista português, que: “Canotilho a respeito pontua que ‘o problema não reside em, através do controle constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política’. Deste modo não há proibição de que as decisões judiciais acabem gerando conseqüências políticas, mas o que não se pode admitir é que decisões jurídicas sejam baseadas em fundamentos políticos, deslocando as linhas de base de um sistema ao outro.” (DIAS, Jean Carlos. *O Problema dos Julgamentos Políticos na Experiência Processual Brasileira...*, p. 48).

¹²⁴ Em posição contrária: MEDEIROS FILHO, Francisco Honório. *Poder Político e Direito: a instrumentalização política da interpretação jurídica constitucional*. Natal: A S Editores, 2003, p. 67.

¹²⁵ MEDEIROS, Morton Luiz Faria. *A Política, o Direito e sua interdependência: o esforço pela busca de suas autonomias...*, p. 86.

Traga-se a suma do que foi dito para a realidade prática do controle das políticas públicas. 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 a mão a uma luva, à advertência de Cappelletti¹²⁶, no sentido de que: “Na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco de perversão.”

Já para compatibilizar com a função do sistema político de prolatar decisões coletivamente vinculantes, tem-se que a fiscalização judicial será mais útil se ocorrer no âmbito da jurisdição constitucional, através do controle concentrado da constitucionalidade ou da tutela coletiva, já que são instrumentos jurídicos com capacidade de prolatar decisões *erga omnes* e, em consequência, coletivamente vinculantes.

É, pois, através da jurisdição constitucional que o Direito limita o exercício ilegítimo da atividade política, consoante feliz reflexão de Inocêncio Mártires Coelho¹²⁷:

Relembrando lição de RADBRUCH, diríamos que também aqui, na luta política, se ninguém pode dizer o que é *justo*, alguém tem que decidir o que é *jurídico*, até porque a esta altura parece incogitável abandonar-se o Estado de Direito ou retornar-se à lei do mais forte.

(...)

Diante disso, pode-se dizer que, a rigor, não existe conflito, antes uma fecunda interdependência, entre Direito e Política, entre constituição e realidade constitucional, entre Estado Constitucional de Direito e Estado Judicial de Direito, porque ao fim e ao cabo foi a própria constituição que instituiu a jurisdição constitucional e lhe atribuiu poderes praticamente ilimitados para dar a *última palavra* sobre o sentido e o alcance da lei fundamental.

Assim, resta a conclusão de que é a jurisdição constitucional, tanto exercida pelas ações ligadas ao controle concentrado da constitucionalidade como pela via das ações coletivas, o meio

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da ‘Justiça Constitucional’. Em *Revista Forense*, vol. 366. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127.

¹²⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional e Política. In: *Direito Público nº 10, ano III*, out-nov-dez, 2005, p. 8 e 15.

mais idôneo de aproximação do sistema jurídico e do sistema político. Isto porque há uma ligação evidente. A jurisdição constitucional é apta à produção de atos judiciais coletivamente vinculantes, similares, nesse aspecto, aos atos políticos.

A veracidade da conclusão acima é facilmente apreendida, até porque as decisões em matéria de políticas públicas devem levar em conta os interesses de toda uma coletividade e não pretensões individuais.

Há que se ter, inclusive, muito cuidado com o exame de direitos fundamentais sociais, que envolvem o desenvolvimento de políticas públicas e se submetem a limitações orçamentárias, sob o prisma exclusivo das circunstâncias e dos interesses de matiz individual.

Um exemplo pode ser ilustrativo. Imagine-se que “A”, portador de deficiência física, ainda na fase de construção de um prédio público, postule à Administração no sentido de que o projeto e a construção contemplem uma rampa, que permita seu acesso ao citado bem público. Não obstante, a solução engendrada, na via administrativa ou quiçá judicial, não deve olhar somente para a realidade do pretendente, mas ter a percepção de que a alteração do projeto deve levar em conta as dificuldades de outras pessoas, como: as pessoas portadoras de deficiência auditiva, visual, idosos, cardíacos, enfim dos cidadãos em geral, inclusive os que não têm qualquer limitação física, mental ou motora. Deste modo, não tem sentido se pensar somente em uma rampa, mas talvez, ao mesmo tempo, em uma rampa e uma escada, o que é demonstração cabal de que deve ser exaltado o contexto coletivo, ao invés de particularidades individuais somente.

Assim, a jurisdição constitucional, tanto no que atine às ações ligadas ao controle concentrado de constitucionalidade como no tocante à tutela coletiva, passa a ser absolutamente indispensável para assegurar a importância do Direito como meio necessário à consolidação do Estado Democrático de Direito e, em grande medida, à concretização de políticas públicas.

3.6 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ATIVIDADE E OS DIREITOS SUBJETIVOS REFLEXOS

Outro ângulo digno de destaque no estudo das políticas públicas é o relativo ao fato já anunciado de que, olhada internamente, uma política pública pode ser compreendida como uma atividade complexa, orientada por uma finalidade, dotada de várias fases, as quais, a princípio, não geram direitos subjetivos ao cidadão.

A idéia de que as políticas públicas são uma atividade complexa já se tem. Decorre do fato de que se nota a presença de uma série ordenada de atos, normas, licitações, contratos etc. É certo, também, que as *policies* mobilizam mecanismos dos mais variados tipos (pessoais, institucionais e financeiros), aptos à consecução das metas e finalidades previamente definidos. Até aí nenhuma novidade. O que se deve remarcar como importante é a informação de que, antes de implementada, ou seja, antes de ultimadas todas as providências, as políticas públicas não geram, em princípio, direitos públicos subjetivos individuais¹²⁸. Daí se pensar numa fiscalização, de âmbito coletivo, da atividade em si e não na proteção de direitos individuais porventura violados.

Não se deve confundir, pois, os direitos fundamentais consagrados abstratamente (ex.: direito à educação), as políticas públicas e os direitos subjetivos. Nem sempre direitos fundamentais geram direitos subjetivos imediatos.

¹²⁸ Importante, a respeito, a ponderação de Fábio Konder Comparato: “Ora, uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característico das liberdades individuais. Mas, como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização desses direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.” (COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais..., p. 249).

As *policies*, como já dito, são mecanismos (instrumentos) para a efetivação de direitos fundamentais, em especial os sociais, econômicos e culturais. Tais direitos, muitas vezes, geram apenas imposições no sentido de que sejam desenvolvidas políticas públicas para sua efetivação, sem daí decorrer qualquer direito subjetivo imediato (ex.: direito à moradia).

O que se está a advogar é que a perspectiva do acompanhamento das políticas públicas demanda, em princípio, ação coletiva e não individual. Fiscaliza-se a atividade direcionada a uma finalidade definida normativamente, bem como se todo o processamento está de acordo com os fins e os parâmetros definidos em normas jurídicas. Na verdade, é o *iter* procedimental ou a ausência deste (omissão), que são controlados, não a violação de direitos subjetivos individuais.

Nem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF/88) refuta tal idéia. Esta norma não é mais que um mandado de otimização, exigindo que seja prestigiada apenas a máxima eficácia possível¹²⁹, até diante da enorme escassez de recursos para fazer frente a todas as políticas públicas, bem como ante os insuficientes parâmetros normativos para uma concretização individual de muitos direitos.

O presente trabalho, portanto, tem compromisso com o acompanhamento da atividade estatal, ainda que dela não decorra, imediatamente, qualquer direito individual. Não obstante, as políticas públicas, algumas vezes, convivem com direitos subjetivos públicos, que têm relação com os programas estatais. São considerados reflexos às *policies*.

Deve-se, pois, ter presente que existem direitos subjetivos reflexos às políticas públicas¹³⁰, que funcionam como limites aos referidos programas. Deste modo, não podem deixar de ser levados em conta quando do desenvolvimento da ação estatal.

¹²⁹ Conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 242 e ss.

¹³⁰ Esclareça-se que não é usual a utilização da expressão direitos subjetivos reflexos às políticas públicas (possuidores também de dimensão subjetiva), bem como direitos fundamentais sujeitos à políticas públicas (possuidores, em

Explica-se melhor. A efetivação dos direitos sociais impõe, normalmente, apenas que sejam desenvolvidas políticas públicas. Outras vezes - mais raras -, tais direitos também se efetivam através da previsão de verdadeiros direitos subjetivos que, por dizerem respeito à mesma temática, podem ser considerados reflexos aos programas estatais.

Importante anotar que há relação entre as políticas públicas e a prévia necessidade de levar em conta tais direitos subjetivos, inclusive no que toca à preferência quanto aos recursos públicos carreados. As coisas funcionam como se um dos parâmetros objetivos definidos constitucionalmente, de modo a limitar as políticas públicas, já fosse um verdadeiro direito público subjetivo, que pode ser exigido imediatamente.

Nessa linha, tome-se como exemplo a prestação de serviços de educação. Uma leitura atenta da Constituição brasileira de 1988 (arts. 205 e ss.) permite reconhecer que, na realidade, deve o Estado desenvolver políticas públicas para garantir, por exemplo, a progressiva universalização do ensino médio (art. 208, II). O cumprimento desta meta, ligada ao direito à educação, encontra limites jurídico-constitucionais. Um deles é justamente a necessidade de privilegiar o acesso ao ensino fundamental como direito subjetivo individual reflexo às políticas de educação (art. 208, I, da CF/88). Qualquer política a ser desenvolvida, assim também as decisões sobre a alocação de recursos, sob pena de inconstitucionalidade, deve levar em conta a consagração do ensino fundamental como direito público subjetivo, com proteção normativa privilegiada no âmbito do direito à educação (art. 208, §1º, da CF/88).

princípio, apenas de uma dimensão objetiva). Clemerson Clève, por exemplo, mesmo aparentando ciência da diferenciação, prefere designá-los como direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados, informando que: “Os primeiros podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora. Por isso, ainda que o poder público não tenha colocado os serviços à disposição dos particulares, ainda que não haja lei alguma regulamentando a matéria, esses direitos, porque implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem, são suscetíveis, perfeitamente, de demanda perante o Poder Judiciário. Os direitos prestacionais derivados, por seu turno, não se realizam inteiramente, sem a prévia regulamentação ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária. A maior parte dos direitos sociais reside no sítio dos prestacionais derivados.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n° 54, ano 14. São Paulo: RT, jan./mar. de 2006, p. 34).

O mesmo acontece, *mutatis mutandis*, no que toca aos idosos, com o direito à gratuidade dos transportes coletivos aos cidadãos com mais de sessenta e cinco anos (art. 230, §2º, da CF/88). É, também, um direito subjetivo reflexo que deve ser levado em consideração quando pensadas as políticas de transporte público.

Assim, as *policies*, seja quando de sua formulação ou na execução, devem respeitar os direitos subjetivos reflexos às políticas públicas, assim como outros parâmetros normativos que limitam à ação estatal.

3.7 AS MÚLTIPLAS POLÍTICAS PÚBLICAS, O PLANEJAMENTO E SEUS ALTOS CUSTOS

Outro aspecto importante, que reforça ainda mais a natureza complexa das políticas públicas, é o fato de que o atual Estado Constitucional está permeado pela missão de executar inúmeros programas, de modo que, indiscutivelmente, se substitui o *government by law*, marca do Estado Liberal, por uma espécie de *government by policies*.

Sobre o assunto, Gilberto Bercovici¹³¹, chega a afirmar que:

Com o advento do Estado Social, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas, também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Tornou-se corrente afirmar que, com o Estado Social, o *government by policies* vai além do *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar muitas vezes incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal.

¹³¹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988...*, p. 57-58.

Exige-se, em conseqüência, que sejam engendradas inúmeras atividades complexas, orientadas por finalidades diversas, a serem executadas num mesmo espaço e tempo, além de coordenadas para evitar que haja afastamento dos objetivos maiores. Estas atividades, ademais, são de diversas ordens, podendo-se destacar a existência de políticas econômicas, ambientais, ligadas à ciência e tecnologia, urbanísticas, além das sociais. Estas últimas são apenas um dos tipos de política pública¹³².

Indispensável, pois, um cuidado com o planejamento da gestão pública. Sabe-se que não é tarefa fácil o trato com as *policies* na perspectiva governamental. Os riscos de não se conseguir os avanços pretendidos são muitos. Daí a relevância ainda maior de uma apurada fiscalização política, social e também judicial, sem contar a necessidade, já exposta, de um sério e bem feito planejamento, que deverá ser, sempre que possível, rigorosamente cumprido, sob pena de não serem alcançados os objetivos constitucionais e, em última instância, verdadeiramente instalado o paradigma constitucionalista a que se propõe o já exposto neoconstitucionalismo.

Há, pois, um questionamento bastante agudo: a concreção do planejamento da gestão pública (emoldurado - no Brasil - através do plano plurianual), é ínsita à efetividade dos direitos prestacionais? Há exigência constitucional? Pensamos que sim.

Para a compreensão da lacônica resposta, vale, de início, lembrar novamente as lições de Bercovici¹³³:

O planejamento coordena, racionaliza e dá unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se 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 enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade

¹³² CUNHA, Edite da Penha e CUNHA, Eleonora Schettini M. Políticas públicas sociais. In: CARVALHO, Alysson et al. *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Proex, 2002, p. 12.

¹³³ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988...*, p. 69-70 e 76-77.

estatal, o plano deve estar 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 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.

As peças orçamentárias, portanto, são importantes para que se tenha um planejamento de longo ou médio prazo, que permita a implementação progressiva de vários direitos fundamentais. Daí a grande importância de que o gasto anual esteja acorde com o planejamento de médio e longo prazo (plano plurianual), Assim, não se pode compactuar com atos administrativos ou legislativos improvisados e descontextualizados, ferindo de morte o avanço gradual dos direitos fundamentais.

O realce, nos dias de hoje, do papel político do orçamento, como instrumento de planejamento estatal para a efetividade de direitos que demandam políticas públicas e efetivação gradual, é incontestável. Lembra Ricardo Lobo Torres¹³⁴ que o Estado Orçamentário procura, através do orçamento, além de fixar as receitas tributárias e patrimoniais, redistribuir rendas, entregar prestações de saúde, educação, seguridade e transportes, além de promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a economia. Tal modelo estatal baseia-se no planejamento. É um Estado de Planejamento¹³⁵, que se desenvolve através de planos anuais e plurianuais¹³⁶.

¹³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 172.

¹³⁵ No mesmo sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, volume V: O Orçamento na Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 59-60.

¹³⁶ Ao tratar do tema, Ana Paola de Moraes Amorim Valente também ressalta a importância do planejamento orçamentário, ao ditar que: “A elaboração e aprovação da Lei Orçamentária Anual (LOA) é uma das etapas do chamado ciclo orçamentário de planejamento de receitas e despesas e definição de políticas públicas do governo. Antes da definição da lei, devem ser cumpridas as etapas relativas ao Plano Plurianual (PPA) e à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Esses mecanismos foram introduzidos pela Constituição de 1988 com objetivo de tornar mais claro o planejamento e, com isso, dar mais transparência, racionalidade e previsibilidade aos gastos públicos.” (VALENTE,

Não se defende, vale afirmar desde logo, que referido planejamento seja impositivo. Certamente, situações circunstanciais podem não permitir o regular desenvolvimento das metas impostas através das peças orçamentárias. Não obstante, é preciso que tais correções de rota sejam indispensáveis, não sendo lícita a absoluta e injustificada desconsideração do plano, sob pena de privilegiar conduta que desprestigia os direitos fundamentais e que se afigura como verdadeiro convite ao exercício absoluto do poder.

A necessidade de concatenação, em situações normais, entre o gasto anual e o planejamento de médio e longo prazo tem fundamento na Constituição, percebendo-se, a partir de um olhar mais atento, como verdadeira exigência da Lei Maior.

É, frise-se, manifestação inolvidável do princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da CF/88. Isto é intuitivo, não sendo razoável pensar em boa administração, em eficiência da atividade administrativa, se as metas previstas em peças orçamentárias ou na própria Constituição, são simplesmente desconsideradas e a missão de implementação gradual dos direitos sociais não logra atendimento.

A eficiência, como se sabe, valoriza os resultados da atividade administrativa¹³⁷. No fundo, decorre da noção de boa administração¹³⁸. Assim, não há de negar-se que, em tema de implementação de políticas públicas, é importante atingir as metas previamente impostas. Enfim, urge que, mantidas as circunstâncias, seja seguido à risca o que foi planejado, caminhando-se na direção dos fins e objetivos propostos.

Ana Paola de Morais Amorim. *Transparência e opacidade: o SIAFI no acesso à informação orçamentária*. São Paulo: FUMEC, 2004, p. 158).

¹³⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 406.

¹³⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 789, ano 90. São Paulo: RT, julho de 2001, p. 83. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104.

A esse respeito, válido o comentário de Alexandre Santos de Aragão¹³⁹, quando faz referência à relação entre o postulado da eficiência e os objetivos das políticas públicas. É o que se colhe da seguinte lição:

O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, *caput*, CF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas “passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater”. (Sublinhado acrescentado).

A necessidade de se obedecer ao planejamento orçamentário também decorre de uma interpretação mais larga do art. 174, da CF/88¹⁴⁰, já que não é possível a prestação de serviços públicos¹⁴¹ ou a realização de ações estatais escorregadas¹⁴² sem um planejamento eficiente, realizado por intermédio das peças orçamentárias.

Acresça-se, ainda, por importante, a constatação de que as políticas públicas apresentam altos custos, não havendo recursos públicos suficientes para esta grande quantidade de atividades a serem realizadas pelo aparato estatal. Infelizmente, os altos custos e a insuficiência dos recursos públicos são evidências da realidade concreta e não tese jurídica que admita contraposição, impondo cuidados no planejamento.

¹³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: *Revista de Direito Administrativo* n° 237. Rio de Janeiro: Renovar, julho/setembro, 2004, p. 3-4.

¹⁴⁰ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (Sublinhado não consta do original).

¹⁴¹ Calha, a respeito, a lição do saudoso Aliomar Baleeiro, no sentido de que: “o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.” (BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14 ed. Atualizado por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 387).

¹⁴² Hélio Messala chega a afirmar que: “...o orçamento anual é o instrumento que sintetiza as políticas públicas e apresenta a escolha dos representantes do povo dentre as diversas possibilidades de investimento da receita pública. É através desse instrumento normativo que a desnutrição, a saúde, a educação e o meio ambiente podem receber verbas imprescindíveis à prevenção e solução de problemas drasticamente graves à sociedade.” (GOMES, Hélio Messala Lima. *Despesa pública: princípios constitucionais*. Recife: Nossa Livraria, 2004, p. 39).

Na verdade, a questão dos custos dos direitos é mais profunda e não envolve somente aqueles que demandam políticas públicas, como sói acontecer com os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, como se tem defendido com frequência. Esta perspectiva reducionista parte de um equívoco que vem sendo cada vez mais lembrado na doutrina pátria, em razão da contribuição de autores americanos. A verdade é que todos os direitos têm um custo e esta é uma dimensão que não pode vir a ser simplesmente desconsiderada.

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein¹⁴³ foram os autores que com mais firmeza produziram estragos na distinção entre direitos de defesa (que exigem apenas uma abstenção estatal) e direitos prestacionais.

Gustavo Amaral¹⁴⁴ comenta sobre a obra destes autores que: “O livro inteiro visa desfazer a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos. Com uma retórica sublime e larga referência aos valores gastos pelos Estados Unidos na proteção de direitos tidos como negativos, o trabalho torna tarefa inglória qualquer tentativa séria de defender a dicotomia.”

Logo no pórtico de seu trabalho, mais especificamente no título do Capítulo I, da Parte I, os citados autores americanos deixam claro seu ponto de vista, ao aduzirem, com propriedade, uma afirmação peremptória: “TODOS OS DIREITOS SÃO POSITIVOS”. Pouco importa a natureza do direito, se de defesa ou prestacional, terá sempre uma contrapartida maior ou menor em gastos públicos, nem que seja com o aparato jurisdicional para defesa destes direitos. Todos os direitos, portanto, em maior ou menor grau, dependendo do ângulo em que são observados, exigem dispêndio para sua realização.

¹⁴³ HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁴⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 71.

Isto significa que todos os direitos têm um custo (uma dimensão positiva) que não pode ser desprezado. O exercício do direito ao acesso à justiça exige um caro aparato jurisdicional. Da mesma forma, o direito ao voto não tem sentido se não for deslocado um contingente de recursos para às atividades da Justiça Eleitoral e a organização da eleição.

Enfim: “Em termos práticos, o Governo “concede direitos civis” aos cidadãos, provendo aparatos legais, como zonas eleitorais, sem os quais não seria possível exercer tais direitos”¹⁴⁵.

Estes autores, ademais, trazem exemplos escandalosos de gastos no sistema americano para a proteção de direitos civis e políticos, que não cabem aqui ser reproduzidos.

Válida, pois, a conclusão de Flávio Galdino¹⁴⁶, levada a efeito com certa dose de ironia: “Não há falar, portanto, em direitos fundamentais negativos, ou, o que é pior, em direitos fundamentais ‘gratuitos’, até porque, como já se pode perceber, direitos não nascem em árvores.”

Assim, se todos os direitos têm um custo e alguns vêm sendo efetivados, por que não pensar na concretização daqueles direitos que não prescindem de políticas públicas? Será que, ante as premissas do neoconstitucionalismo, não há como contornar os óbices decorrentes dos altos custos das *policies*?

Estas questões serão enfrentadas no seu devido tempo, mas passam pelo reconhecimento de que a Constituição alcança também o disciplinamento dos gastos públicos, sendo importante a compreensão da atividade financeira do Estado e também da necessidade de orientação dos gastos na direção das prioridades constitucionais.

A esse respeito, comenta Bidart Campos¹⁴⁷ que:

¹⁴⁵ HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights...*, p. 53. O original: Practically speaking, the government ‘enfranchises’ citizens by providing the legal facilities, such as polling stations, without which they could not exercise their rights.

¹⁴⁶ GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215.

¹⁴⁷ CAMPOS, Germán J. Bidart. El Orden Socioeconómico, La Constitución y Los Derechos Humanos. In: DURANTE, Alfredo L. *La Constitución Real: Enfoques Multidisciplinarios*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 30.

13. Cuando tratados de derechos humanos dan una pauta de que la progresividad en materia de derechos sociales requiere su promoción ‘hasta el máximo de los recursos disponibles’ no podemos interpretar que ese tope máximo viene dado por la cantidad que arbitraria y discrecionalmente se le ocurra fijar al estado en la ley presupuestaria. (...). No es osado, por ende, hablar de un orden axiológico de los gastos públicos y encabezarlo con las necesidades básicas relacionadas con los derechos sociales, de forma de buscar el mayor rendimiento y el mejor resultado que sea susceptible de alcanzar para satisfacer y favorecer esos derechos.” (Grifos acrescentados).

Como se vê, o Estado atual não prescinde de uma ordem axiológica de gastos públicos, o que impõe uma radical modificação na acanhada concepção de que o orçamento é uma peça de ficção ou meramente autorizativa, devendo-se admitir, dentro de parâmetros definidos, o controle excepcional do orçamento público, pois, como afirma Andreas Krell¹⁴⁸:

Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos estados ou dos municípios e, parcialmente também, da não-execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.” (Grifos nossos).

Tem-se, portanto, que outra característica das políticas públicas é seu alto custo¹⁴⁹, o que não é diferente com os direitos em geral, mas angustia em razão da insuficiência dos recursos orçamentários. Tais aspectos serão necessariamente considerados quando do estudo do controle jurisdicional das *policies*, objetivo central deste trabalho.

3.8 POLÍTICAS PÚBLICAS E A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL

¹⁴⁸ Andreas J. *Direitos Sociais Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de Um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 99.

¹⁴⁹ Afirma J. J. Gomes Canotilho que: “Hoje como ontem, os direitos sociais, económicos e culturais colocam um problema incontrolável custam dinheiro, custam muito dinheiro.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 107).

A soma das características antes identificadas permite uma compreensão mais exata das políticas públicas e abre veredas para se caminhar no rumo de um dos seus aspectos mais problemáticos: o controle jurisdicional.

O controle pelos poderes políticos, através da democracia representativa, apesar de insuficiente, já está incorporado à consciência do jurista. O controle social, por sua vez, com iniciativas pontuais como a do orçamento participativo ou mesmo com o incremento dos conselhos de políticas públicas, caminha a passos largos. Diferentemente acontece com o controle pelo Poder Judiciário, pois as resistências são bem mais agudas.

Não obstante, a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, embora matéria que não admite ser tratada sem as precauções pertinentes, é uma imposição do atual estágio do Estado Democrático de Direito, dentro da novel perspectiva orientada pelo neoconstitucionalismo.

A organização da sociedade não prescinde das portas abertas do Poder Judiciário para dar guarida às reivindicações sociais. Em sendo assim, conhecidos os traços marcantes das *policies*, indispensável passar a um exame mais acurado da legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas, que é a base da compreensão dos seus limites e da importância inegável e já intuitiva da tutela do orçamento.

Esta a missão espinhosa a ser cumprida a partir do próximo capítulo, dedicado à afirmação do controle jurisdicional de políticas públicas, à luz da prática forense e dos avanços doutrinários que o tema já alcançou.

4 A LEGITIMIDADE DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO: DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À TEORIA

“Na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco de perversão.”

Mauro Capelletti¹⁵⁰

4.1 UM FOCO NA ATIVIDADE JUDICIAL: PRIMEIRAS LUZES PARA UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA

Chega-se, pois, ao tema atinente ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. A despeito de sua importância para a efetividade dos direitos fundamentais, não tem sido objeto de suficiente tratamento doutrinário e jurisprudencial, talvez por se revelar uma preocupação bastante recente na seara jurídica. São perceptíveis, inclusive, os receios que o assunto suscita e o desafio imposto ao intérprete de enfrentar os óbices encontrados e contribuir para soluções que se afinem com as premissas já estudadas do neoconstitucionalismo.

¹⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da ‘Justiça Constitucional’. In: *Revista Forense*, vol. 366. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127.

Não obstante o tema tenha passado ao largo dos autores clássicos¹⁵¹ e permaneçam raras as contribuições doutrinárias¹⁵² e jurisprudenciais, não se pode descurar que, talvez diante da riqueza e profundidade dos casos que a sociedade de massas impõe aos principais atores forenses e aos estudiosos do cenário jurídico e social, já se percebe uma crescente inquietação com o controle jurisdicional de políticas públicas, sendo possível identificar alguns provimentos judiciais afinados com estas questões.

Diante disso, o presente capítulo adota sistemática singular. Parte-se, justamente, do exame dos principais precedentes recentemente vindos à lume no mundo jurídico para, com esteio na doutrina nacional e estrangeira, avançar em estudos teóricos sobre a legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas, sem, contudo, reconhecer o Poder Judiciário como a panacéia do mundo ou retirar-lhe a missão constitucional.

O propósito é ousado, diante do terreno movediço que se vislumbra, mas a preocupação nodal, sem dúvida, será participar do aceso debate, estimulando autores mais abalizados a se de-

¹⁵¹ José Carlos Vieira de Andrade, celebrado constitucionalista português, faz coro com os que têm fortes reservas em relação à potencialidade da força normativa da Constituição, no tocante à efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem políticas públicas. Este autor leciona que: "... o cumprimento dos programas constantes destes preceitos constitucionais implica uma transformação das estruturas económicas e sociais, um projecto de futuro, e constitui, por isso, uma questão que só pode ser resolvida ao nível da luta política no quadro democrático, tendo em conta as diversas alternativas passíveis de solução. A Constituição, enquanto *estatuto jurídico do político*, não fornece uma resposta concreta e determinada para o problema de como e em que medida deve o Estado prosseguir essa tarefa fundamental que é a de promover a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais (art. 9º, al. d)." (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 345). Dentre os autores mais conservadores, Carl Schmitt negava até carácter de decisão constitucional à dimensão social da Constituição de Weimar (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996, p. 52-57).

¹⁵² No Brasil, só muito recentemente tem surgido alguns livros específicos sobre o tema, destacando-se, dentre outros: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005; APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005; GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implantação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. Merece destaque também as contribuições de Fábio Konder Comparato, que, de há algum tempo, dedica-se à temática. Dois artigos do autor merecem realce, um mais antigo: COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abril/junho, 1998, p. 39-48; e outro mais recente: COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha (Coordenadores). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

dicarem ou retornarem à portentosa temática, comprometida com a aplicação imediata dos direitos sociais (art. 5º, §1º, da CF/88) e seu reconhecimento como um dos valores supremos erigidos a nível magno¹⁵³.

Passemos aos julgados de maior importância.

4.2 ALGUNS PRECEDENTES JUDICIAIS E SEUS MEANDROS

Percebe-se, bem recentemente, no cotidiano forense, a existência de alguns arestos que pregam a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, delineando os contornos da atividade judicial neste campo.

Os mais altos pretórios, aos poucos, aqui e acolá, na esteira do que já vinham decidindo juízes e Tribunais mais abertos a teses inovadoras, vêm sufragando entendimentos mais apropriados à concretização dos direitos fundamentais, inclusive os que demandam políticas públicas, superando época histórica onde o Poder Judiciário, por apego ao formal e em obséquio a uma roupagem absoluta atribuída à discricionariedade administrativa, ao princípio majoritário e ao postulado da separação dos poderes, sequer examinavam demandas que envolvessem orçamento ou realização, por qualquer modo, de políticas públicas.

Não é despiciendo, pois, voltar os olhos para o exame de alguns julgados paradigmáticos, tomando-se a compreensão de parcela do Poder Judiciário como ponto de partida para caminhar no sentido de uma teoria condizente com o controle jurisdicional das políticas públicas e com a realização dos valores constitucionais supremos.

¹⁵³ Consultar preâmbulo e art. 6º, da CF/88. No mesmo sentido, pode-se citar: BARRETTO, Vicente de Paula. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-134.

4.2.1 Julgado do Supremo Tribunal Federal: breve estudo do caso

Em pronunciamento monocrático ainda não tão distante¹⁵⁴, o eminente Ministro Celso de Mello exarou a seguinte decisão:

Ementa: 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 de 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).

Não se trata, é verdade, de julgamento colegiado do Excelso Pretório, que possa refletir o pensamento dominante do Supremo Tribunal Federal ou posição sólida da Corte, apesar de judiciosas as ponderações apresentadas pelo Ministro Celso de Mello nesta decisão. Não obstante, não se deve deixar de considerar a força dos argumentos apresentados, que podem iluminar a construção de sólida teoria sobre o tema.

Vamos ao caso. A ação de descumprimento de preceito fundamental foi aforada com o fito de questionar o veto do Presidente da República sobre o §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). O veto teria descumprido a Emenda Constitucional nº 29/2000, que garante recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Foi, portanto, o Supremo Tribunal Federal instado a atender súplica tendente a evitar lesão a preceito fundamental, advinda de ato do poder público, quando do veto parcial à Lei de

154 ADPF nº 45 MC/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.5.2004, Informativo nº 345-STF.

Diretrizes Orçamentárias, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99¹⁵⁵. Eis, portanto, autêntico caso onde o Supremo Tribunal Federal é provocado para promover o controle jurisdicional de políticas públicas, através de uma atuação *a priori* (preventiva) em relação à lei orçamentária, voltada a debelar afronta a preceitos fundamentais (Emenda Constitucional nº 29/2000).

Na referida decisão monocrática, o Min. Celso de Mello não tergiversou sobre o assunto. Enfrentou-o com lucidez, estabelecendo importantes premissas sobre a possibilidade e os limites do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Reconheceu, num primeiro plano, o caráter excepcional do controle, já que a atividade promocional do Estado é, em princípio, afeta às funções institucionais do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Acrescentou, contudo, Sua Excelência que:

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 programático¹⁵⁶.

Além de abrir as portas para uma dimensão política da atuação do Poder Judiciário, sustentando a legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas, em face da separação de poderes, também delineou outras nuances e limites à atuação jurisdicional. Defendeu claramente ser necessário o exame da razoabilidade da pretensão individual ou social, em conjunto com a existência de disponibilidade financeira do Estado para a realização das prestações positivas reclamadas. Estes aspectos, a seu devido tempo, serão retomados com mais vagar.

¹⁵⁵ Digna de nota a posição de Edilson Pereira Nobre Júnior: “De observar também que ato do Poder Público forja a convicção de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser ajuizada em detrimento de posturas não normativas dos órgãos estatais, como é o caso da lei orçamentária.” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 105).

¹⁵⁶ ADPF nº 45 MC/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.5.2004, Informativo nº 345-STF.

Circunstância externa, contudo, não permitiu que tão arejadas idéias pudessem ser alvo de julgamento colegiado pela Corte Suprema. É que o Poder Executivo, antes do julgamento da ação constitucional citada, se antecipou e remeteu novo projeto de lei, que se transformou na Lei nº 10.777/2003, restaurando, em tempo, o dispositivo vetado em sua integralidade, de modo que restou superado o descumprimento a preceito fundamental na Lei de Diretrizes Orçamentárias, sem prejuízos outros, já que apenas serve de norma orientadora da elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004, restando, pois, superada a inconstitucionalidade e evitados os seus efeitos sobre a lei orçamentária do ano seguinte. Diante deste fato, a decisão monocrática, como não poderia ser diferente, reconheceu a perda superveniente de interesse de agir, extinguindo o feito.

4.2.2 Julgamento colegiado do Excelso Pretório: reafirmação da tese antes exposta

Mais recentemente, o mesmo Egrégio Supremo Tribunal Federal¹⁵⁷, desta vez em julgamento colegiado (2ª Turma), por intermédio de votação unânime, prolatou outro importante acórdão, também relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello, que, não só de soslaio, toca no tema do contraste pelo Poder Judiciário de políticas públicas. Vejamos a ementa do referido *decisum*:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO

¹⁵⁷ STF - 2ª Turma - RE nº 436996/SP - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - Julgado de 26/10/2005 - DJ de 07/11/2005, p. 00037. O mesmo tema foi, mesmo que de passagem, enfrentado em outros julgados da Corte Suprema, ainda que tenha ensejado o não seguimento do recurso, como por exemplo: STF - Decisão monocrática - AI 455802/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - J. de 07.02.2004 - DJ de 05.03.2004, p. 00044; STF - Decisão monocrática - RE 402024/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - J. de 26.03.2004 - DJ de 19.04.2004, p. 00089; e, STF - Decisão monocrática - RE 402024/SP - Rel. Min. Carlos Velloso - J. de 05.10.2004 - DJ de 27.10.2004, p. 00054.

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 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 lhe 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, 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.

Esta longa ementa refere-se a uma situação concreta relativamente singela. Em verdade, foi ajuizada ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Santo André, com o objetivo, segundo se conseguiu perceber do breve relatório, de obter a matrícula de criança¹⁵⁸ em creche municipal, com fundamento no art. 208, IV, da CF/88.

Em seu voto, reconhece o eminente relator que:

¹⁵⁸ A pretensão é dirigida à matrícula de criança do ensino infantil - talvez um só infante, diga-se de passagem. Embora existam algumas dúvidas quanto à conveniência da legitimidade ministerial e do manejo da ação civil pública como veículo hábil ao ajuizamento de pretensão individual indisponível, há permissibilidade clara em matéria de infância e juventude (art. 201, V, do ECA) e de proteção aos idosos (art. 74, I, do Estatuto do Idoso). O aprofundamento deste ponto, contudo, foge dos limites do estudo. A respeito do tema, ver nossos comentários ao art. 74, I, do Estatuto do Idoso, na seguinte obra coletiva: PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). *Estatuto do Idoso Comentado*. Campinas/SP: LZN, 2006, p. 352 e ss.

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 adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis - notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão escolar 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.

Uma observação importante é que reiterou, na fundamentação deste julgado, todas as premissas utilizadas no julgado monocrático a que se fez referência anteriormente. Foram reeditados pontos de vista no sentido de que: a) o Poder Judiciário tem compromisso com a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, até como forma de garantir a integridade e eficácia da própria Constituição; b) natureza excepcional do controle de políticas públicas; c) possibilidade de combater a omissão inconstitucional; d) submissão à reserva do possível e outros.

De acréscimo, vale ressaltar a referência à limitação da discricionariedade diante da densidade normativa da garantia da educação infantil (art. 208, IV, da CF/88). No mais, à luz da primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente, deu sinais de afrontas intoleráveis ao direito à educação - que podem servir de base para a identificação de casos que merecem reprimenda judicial - ao anunciar no referido voto:

...que 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, 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...

Eis a suma das teses jurídicas apresentadas como razões de decidir. O paradigma citado, contudo, não representa um legítimo controle de *policies*.

Na verdade, a hipótese examinada cuida não de um controle de políticas públicas, mas da proteção de um direito subjetivo reflexo. Até pelo que já se explanou (vide supra, capítulo 3, item 3.6) e ante a densidade normativa do art. 208, IV, da CF/88, tem-se que a garantia de “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade” é mais do que uma diretriz programática. É um direito subjetivo, dotado de dimensão individual, que deve ser respeitado quando postas em ato as políticas ligadas à educação infantil. É, pois, bem mais fácil seu controle jurisdicional¹⁵⁹ e não representa, em sua essência, um controle das atividades estatais balizadas em normas programáticas, mas de direitos reflexos aos programas constitucionais.

Isto, contudo, não minimiza a importância do julgado para o nosso estudo. As teses expostas são úteis à compreensão do controle de políticas públicas assim consideradas, sem contar que o acórdão traz esclarecimentos importantes, como, por exemplo, a necessidade de observar a cláusula da reserva do possível ainda quando se esteja diante de direito subjetivo público reflexo a uma *policy*.

É certo, contudo, que, no caso concreto, pouca repercussão teria o postulado da reserva do possível, já que não há dificuldade orçamentária para atender pretensão individual de matricular criança em creche ou pré-escola.

¹⁵⁹ Até por esta maior facilidade, é mais comum se pedir a tutela jurisdicional de direitos reflexos às políticas públicas, como se perceberá até do presente apanhado jurisprudencial. Infelizmente, esta perspectiva não traz os mesmos resultados para a efetivação dos direitos prestacionais. A ênfase, na verdade, deveria ser no controle das políticas em si consideradas, embora não se deva diminuir a importância dos resultados alcançados com a tutela judicial destes direitos reflexos. O que se está defendendo, também foi percebido por Fábio Konder Comparato, como se depreende do seu sutil comentário a respeito da atuação do *Parquet*: “Nessa linha de combate, o Ministério Público deve atuar não só no plano dos direitos subjetivos públicos expressamente garantidos pela Constituição - o direito de acesso ao ensino fundamental e o de percepção do benefício de assistência social de um salário mínimo, declarado no art. 203 -, o que, aliás, vem fazendo com inegável zelo; mas deve também exigir judicialmente o cumprimento do dever constitucional de se implementarem políticas públicas nessa área.” (COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais..., p. 255).

4.2.3 Ainda a Excelsa Corte: vinculação dos gastos às finalidades constitucionais

Há, ainda, um outro julgado do Supremo Tribunal Federal que merece ser citado, na medida em que aborda nuance de extrema relevância para o controle de políticas públicas. Tal aresto, como percebe Scaff, compromete-se com a idéia de que os gastos públicos não permitem que o legislador e muito menos o administrador realizem gastos de acordo com sua livre consciência, de forma desvinculada aos objetivos impostos pela Carta Constitucional¹⁶⁰.

Eis a ementa do citado julgado¹⁶¹:

PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta.

LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ART. 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no §4º do art. 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do citado parágrafo.

Sem descer a muitas minúcias sobre o presente processo objetivo, tem-se, em primeiro lugar, que foi - no controle concentrado de constitucionalidade - questionada a compatibilidade vertical da Lei Orçamentária Anual de 2003.

Tal norma (Lei nº 10.640/2003), em seu art. 4º, permitia ao Poder Executivo abrir créditos suplementares, destinando os recursos arrecadados pela União no ano de 2002, sob a rubrica da

¹⁶⁰ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: *Interesse Público* nº 32, ano 7. Porto Alegre: Notadez, julho/agosto, 2005, p. 221.

¹⁶¹ STF - PLENO - ADI 2925/DF - Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio - J. 19.12.2003 - DJ de 04.03.2005, p. 00010 - LEXSTF, vol. 27, nº 316, 2005, p. 52-96.

CIDE-Petróleo, para fins diversos das finalidades constitucionalmente previstas, a teor do art. 177, §4º, II, da CF/88.

Tratou-se o presente aresto de marco na jurisprudência da Corte Suprema, na medida em que, como demonstra a primeira parte da ementa, admitiu o controle de constitucionalidade de lei orçamentária que revele contornos abstratos e autônomos, restringindo a inadmissibilidade da fiscalização abstrata apenas para àquela que possua efeitos concretos.

Interessa-nos, mais de perto, a segunda parte da ementa, onde se percebe a defesa da vinculação entre os objetivos definidos na Lei Maior e a obrigatoriedade de realização de despesas adstritas àquela finalidade.

Neste tocante, ainda em comentário ao dito *decisum*, Scaff chega a advogar que o caso da CIDE permite delinear alguns limites à liberdade de conformação do legislador, possibilitando concluir que: “O legislador *não* possui liberdade para realizar gastos em outras finalidades que não sejam estas [as previstas no art. 177, §4º, II, da CF/88]; mas *possui* liberdade de escolher *onde, quando e de que forma* realizará estes gastos.”¹⁶²

Vê-se, portanto, que o julgado não favorece intromissão indébita na atividade política. Apenas se compromete com as finalidades constitucionais.

4.2.4 Julgado do Superior Tribunal de Justiça: reviravolta na postura tradicional deste pretório?

O tema do controle jurisdicional de políticas públicas também foi examinado e recebeu novos contornos no seio do Superior Tribunal de Justiça, guardião-mor da integridade da legislação infraconstitucional.

¹⁶² SCAFF, Fernando Facury, op. cit., p. 223.

Tradicionalmente, o STJ - como de resto a maioria da jurisprudência - sempre se notabilizou pela adoção de exegese comprometida com as idéias liberais em torno da discricionariedade administrativa e da separação dos poderes, fazendo tábula rasa da possibilidade de o Poder Judiciário intervir, diante de ações ou omissões administrativas, em programas de governo - ligados à efetivação de direitos prestacionais - executados em descompasso com a Constituição ou a legislação infraconstitucional¹⁶³.

No início do ano de 2004, contudo, foi publicado julgamento da 2ª Turma do STJ extremamente afinado com tese contrária, privilegiando o controle jurisdicional de políticas públicas. Importou o recente acórdão - que se espera não venha a fenecer como um posicionamento isolado - num giro de cento e oitenta graus em relação à orientação pretoriana tradicional daquela Corte de Justiça.

Eis a ementa do acórdão:

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 da 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” (STJ-2ª Turma, REsp 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon - maioria - J. 11.11.2003 - DJ de 15.3.2004, p. 236).

¹⁶³ Eis um exemplo: “CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - EXERCÍCIO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento.” (STJ-2ª Turma, REsp 252.083, Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. 31.5.2000, DJ de 26.3.2001). Outros acórdãos também defendem a tese da intromissão indébita do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas: STJ-1ª Turma, REsp 169.876, Rel. Min. José Delgado, unânime, j. 16.6.1998, DJ de 21.9.1998; STJ-6ª Turma, REsp 63.128, Rel. Min. Adhemar Maciel, unânime, j. 11.3.1996, DJ de 20.5.1996.

O caso levado à apreciação judicial merece breve menção. Tratou-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, através da Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Santos, objetivando compelir a Prefeitura Municipal a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, ao argumento de que a Municipalidade mostrava-se renitente em cumprir as deliberações constantes da Resolução Normativa 04/97, do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos, ferindo, com tal postura omissiva, os ditames do art. 88, II, do ECA.

Com efeito, o STJ permitiu o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, através da tutela do orçamento. Cuidou-se, na verdade, de tutela preventiva da peça orçamentária (inclusão de verbas no próximo orçamento). Não houve, ademais, qualquer ingerência sobre as decisões políticas de execução, tais como: obras e contratações que deveriam ser realizadas ou valores a serem consignados no orçamento vindouro, mantendo-se amplos espaços para as decisões políticas dos poderes competentes¹⁶⁴.

A decisão limitou-se a exigir o cumprimento de resolução que obriga o Poder Público. Acresça-se, por importante, que a resolução é de um conselho de política pública, pelo que se privilegiou a importância do controle social das *policies*. Não é demais pensar que este julgado pode se tornar paradigmático, acaso a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oriente-se no sentido dos fatores que motivaram o presente julgado, estes bem distantes dos que sempre presidiram as construções comprometidas com os valores do Estado Liberal¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Ressalve-se que, na nossa visão, as decisões dos poderes responsáveis *a priori* pela realização e execução das políticas públicas, acaso desarrazoadas (ex.: valores ínfimos consignados no orçamento, para impedir, na prática, a efetividade social da decisão jurisdicional), ainda poderiam passar por novo controle à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Sobre a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, remete-se o leitor para o brilhante estudo realizado por SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais* n° 798, abril de 2002, p. 23-50.

¹⁶⁵ Há, no STJ, outros julgados que consagram direitos reflexos à políticas públicas, ainda que envolvam repercussões orçamentárias, como, por exemplo, ocorreu em aresto que garantiu o direito à creche à crianças entre zero a seis

4.2.5 Posicionamentos de outros tribunais

No âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais são bem mais encontradas tradições julgadas que admitem o controle jurisdicional de políticas públicas, permitindo, também, a superação da escassez de recursos.

A título de exemplo, vale referir acórdão publicado na RJTJRS nº 182/260, julgado pela 7ª Câmara Cível, em 12 de março de 1997, tendo como relator o Des. Sérgio Grishkow Pereira. Neste julgado, os Desembargadores do TJRS julgaram o pedido formulado pelo Ministério Público procedente e condenaram o Estado do Rio Grande do Sul a uma obrigação de fazer consistente em incluir no próximo orçamento verba suficiente para criar, instalar e manter em funcionamento programas de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores.

Também são freqüentes os precedentes jurisprudenciais ligados ao controle de direitos reflexos às políticas públicas em matéria de saúde¹⁶⁶. Neste tocante, o posicionamento dos pretórios é absolutamente sólido e os julgados são torrenciais, no sentido de admitir que seja exigida,

anos (STJ-1ª Turma - REsp 575.280-SP - Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux - maioria - J. de 02.09.2004 - DJ de 25.10.2004).

¹⁶⁶ Há muitos julgados que determinam o direito subjetivo à internação compulsória, em homenagem à vida e à saúde, quando da ausência de leitos e vagas em UTI'S. Um exemplo é o *decisum* do TJPR-8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 135388000, Rel. Des. Ivan Bortoleto, j. 20/08/2003. Também são incontáveis as decisões determinando, mesmo diante da escassez de recursos, o fornecimento gratuito de medicamentos. Pleitos desta ordem já chegaram até o Supremo Tribunal Federal, valendo citar o julgamento favorável à concessão da tutela no caso seguinte: STF-2ª Turma, AGRRE-271286, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 12/9/2000, DJ 24/11/2000, p. 101. Antes mesmo deste julgado, o Supremo Tribunal Federal também já havia se pronunciado, em outros precedentes, no sentido de reconhecer a obrigação do Estado de fornecer medicamentos a pessoas hipossuficientes, como, por exemplo, nos RREE 195.192/RS, 236.200/RS, 247.900/RS, 264.269/RS, 242.289/RS e 255.627/RS. Não é diferente, nestes casos, a postura do Superior Tribunal de Justiça, que, em inúmeros julgamentos, tem garantido o fornecimento de medicamentos a pacientes, às expensas do Estado. Certa feita, a nossa mais alta Corte de Justiça em matéria de legislação infraconstitucional obrigou o Estado do Paraná a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) a uma paciente portadora de esclerose lateral amiotrófica (STJ-1ª Turma, ROMS 11183/PR, Rel. Min. José Delgado, unânime, j. 22/8/2000, DJU 4/9/2000, p. 121, RSTJ 138/52). Cite-se, também, dentre outros, um julgado que reconheceu ser obrigatória do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV (STJ-1ª Turma, REsp 325337/RJ, Rel. Min. José Delgado, unânime, j. 21/6/2001, DJ 3/9/2001, p. 159). Em todos estes casos, importa salientar, foi reconhecida a aplicabilidade imediata do direito à saúde, decorrente do art. 196, CF/88, permitindo-se o controle judicial de exigências ligadas a este direito fundamental social.

dentro da reserva do possível, a efetivação de direitos associados a políticas públicas em matéria de saúde, ainda que tal postura judicial importe em restrições orçamentárias.

Ainda em matéria de saúde, decisão bem interessante foi proferida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁶⁷, que toca diretamente no controle de políticas públicas, através da fiscalização das peças orçamentárias. Em sede de liminar, restou determinado que o Governo da Paraíba empregasse 17,60% (dezesete vírgula sessenta por cento) da verba destinada à publicidade, para regularizar o fornecimento gratuito de medicamentos para pacientes portadores de Mal de Parkinson. Prestigiou-se, com isso, rubrica prioritária (saúde) em detrimento de outra não prioritária (publicidade).

4.2.6 Uma decisão de primeiro grau de grande repercussão

Por fim, cumpre concluir este breve e superficial apanhado dos precedentes sobre o tema, citando uma decisão de primeiro grau¹⁶⁸, da lavra do juiz federal George Marmelstein Lima (Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7), proferida quando em substituição na 3ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Ceará, referente a rumoroso caso sobre a determinação de internações de pacientes às custas do Poder Público no Estado do Ceará, ante a falta de leitos de UTI (Unidade de Tratamento Intensivo) nos hospitais públicos.

¹⁶⁷ TRF-5ª Região - Decisão monocrática - Agr 67336/PB - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo - J. de 31.03.2006.

¹⁶⁸ Confira-se a ementa da referida decisão interlocutória: “CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. POSSIBILIDADE E DEVER DE O PODER JUDICIÁRIO CONFERIR MÁXIMA EFETIVIDADE À NORMA CONSTITUCIONAL. 1. A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental social. 2. O cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vista à máxima efetividade da Constituição. 3. Feliz será o dia em que não for mais necessária a intervenção judicial na concretização do direito à saúde. Enquanto esse dia não chegar, esta decisão terá algum sentido.” (Disponível no site Consultor Jurídico – <http://conjur.uol.com.br/textos/18443/>. Consultado em 7/3/2006).

O interessante desta decisão são as providências que foram determinadas no intuito de obter o cumprimento das ordens judiciais. Em resumo, foi deferida a tutela do orçamento, através da transferência dos recursos orçamentários destinados à propaganda institucional do governo para solucionar o problema da saúde no Município de Fortaleza. Também restou assentado que os hospitais conveniados ao SUS (Sistema Único de Saúde) devem fazer face às despesas, a princípio, com os recursos orçamentários deste sistema.

Caso inexistam tais recursos ou haja necessidade de recorrer a hospitais particulares, também restou autorizada a compensação fiscal dos gastos efetuados com as internações, de molde a evitar prejuízos para os estabelecimentos hospitalares.

No que interessa ao tema que se pretende investigar, vê-se que, desta feita, também restou autorizado não um controle orçamentário preventivo (inclusão de verbas no futuro), mas um controle concomitante da execução orçamentária, determinando-se a transferência de verbas alocadas em rubrica não prioritária (propaganda institucional), quando comparada com a estatura constitucional dos direitos à vida e à saúde.

Na prática, contudo, tal decisão não perdurou por muito tempo. A decisão concedida em sede de antecipação de tutela foi suspensa pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Pedido de Suspensão de Segurança - PETPR-3361/CE), em sede de suspensão liminar, sob o argumento de que faleceria competência à Justiça Federal para o processamento e julgamento do caso submetido à apreciação judicial.

4.3 DOS PRECEDENTES À CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA COMPROMETIDA COM UMA HERMENÊUTICA CONCRETIZANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A minuciosa investigação dos precedentes citados - e de outros que campeiam o pensamento pretoriano atual - permite espaço para algumas considerações sobre a legitimidade do contraste jurisdicional das *policies*. Vê-se logo que o terreno é arenoso e sujeito às tempestades momentâneas, diante do fato de que existem decisões para todos os gostos. A trilha que se anuncia - por vezes com voz firme e segura -, contudo, alivia as mentes e espíritos dos que sonham com a concretização dos direitos fundamentais.

Um outro fato indiscutível é que, na fronteira com a política, sobressaem os chamados *hard cases*¹⁶⁹, consoante expressão de Ronald Dworkin. Estes pedem, para sua solução, bons argumentos de princípios e alta sensibilidade judicial. Outra evidência é que não há, até o momento, um julgado que se constitua em *leading case*¹⁷⁰, tornando mais árdua a construção teórica.

A impressão que se tem - e que se passa em tom de desabafo - é que a maioria dos julgados que vêm pululando na experiência forense não estão, em sua maioria, arrimados em uma teoria sólida, segura e, enfim, científica, que permita uma maior tranquilidade no trato de questões ligadas às políticas públicas, por mais intrincadas e desafiadoras que se apresentem ao estudioso. Vezes há em que as decisões se escoram fortemente em argumentos sociológicos ou são conduzidas pela urgência da proteção a bens de alta relevância, indispensáveis à sobrevivência humana, como acontece com a saúde¹⁷¹. A própria legitimidade constitucional do controle não é pacífica.

¹⁶⁹ Acerca dos casos difíceis e dos desafios impostos ao juiz, pondera Dworkin: “Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regule o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que esta teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir freqüentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens divergem sobre os direitos políticos.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-128).

¹⁷⁰ “Caso-líder”, consoante expressão consagrada no direito estadunidense. Significa que nenhum dos julgados ainda serviu de base para uma alteração substancial no pensamento pretoriano. Ao menos até o presente momento, onde não se logrou superar, *in totum*, a cultura jurídica de índole liberal que forjou a formação profissional da maioria dos atores forenses deste tempo.

¹⁷¹ Confira-se, neste sentido, trecho do voto do relator do já citado acórdão do TJPR-8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 135388000, Rel. Des. Ivan Bortoleto, j. 20/08/2003, quando se determinou tutela jurisdicional para

Com efeito, a temática em foco está a exigir urgentemente avanços na definição dos seus contornos jurídicos. O assunto “políticas públicas”, por todas estas considerações, deve sim ocupar lugar central nos debates da contemporaneidade, principalmente sob a perspectiva do seu controle pela via da atuação jurisdicional.

As luzes apresentadas pelos precedentes judiciais antes referidos - aliadas às informações dos capítulos anteriores - são fortes e permitem clarear o nosso estudo. Alguns dos argumentos lá levantados, contudo, devem ser testados ao sabor do pensamento jurídico fundado nas premissas do neoconstitucionalismo, de modo que, ao final da exposição, fiquem as bases à compreensão do controle jurisdicional de políticas públicas.

Dentre os temas a serem mencionados, destacam-se, de um lado, os mais gerais ou teóricos, sempre ligados à legitimidade constitucional do contraste jurisdicional, tais como: a) a missão do Poder Judiciário e a natureza excepcional do controle de *policies*; e, b) as discussões em torno da separação das funções estatais e da discricionariedade administrativa. Outros envolvem legitimidades mais específicas, como para: a) o controle das omissões inconstitucionais ou ilícitas; b) a submissão do controle à reserva do possível e ao mínimo existencial; e, c) o controle dos orçamentos.

fazer face à falta de leitos e vagas em UTI's: “Trata-se de fato público e notório, pois nas manchetes dos jornais e notícias veiculadas pela rádio e televisão, diariamente, nos deparamos com a absurda situação vivenciada pela população paranaense que, pela inexistência de vaga nos hospitais, acabam falecendo. No exato momento em que elaboro a presente decisão, deparo-me, sensibilizado, com a seguinte notícia estampada num dos mais lidos jornais do nosso Estado verbis: DONA DE CASA MORRE À ESPERA DE UTI. Só este ano 96 pessoas morreram aguardando uma vaga de emergência nos hospitais da região de Londrina.” Também a realidade social e uma postura mais humanitária povoaram a inteligência do Min. José Delgado, como se percebe de breve trecho da sub-ementa de um de seus julgados, já citado, sobre o fornecimento do medicamento Riluzol (Rilutek): “5 – Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que os princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 – Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores inculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar as necessidades básicas do cidadão.” (STJ-1ª Turma - ROMS 11183/PR - Rel. Min. José Delgado - unânime - j. 22/8/2000 - DJU 4/9/2000, p. 121, RSTJ 138/52). Tais argumentações, frise-se, não merecem qualquer crítica. Pelo contrário. O julgador não pode se distanciar da realidade social, merecendo efusivos elogios os que não se prendem na redoma do formalismo jurídico-processual. A crítica, contudo, é somente para o fato de que a força inegável destes argumentos não prescinde de uma segura teoria jurídica, que, na presente temática, ainda não restou disseminada.

Tais assuntos constituem, na verdade, os aspectos mais importantes para que se trace as bases e mesmo os horizontes do controle jurisdicional de políticas públicas. O exame, contudo, não deve ser aleatório. Necessário se faz partir das lições contidas nos julgados antes anunciados, em especial nos votos do eminente Ministro Celso de Mello, expendidos em dois dos arestos do Supremo Tribunal Federal anteriormente lembrados, que, indiscutivelmente, se lançam ao mundo jurídico sob o tom de um irrepreensível magistério no âmbito constitucional.

Passemos a dissecar os pontos, um por um.

4.4 LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E AS *POLICIES*: APORTES INICIAIS

A primeira lição de alto valor que se tira de alguns dos julgados relaciona-se com a dimensão política da jurisdição constitucional e com o compromisso do Poder Judiciário com a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. A esse respeito, cumpre citar trecho do voto¹⁷² do Ministro Celso de Mello - cujo raciocínio é válido para dois dos julgados antes examinados -, a seguir transcrito:

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais (...). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público.

¹⁷² STF - 2ª Turma - RE nº 436996/SP - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - Julgado de 26/10/2005 - DJ de 07/11/2005, p. 00037.

Estas significativas lições - sobretudo no tocante à idéia de que a jurisdição constitucional tem o fim de proteger a integridade e a eficácia da Constituição, através do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - são dignas de aplausos, pois demonstram o compromisso de integrantes da Excelsa Corte com os novos tempos do Direito Constitucional (neoconstitucionalismo).

Sem embargo, a nossa Corte Maior aplicou as premissas mais notáveis do neoconstitucionalismo¹⁷³. Senão vejamos. Exaltou a garantia jurisdicional como meio de proteger a supremacia e força normativa da Constituição, ou, dito de outro modo, a integridade e eficácia da Lei Maior, ainda que para isso tenha que se desincumbir do gravíssimo encargo de efetivar o conteúdo material (valores e opções políticas) da Carta Constitucional, tornando efetivos os direitos sociais, econômicos e culturais. Louve-se, pois, a postura do Supremo Tribunal Federal.

Tem-se, portanto, na linha doutrinária de Oswaldo Luiz Palu¹⁷⁴, que uma das funções primordiais do Poder Judiciário no Estado atual é “a função de **controle político**, que se constitui no **controle de constitucionalidade** e no **controle de conformidade**.”

Este, também, o pensamento de Eduardo Appio¹⁷⁵, ao mencionar que:

Ao atuar em sede de controle de políticas públicas, o Poder Judiciário assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo, seja no administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos.

A questão, contudo, não é unânime. Existem teses contrárias à intromissão do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e, por conseguinte, à proteção mais ativa dos direitos sociais, econômicos e culturais¹⁷⁶.

¹⁷³ A respeito do tema, remete-se o leitor ao capítulo 2 do presente trabalho.

¹⁷⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004, p. 121.

¹⁷⁵ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil...*, p. 66.

Diz-se, em resumo, que este poder padeceria de falta de legitimidade democrática e preparação técnica para atuar politicamente, além de gerar riscos de vir a se transformar numa espécie de superpoder, nocivo à democracia. Fala-se, também, de modo muito corriqueiro, que esta atuação político-jurídica do Poder Judiciário afrontaria o postulado da separação das funções estatais ou mesmo os limites da discricionariedade administrativa. Estes argumentos - facilmente refutáveis - não sobrevivem a um exame mais profícuo de um estudioso mais atento à evolução doutrinária.

Já em prol da maior legitimidade da justiça constitucional, válido citar os cinco portentosos argumentos colacionados, ainda nos idos de 1984, pelo jurista italiano Mauro Cappelletti¹⁷⁷.

Aduz o autor, em primeiro lugar, que vem se dissipando a ilusão ocidental de que os Poderes Executivo e Legislativo encarnam a voz da maioria, já que inexistente um modelo perfeito de democracia representativa. Complementa tal idéia com um segundo argumento, o de que o Poder Judiciário não carece de representatividade, ao passo que:

...con una práctica contraria a la de los parlamentos, los tribunales superiores habitualmente plasman las motivaciones de sus decisiones en opiniones escritas accesibles al público, práctica que puede considerarse como un esfuerzo continuo para convencer al público de la legitimidad de esas decisiones. (...). Sin embargo, conserva su valor, en la medida en que supuso esfuerzo para garantizar al público que las decisiones judiciales no resultan del capricho o de la idiosincrasia y predilecciones subjetivas de los jueces, sino de un esfuerzo por parte de los mismos por permanecer fieles al “sentido de la justicia y la equidad de la comunidad”. Así, gracias a este uso, los tribunales superiores se encuentran sometidos hasta un cierto punto a la opinión pública que, de forma indirecta, podría darles una responsabilidad frente a la comunidad mayor que la de muchos órga-

¹⁷⁶ Robert Alexy, em feliz rol, lista as principais objeções aos direitos fundamentais sociais e sua proteção judicial. São elas: a) o objeto muito impreciso da maioria dos direitos fundamentais sociais, de modo que a decisão acerca do seu conteúdo seria assunto da política; b) as dificuldades relacionadas com a divisão de poderes, o princípio democrático e os altos custos financeiros, além do risco de a política orçamentária findar em mãos de um Tribunal Constitucional; e, c) a existência, do ponto de vista material, de colisões entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade (de titulares diversos ou não), ou ainda entre vários direitos prestacionais. Neste sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 490-494.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, L. et al. *Tribunales Constitucionales Europeus y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 620-633.

nos administrativos o incluso que la de la mayoría de los mismos, que con frecuencia no se hallan expuestos a un minucioso examen público¹⁷⁸.

Um terceiro e incontestável argumento é o de que o Poder Judiciário se apresenta como um poder contramajoritário. Serve aos grupos minoritários, que não têm acesso ao âmbito do exercício do poder político¹⁷⁹. Em outras palavras, o Poder Judiciário impede que forças majoritárias sejam levadas pelo canto da sereia, arvorando-se numa condição de dominação que leve ao sacrifício dos direitos fundamentais das minorias.

Ainda acrescenta Cappelletti dois últimos argumentos. O primeiro é que os juízes travam um contato direto e mais amigável com os problemas reais e concretos da sociedade, já que suas decisões afetam a pessoas vivas, o que gera o ambiente para que sejam prolatadas decisões mais democráticas e sensíveis à sociedade. Além disso, como último argumento, sustenta que somente há democracia num sistema comprometido com a proteção eficaz dos direitos humanos, pelo que é indispensável um controle judicial de órbitas políticas¹⁸⁰.

Feitas estas observações, cumpre acrescentar que, no que toca ao controle de políticas públicas, existe uma razão pragmática - e não menos tributária do atual momento constitucional - para se sustentar a legitimidade do controle judicial da atividade política juridicizada.

A grande verdade é que, na atual quadra do constitucionalismo, os tipos de controle de políticas públicas convencionais (político e social) encontram fortes limitações no mundo dos fatos, como se pretenderá demonstrar a seguir.

4.5 O CONTROLE POLÍTICO E A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 625.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 627

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 630-632.

O controle político, inegavelmente, sempre foi a grande regra. Não é incomum defender-se que o manejo das políticas públicas é função que se inclui, primariamente, no âmbito das funções institucionais dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁸¹, submetendo-se, em princípio, a um controle político. Tal circunstância, inclusive, foi lembrada em alguns dos julgados do Supremo Tribunal Federal que se fez alusão.

Isto é decorrência clarividente de idéias liberais e da prevalência da democracia representativa¹⁸². Esta tem compromisso com o primado da lei, com a supremacia do Poder Legislativo (supostamente o autêntico representante da vontade popular) e não com a supremacia da Constituição e maior envergadura do Poder Judiciário, como tem acontecido nos tempos atuais.

O Poder Legislativo, por melhor exprimir a vontade popular, tem a primazia num modelo liberal, pouco restando para os órgãos menos representativos, como é o caso do Poder Judiciário, segundo pensamento convencional.

No Estado Constitucional atual, contudo, diante da afirmação do neoconstitucionalismo e do processo de globalização, há uma crise na democracia representativa, que decorre da redução da importância do Poder Legislativo, o que gera, conseqüentemente, a necessidade de o Poder Judiciário, como um contrapoder, enveredar no controle da constitucionalidade e legalidade das políticas públicas.

Valentin Thury Cornejo¹⁸³, através de um profundo estudo sobre as mutações sofridas no tempo pela idéia de representação política e suas implicações para o postulado da separação dos poderes, bem demonstra que o Estado atual exige mais do Poder Judiciário, devendo este abraçar

¹⁸¹ Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 207.

¹⁸² Trata-se de tema ligado à soberania popular. Numa perspectiva formal, fundamenta a legitimação popular dos órgãos de direção. Nesta linha, conferir: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 145.

¹⁸³ CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y Division de Poderes Hoy*. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2002, p. 183 e ss.

a fiscalização de políticas públicas. Começa este autor¹⁸⁴ lembrando que a representação política: “...tiene una importancia esencial a la luz de la división de poderes, porque al ser la representación presupuesto de la legitimidad democrática el descrédito de la institución parlamentaria redundará en una mayor legitimidad de los otros poderes”, bem como que:

El carácter organizacional de la sociedad contemporánea ha dado lugar a lo que se ha denominado corporatización, ello es, a la reducción del modelo pluralista hacia una convergencia de grupos que oligopolizan la influencia en la toma de decisión e interactúan para ello con el Estado. (...). La consolidación del modelo corporatista genera un fenómeno de duplicación de los circuitos de representación, ya que las decisiones en los ámbitos en los que dominan las organizaciones se desdoblarán en el pacto entre estas y el Estado, y la decisión de las instituciones representativas de carácter general¹⁸⁵.

Na sociedade contemporânea (globalizada) existe, pois, uma redefinição do papel do Estado e um fortalecimento de poder social de alguns atores privados, em especial as corporações transnacionais¹⁸⁶, que passam a discutir de igual para igual com o ente público, de modo que as decisões políticas, mesmo as mais importantes, passam por processo intenso de negociação com estes novos atores privados.

Há, portanto, uma alteração radical no exercício da governabilidade. O intenso processo de negociação com estes atores privados influentes, no momento da tomada das mais importantes decisões, além dos múltiplos contratos e relações entre o Estado e, em especial, as corporações transnacionais, importam duas conclusões. Em primeiro lugar, os interesses corporativos não comportam serem desprezados, diante da complexidade da sociedade atual. Doutro lado, há de ser intensa a revisão do papel a ser desempenhado pelo Poder Legislativo no processo da tomada de decisões, em especial, no que se refere às políticas públicas.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 186.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 214.

¹⁸⁶ Neste sentido, conferir SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 51. Este autor chega a acrescentar que: “Segundo o *1996 Policy Studies Report*, das 100 maiores economias mundiais, só 49 são Estados Nacionais, enquanto as outras 51 constituem empresas privadas transnacionais.” (*Ob. cit.*, p. 53).

Percebe-se, por exemplo, que o Poder Legislativo perde a condição de principal orientador das ações na sociedade e destacado responsável pela definição, no plano abstrato, das políticas públicas. A complexidade da sociedade atual não se compadece com uma atuação lenta, submetida a severos debates, como sói acontecer nos parlamentos.

A globalização clama por presteza nas negociações, o que não se consegue através de uma consulta anterior dos órgãos legislativos. A negociação passa a ser diuturna e efetuada diretamente entre o Poder Executivo, mais ágil em suas decisões, e os atores privados, normalmente setorizados (corporativos) e dotados de poder social. O Poder Legislativo limita-se, por sua vez, a dar legitimação às negociações pactuadas corporativamente, através de um exame posterior.

O parlamento, hoje, indiscutivelmente, perde enorme importância e essa circunstância não tem como deixar de influir na organização do Estado e na divisão dos poderes. O Poder Legislativo, de conseqüência, passa a ter sua feição remodelada. Sofre com a ampliação da atividade legislativa do Poder Executivo¹⁸⁷, levada a efeito através das malsinadas medidas provisórias ou do poder regulamentar, e com a dificuldade de manter, em seu âmbito, ante a influência dos atores privados e a concentração de poderes no Executivo, a dianteira na definição das *policies*.

Por outro lado, o Poder Judiciário passa a ser mais exigido e ter que assumir posição proeminente neste Estado que se modela na novel configuração da separação dos poderes. Resta imperiosa a compreensão, para fazer face ao estreitamento da esfera pública, da sua dimensão política. As reivindicações desta ordem, paulatinamente, vão se traduzindo em demandas judiciais. Daí o papel de protagonista que se outorga aos órgãos judiciários, num verdadeiro processo de judicialização da política¹⁸⁸ ou, para alguns, de politização da justiça.

¹⁸⁷ Conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993, p. 141 e ss.

¹⁸⁸ Luiz Werneck Vianna, em apresentação a uma obra coletiva, ressalta que: “Como reação aos efeitos do estreitamento da esfera pública por onde deveria transitar a formação da soberania popular, de um lado, e da primazia do

Esta circunstância é percebida por Gisele Cittadino¹⁸⁹. Lembra esta autora que o papel de destaque recentemente atribuído aos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.

Acrescenta, ainda, que, se mirarmos a justiça constitucional, seja nos países europeus - Alemanha, França, Itália, Portugal, Espanha -, seja nos Estados Unidos, seja até em jovens democracias latino-americanas, poderemos perceber a expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como “ativismo judicial”, como resultado da forte pressão e mobilização política da sociedade¹⁹⁰.

Tal ótica tem sido percebida até por parlamentares, em especial os integrantes das minorias políticas, haja vista seu protagonismo na utilização das ações constitucionais. As minorias participantes do poder, cada vez mais, têm se socorrido do Poder Judiciário para questionar decisões políticas importantes. Estas se valem do procedimento judicial para uma inserção mais destacada no contexto político¹⁹¹.

Executivo concedida à esfera sistêmica da economia, de outro, tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas a organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo. Nesse movimento, tem-se buscado, às vezes com êxito, impor limites à ação legislativa do Executivo, enquadrar a sua intervenção de caráter estratégico-instrumental na regulação do mercado aos comandos da ordem racional-legal, além de, por meio de novos institutos processuais, como a ação popular e a ação civil pública, encontrar defesa para o cidadão diante do Estado e do poder econômico. O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal importância que já se pode falar, sem retórica, em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira de hoje.” (VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 10-11).

¹⁸⁹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 17.

¹⁹¹ Segundo o ensinamento de Eduardo Appio: “O Poder Judiciário passa a se constituir no cenário no qual os litígios entre os perdedores do processo de globalização e os agentes econômicos passam a litigar em torno dos valores constitucionais. O declínio do Estado Social corresponde a emergência do Estado constitucional, na medida em que a comunidade jurídica passa a amplificar o debate acerca da democracia e processo de exclusão social. O Estado con-

Há, pois, uma alteração radical no exercício da democracia representativa, que não pode ser contestada. Talvez, no futuro, o exame mais distanciado desta realidade evidencie alguns ganhos para uma participação mais direta da sociedade no exercício do poder, aproximando o modelo de uma democracia realmente participativa, com instrumentos que possam permitir, efetivamente, a participação social¹⁹². Hoje, a nosso ver, apesar dos avanços, a democracia participativa ainda está em processo de afirmação.

Com isso, pode-se concorrer também para a assunção de uma democracia procedimental, nos moldes preconizados por Habermas¹⁹³, bem como para o reconhecimento do acerto da tese de Häberle¹⁹⁴, no sentido de que: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”

Estas incursões pela sociologia jurídica, pela filosofia do direito e pela teoria constitucional permitem, pois, compreender o papel reservado ao Poder Judiciário no Estado atual, à luz de sua dimensão política. Resta clara, ademais, a insuficiência do controle político diante da crise da democracia representativa.

tinua a ditar as políticas públicas no país, sendo que a direção destas ações é que deve ser orientada de acordo com as necessidades dos que dependem da intervenção positiva do Estado.” (APPIO, Eduardo. *Discricionabilidade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 82-83).

¹⁹² Sobre a participação social na América Latina, conferir a seguinte e importante obra coletiva: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

¹⁹³ Habermas confronta o modelo de democracia substancial preconizado por Dworkin, sustentando a necessidade de um modelo de democracia procedimental. Consoante sua visão: “Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na condição de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ela conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda a transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 190).

¹⁹⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

Ora, se, no que toca às políticas públicas, há enorme concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo, até diante da influência de portentosos poderes sociais e da agilidade que o mundo atual requer, resta a alternativa do Poder Judiciário, como poder contramajoritário, para debelar os abusos praticados, com a ressalva de que não se deve pretender um protagonismo exacerbado no exercício de sua missão constitucional.

Merece lembrança, a respeito, a ponderação de Zagrebelsky¹⁹⁵:

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

Conclui-se, portanto, não mais ser de todo válida a percepção de que as políticas públicas são fiscalizadas de modo mais direto através do controle político. No mundo atual, é no âmbito do Poder Executivo que as políticas públicas recebem toda sua conformação¹⁹⁶, alterando-se, pois, a idéia de governabilidade e o papel do Poder Judiciário, que, contudo, deve exercer seu mister sem asfixiar a atividade política legítima.

4.6 O CONTROLE SOCIAL E OS ÓBICES À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

¹⁹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 153.

¹⁹⁶ Patrícia Arzabe chega a comentar que: “A percepção é predominante no sentido de que os processos de formação, controle e de avaliação das políticas públicas se dão exclusivamente no âmbito do poder legislativo e do poder executivo. No entanto, a materialização de políticas por meio de leis constitui apenas uma de suas vertentes, o que indica não ser predominante a ação do poder legislativo nestes processos. É bastante comum a conformação de políticas por meio de decretos, resoluções, portarias, identificando-se elementos caracterizadores de uma política até mesmo no corpo de contratos e convênios administrativos, o que leva habitualmente a se creditar ao poder executivo o principal *locus* de conformação de políticas.” (ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselho de Direitos e formulação de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 32).

Também não é suficiente o controle social, muito embora, em tempos de neoconstitucionalismo, o eixo democrático, sem que haja o completo abandono da democracia representativa, caminhe para uma maior participação da sociedade nas políticas públicas, como meio de aproximar governantes e governados. Os tempos atuais, portanto, são de uma maior afirmação de modelos de democracia participativa.

Um importante caminho que vem sendo trilhado é o realce aos conselhos de políticas públicas, também chamados de conselhos de direitos ou conselhos gestores de políticas públicas. Estes, na linha da lição de Patrícia Arzabe¹⁹⁷: “...são órgãos colegiados, permanentes e deliberativos, incumbidos de modo geral, da formulação, supervisão e avaliação das políticas públicas, em âmbito federal, estadual ou municipal.” Acrescenta, ainda, Luiza Cristina Fischeisen¹⁹⁸, que ditos conselhos: “...são uma consequência do princípio da participação da sociedade civil na elaboração e implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, estabelecidos na Constituição Federal.”

São, ademais, numerosos os conselhos de políticas públicas, notadamente no âmbito municipal, envolvendo várias áreas de interesse social, em especial as que tocam em direitos sociais, econômicos e culturais.

Todos estes conselhos têm uma feição institucional interessante, já que não são meramente comunitários (como as associações da sociedade civil) nem unicamente estatais. Promovem, pois, diante da participação normalmente paritária, a gestão compartilhada das políticas públicas, valendo a ressalva de Patrícia Arzabe¹⁹⁹, no sentido de que: “Esta participação com igualdade de poderes é inteiramente nova para o Estado, em especial para a Administração Pública, habituada

¹⁹⁷ ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselho de Direitos e formulação de políticas públicas..., p. 33.

¹⁹⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina. Políticas Públicas: Planejamento, Desenvolvimento e Fiscalização. In: In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 47.

¹⁹⁹ ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselho de Direitos e formulação de políticas públicas..., p. 34.

à centralização das decisões e pelo uso descabido do argumento do poder discricionário mesmo em matéria de direitos humanos, especialmente os sociais.”

Os conselhos de direitos têm, ao menos na sua feição mais comum, papel importante não apenas na gestão das *policies*, mas também na sua formulação e avaliação. E isso é absolutamente relevante, trazendo perspectiva interessante até para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Lembre-se do quanto foi dito em relação à decisão do Superior Tribunal de Justiça²⁰⁰, citada no início deste capítulo. Lá, consta que foi formulada, diretamente pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos, política no sentido de que fosse implantado um serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Esta política, definida por conselho de direito e não implementada, foi exigida judicialmente.

Vê-se daí, primeiro, a importância destes conselhos e, em segundo lugar, que tais instrumentos não inibem o controle jurisdicional. A grande verdade é que, por vezes, precisam do Poder Judiciário para implementarem suas decisões.

Sobre esse aspecto, analisa Eduardo Appio²⁰¹ que:

Nos casos em que a lei municipal outorgue competência normativa e de fiscalização a referidos órgãos municipais, suas decisões vincularão a Administração Pública, porque se constituem em importantes instrumentos de descentralização administrativa. As deliberações do conselho vinculam o Poder Executivo de tal forma que resta obrigado a fazer inserir na lei orçamentária anual as verbas necessárias ao atendimento do programa proposto, com a indicação das fontes de receita. (...). Em todas as áreas em que o Município opta por atuar de forma descentralizada, as decisões dos conselhos municipais vinculam a Administração Pública, incumbindo aos legitimados do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública a propositura de ações visando seu cumprimento.” (O destaque não consta do original).

²⁰⁰ STJ-2ª Turma - REsp 493.811 - Rel. Min. Eliana Calmon, maioria - j. 11.11.2003 - DJ 15.3.2004, p. 236.

²⁰¹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil...*, p. 165-166.

Deve, pois, existir, em paralelo, o controle social e o controle jurisdicional de políticas públicas. Este último com ainda mais firmeza até porque, na sociedade atual, ainda não se formou caldo cultural suficiente para que estes conselhos de participação social assumam verdadeiramente seu papel. Muitas dificuldades existem, como, por exemplo, as listadas por Patrícia Arzabe²⁰², a partir da constatação de que:

Alguns problemas são constantes, comuns a todos os conselhos, sendo de especial relevância a falta de estrutura física e de pessoal técnico para assessorar os conselheiros e dar conta de todas as atribuições dos conselhos. (...). Neste sentido, o não aporte da estrutura adequada por parte do Poder Executivo impede a participação da comunidade na formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas na medida imposta pela Constituição ou pela lei.

(...)

A relativa novidade dos conselhos, pouco mais de quinze anos, assim como a forma partilhada de formulação e gestão das políticas, pode ser causa de outra dificuldade, que põe em questão a própria razão da existência dos conselhos e ignora sua legitimidade democrática, qual seja, a adesão e o cumprimento das deliberações emanadas dos colegiados pelo poder executivo. É sabido que o próprio Estado em si é contraditório e ainda não quis se preparar para reconhecer o poder normativo das deliberações emanadas dos conselhos de políticas públicas ou conselhos de direitos. De um lado, dá algum apoio aos conselhos; de outro, pretende o não reconhecimento do seu poder deliberativo.

Assim, se um dos grandes desafios destas instâncias de participação social é fazer com que as políticas definidas sejam apropriadas e executadas pelos poderes políticos, eis mais um motivo para reafirmar a importância do Poder Judiciário na fiscalização das políticas públicas, inclusive as definidas pela sociedade.

O mesmo problema cultural atinge também outra forma de controle social de políticas públicas que vem se disseminando em muitos Municípios: o orçamento participativo²⁰³.

²⁰² ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselho de Direitos e formulação de políticas públicas..., p. 40 e 41.

²⁰³ Sobre o tema, consultar: GONÇALVES, Hermes Laranja. *Uma visão crítica do orçamento participativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; e, MINGHELLI, Marcelo. *Orçamento participativo: uma leitura jurídico-política*. Canoas: Ed. Ulbra, 2005. Este último autor ensina que: “O Orçamento Participativo parte da concepção de que a democratização do Estado não é possível somente pela pura representação política. É, pois, necessária a criação de uma nova esfera pública não estatal, pois a espacialidade pública estatal encontra-se limitada a uma matriz que impede o desenvolvimento da cidadania e cria núcleos decisórios influenciáveis somente pelo poder econômico, o que tem feito o Estado abdicar de suas funções públicas.” (Op. cit., p. 99).

Este também não substitui a importância do controle jurisdicional. A uma, pois, na prática, fica limitado à definição e eventual acompanhamento das políticas. A duas, pois a participação social é ainda incipiente e, infelizmente, em muitos casos, se percebe um controle político-partidário das massas que ocorrem às reuniões sobre o tema. Estas, muitas vezes, influenciadas pelos interesses de lideranças políticas.

Outro espaço de incentivo para o controle social de políticas públicas são as ouvidorias, que permitem uma grande aproximação, num espaço não estatal, entre o cidadão e o Estado. A esse respeito, não devem ser esquecidas as observações lúcidas de Rubens Pinto Lyra²⁰⁴:

A expansão das ouvidorias está estreitamente relacionada com a nova sociabilidade política que se disseminou em todo o país, nos anos oitenta e noventa, construída a partir da resistência de setores crescentes da sociedade brasileira ao regime militar. Estes fizeram transportar as exigências de participação cidadã para o ordenamento-institucional, enquanto instrumentos inéditos de participação popular. As ouvidorias, a despeito de não terem sido contempladas na Carta Magna - só excepcionalmente o foram nas constituições estaduais - são, também, produto do protagonismo alcançado pela sociedade civil, cujos anseios de participação vêm impondo, progressivamente, um novo relacionamento entre o cidadão-usuário dos serviços públicos e o Estado.

(...)

A participação cidadã na gestão do Estado se assenta, no Brasil, em quatro institutos básicos: as consultas populares, o Orçamento Participativo, os Conselhos Gestores e de Fiscalização de Políticas Públicas e as Ouvidorias.

Ocorre, no entanto, que, na prática, nem sempre as ouvidorias se apresentam como espaços desvinculados do poder institucional, já que existem ouvidores que são integrantes do *staff* governamental²⁰⁵.

Independentes ou não, o papel das ouvidores será tanto mais eficaz se houver o temor natural de que o Poder Judiciário possa questionar as decisões políticas desarrazoadas e desconformes com a constitucionalidade ou legalidade.

²⁰⁴ LYRA, Rubens Pinto. Ouvidor: o defensor dos direitos na administração pública. In: LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2004, p. 119.

²⁰⁵ LYRA, Rubens Pinto, op. cit., p. 129.

Diante de toda a argumentação expendida, não mais se afigura pertinente, no modelo atual de Estado (Neo)Constitucional, discutir a maior envergadura do Poder Judiciário no trato de questões ligadas às políticas públicas e, por conseguinte, também a direitos fundamentais.

Frise-se somente que sua legitimidade é excepcional, no sentido de que o Poder Judiciário não deve substituir a atuação dos demais poderes políticos, já que isto poderia produzir grave ofensa à democracia, podendo significar - no caso, por exemplo, de imposição coercitiva de *polices* pelo Judiciário - o surgimento de uma verdadeira aristocracia judiciária. A missão constitucional deste poder é apenas resguardar a observância dos limites constitucionalmente definidos, não mais que isso.

4.7 CONTROLE EXCEPCIONAL E ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL

Chega-se, pois, ao exame do argumento de que, para ter legitimidade, o controle jurisdicional há de ser excepcional, devendo ter lugar apenas em caso de abusividade governamental, como lembrado nos judiciosos votos do Ministro Celso de Mello da Excelsa Corte²⁰⁶.

Importante partir da idéia já desenvolvida que o manejo das políticas públicas é função que se inclui, primariamente, no âmbito das funções institucionais dos Poderes Legislativo e Executivo²⁰⁷, especialmente deste último, que, no modelo atual, concentra grandes poderes em relação à definição e à execução de políticas públicas. Assim, cumpre ao Poder Judiciário apenas garantir que a atuação política seja legítima, não ultrapassando os limites normativos impostos no ordenamento jurídico.

²⁰⁶ ADPF nº 45 MC/DF - Decisão monocrática - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 4.5.2004 - Informativo nº 345-STF; STF - 2ª Turma - RE nº 436996/SP - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - Julgado de 26/10/2005 - DJ de 07/11/2005, p. 00037.

²⁰⁷ Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 207.

O combate, portanto, é à abusividade governamental. Desde que os poderes políticos mantenham-se nos trilhos do espaço político que lhes é reservado por força da própria deliberação majoritária nada há que possa dizer respeito ao Poder Judiciário. Excepcionalmente, contudo, se houver abuso da missão política, ao não observar a medida da vinculação jurídica, abre-se espaço para a tutela jurisdicional das políticas públicas. Trava-se, pois, o bom combate contra as manifestações ilegítimas do exercício do poder, legitimando, por outro lado, as atuações justificadas.

Algumas manifestações de abuso do poder político foram didaticamente selecionadas por Fábio Konder Comparato, ao trazer reflexões sobre o tema²⁰⁸. Segundo ele, são faces patológicas do poder: a) a tendência à concentração e à irresponsabilidade²⁰⁹; b) a tendência de isolamento dos governantes em relação aos governados; e, por fim, c) a paixão do poder²¹⁰. Para fazer face a estas patologias lembra que: “...o poder político é submetido, conjuntamente, aos princípios da ordem republicana e democrática, os quais nada mais representam que uma especificação dos grandes princípios de direitos humanos, todos eles inscritos na nossa Constituição.”²¹¹

Sempre, portanto, que se estiver diante de qualquer das manifestações patológicas do exercício do poder ou que, de modo geral, forem feridos os princípios éticos inscritos na Constituição ou, de modo particular, as normas (imperativas) do ordenamento jurídico, haverá a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário como guardião da constitucionalidade e da conformidade com o ordenamento jurídico, para evitar tais manifestações de abuso de poder.

²⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões desabusadas sobre o abuso do poder político. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* n° 3. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. de 2004, p. 76-81.

²⁰⁹ Uma das manifestações desta patologia, também lembrada por Comparato (op. cit., p. 76), é a busca por afastar os rivais ou neutralizar os que detém prerrogativas de controle sobre si, a fim de tornar-se cada vez mais independente e poderoso.

²¹⁰ Mais uma vez Comparato (*id. ibidem*, p. 80) é preciso ao assinalar que: “...a paixão pelo poder é intrinsecamente corruptora. Ela tende a corromper tanto os que exercem o poder quanto os que dele se aproximam.”

²¹¹ *Ibidem*, p. 85-86.

Eis, pois, uma suma da legitimidade do Poder Judiciário para controlar os desvios na definição e também na execução de políticas públicas, afastando-se, por completo, a incabível idéia de que, ao controlar políticas públicas, o Poder Judiciário apresentar-se-ia como um superpoder.

Em verdade, apresenta-se apenas, em última análise, como guardião da Constituição. Nada mais que isso.

4.8 SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Outro ponto que deve ficar bem explícito é que, no atual estágio do constitucionalismo democrático, a divisão de poderes, certamente, não pode ser entendida como óbice à legitimidade constitucional do controle jurisdicional de políticas públicas.

O princípio da separação de poderes - melhor seria das funções estatais, pois o poder é uno - tem sido classicamente invocado como a principal bandeira de luta das pessoas que, em postura conservadora, têm receios quanto a uma maior fiscalização judicial dos abusos cometidos pelos poderes públicos.

Informa Andreas Krell²¹² que, à evidência, o vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, tem servido à produção de um ‘efeito paralisante’ às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

²¹² KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de Um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88. Este autor, mais à frente, conclui com carradas de razão que: “...torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas ‘lições’ às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.” (*Ob. cit.*, p. 91).

O exame deste postulado não prescinde de seus condicionamentos históricos. Advoga Nuno Piçarra²¹³ que, desde o seu embrião, a doutrina da separação dos poderes restou influenciada por dois dos mais importantes contributos do liberalismo, que seriam vertidos como princípios nas constituições americana e francesa, sempre com o propósito de limitar o poder político-estadual em favor da liberdade individual moderna.

A referência é justamente à supremacia ou primado da lei e à necessidade de proteção aos direitos individuais. Quanto ao segundo contributo do liberalismo, acrescenta o mesmo autor português²¹⁴ que: “Pode, pois, afirmar-se que num contexto político-liberal o princípio da separação dos poderes é fundamentalmente colocado ao serviço da garantia dos direitos individuais perante o Estado, da liberdade-autonomia perante o Estado e da limitação interna do poder político deste mediante a sua estruturação plural.”

Mesmo, pois, em sua concepção originária, não se pode obscurecer a importante faceta do postulado da separação dos poderes de tencionar estabelecer limites ao exercício do poder político, podando as arbitrariedades. É justamente este um dos mais notáveis sentidos da existência da teoria dos pesos e contrapesos (“*checks and balances*”), desenvolvida com maestria no direito estadunidense. Se assim é, resta óbvio que a imposição da divisão das funções estatais não deve servir, em sentido inverso às finalidades políticas de sua criação, de âncora para permitir abusos governamentais.

O grande problema, contudo, é que, no Ocidente, este postulado é logo associado a Montesquieu e à história francesa, que tanta influência disseminou sobre o mundo. Esquece-se, frequentemente, que as versões francesa e americana do postulado em foco são absolutamente diversas. Há razões históricas que condicionam esta disparidade: a principal delas talvez seja o re-

²¹³ PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes na Constituição de 76. Alguns Aspectos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1987, p. 150.

²¹⁴ *Idem*, p. 151.

ceio francês quanto ao Poder Judiciário, que, na visão montesquiana, era um poder nulo. Diferentemente, nos EUA desenvolveu-se o *judicial review*, privilegiando-se a dimensão política do Poder Judiciário.

Mauro Cappelletti²¹⁵ ressalta, com absoluta firmeza, que a separação dos poderes concebida por Montesquieu está a milhas de distância da concepção americana. Aduz, ainda, este autor italiano²¹⁶ outra informação interessante: a própria França já superou a fórmula de separação dos poderes preconizada por Montesquieu, que outorga absoluta supremacia ao primado da lei.

Comenta que, em julho de 1971, o *Conseil Constitutionnel* foi reconhecido como órgão independente, com função jurisdicional^{217 218}, e o papel de rever a constitucionalidade da legislação parlamentar, violadora de direitos fundamentais, criando, em homenagem aos direitos constitucionais das minorias, um importante escudo contra os abusos da maioria.

Não se pode, pois, mesmo tendo em conta os parâmetros liberais, num conservadorismo míope, traçar contornos absolutos à supremacia do legislativo e à visão clássica francesa do princípio da separação de poderes, utilizando-o como um anteparo a impedir a concretização de direitos fundamentais, diante de abusos praticados na gestão da coisa pública.

Se a visão estática preconizada por Montesquieu carece de compreensão mais aguda quando se aprofunda a outra vertente política (desenvolvida à luz do liberalismo americano) da

²¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'Justiça Constitucional'. In: *Revista Forense*, vol. 366. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 136. Acrescenta, ainda, este autor que a versão francesa reduziu a função judicial: "...a uma cega e 'inanimada' máquina caça-níqueis de aplicação das leis a casos individuais, indiferente à realidade (...). De modo ainda mais importante, o modelo montesquiano (e roussoniano), tal como introduzido pela legislação revolucionária francesa - enquanto tentativa de proteção contra a tirania - deixou as portas abertas às tiranias do Legislativo e do Executivo." (*Ob. cit.*, p. 137).

²¹⁶ *Idem*, p. 139.

²¹⁷ Leciona François Luchaire que referido órgão, embora não faça parte do Poder Judiciário, tem sua natureza jurisdicional admitida pela maioria dos autores doutrinários e dos atores da vida prática. Nas suas funções existem elementos que justificam esta afirmativa: a) a jurisdicionalização, ao máximo, do seu procedimento; e, b) por reclamar de seus membros uma postura de juiz (LUCHAIRE, François. *Le Conseil Constitutionnel: Tome I – Organisation et Attributions*. 2 ed. Paris: Economice, 1997, p. 48).

²¹⁸ Favoreu também se refere ao *Conseil Constitutionnel* como instrumento de jurisdição constitucional e seus membros como juízes (FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 94 e 100).

doutrina da separação dos poderes, é fato que ela não pode se sustentar diante das exigências de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

É verdade que este postulado, em outras épocas, chegou a assumir importância transcendental. Vale lembrar o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual: “toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.” Não se pode, contudo, estabelecer feições rígidas ao dogma da separação das funções estatais.

Hoje, com o modelo atual de Estado (Neo)Constitucional e os novos e importantes movimentos sociais²¹⁹, indiscutivelmente, a visão francesa clássica está superada. É preciso atualizar o postulado da separação de poderes, de molde a retirar-lhe o caráter sagrado e intocável, admitindo-se uma expansão da fiscalização judicial da atividade e das omissões dos demais poderes públicos.

Urge, pois, investigar se no modelo de Estado atual, notabilizado pela existência de uma sociedade massificada, donde ressaltam os interesses coletivos e a organização de grupos e movimentos sociais fortalecidos, o postulado da separação de funções estatais poderia servir de óbice intransponível à fiscalização excepcional de políticas que demandam dispêndio de recursos.

A conclusão inolvidável será negativa.

Atualmente, pode-se dizer, na esteira de Ana Paula de Barcellos²²⁰, que a separação dos poderes não se apresenta como obstáculo lógico ao controle pelo Poder Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, ainda que tais ocorram na esfera dos direitos que demandam prestação estatal.

²¹⁹ Acerca do princípio da separação dos poderes no contexto dos novos movimentos sociais, consultar percuente trabalho de Fernando Suordem (SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais: A Administração Pública no Estado Moderno: Entre as Exigências de Liberdade e Organização*. Coimbra: Almedina, 1995, capítulo I, p. 13 e ss).

²²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 217.

Não se aceita, pois, uma absoluta liberdade de conformação do legislador no que toca à implementação de políticas públicas. 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 dos poderes. Percebe, com maestria, esta circunstância, em trecho lapidar do seu voto na já citada ADPF nº 45 MC/DF, o Min. Celso de Mello, ao explicar que:

Não obstante a formulação 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 procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais (...), justificarse-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 injustamente recusada pelo Estado.

Fica muito claro que não há como deixar de defender, mesmo diante do postulado em exame e do princípio majoritário, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas. A legitimidade constitucional decorrente desta atuação, consideradas as circunstâncias deste novo milênio, a crise de representação política e a ampliação da dimensão política do Poder Judiciário, é absolutamente indiscutível.

Fica, portanto, a conclusão de Ana Paula de Barcellos²²¹, no sentido de que:

...nem a separação dos poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia de direitos fundamentais ou da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade.

²²¹ *Idem*, p. 230.

Outro aspecto que merece breve comentário são as relações entre o controle jurisdicional de políticas públicas e os limites impostos pela discricionariedade administrativa. A atividade discricionária da Administração serve de óbice ao controle das *policies* pelo Poder Judiciário?

A resposta a esta indagação precisa ser cuidadosa, já que, embora não se desconheça a existência de um espaço de reserva decisória a favor da Administração, não suscetível de contraste jurisdicional, não se quer, com isso, afirmar que não existam enormes e muitas vezes não explorados espaços para um percuciente e amplo controle jurisdicional de políticas públicas.

É que, não obstante tenha ficado claro que a juridicidade das políticas públicas se situa numa zona de interseção entre o Direito e a Política, devendo ficar resguardado o ato ou omissão que se situe no terreno exclusivo da conveniência e oportunidade do administrador, a grande verdade é que, em tempos de neoconstitucionalismo e de normatividade dos princípios, percebe-se uma ampliação, um verdadeiro inchaço, desta zona de interseção, absolutamente proporcional à atenuação ou restrição contemporânea à denominada discricionariedade administrativa.

Hoje, percebe-se, em matéria de controle da administração pública, um evidente percurso dirigido à atenuação do âmbito da atividade discricionária. Papel relevante neste caminho teve o saudoso jurista potiguar Seabra Fagundes²²², quando percebeu que o ato administrativo, além de aspectos ligados a sua competência e forma, poderia ser controlado a partir dos seus motivos (daí a teoria dos motivos determinantes) ou dos seus fins (a partir da teoria do desvio de poder ou, no Brasil, do desvio de finalidade). Daí foi um passo para se perceber que o controle também poderia existir a partir dos princípios (ex.: razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, dentre outros)

²²² Ensina Seabra Fagundes que: "...como quer que seja, subsistem mesmo na hipótese de competência discricionária, limitações as atividades administrativas, como as referentes à forma, à competência, à finalidade etc., vinculando-a à legalidade(...). A análise da legalidade (*legitimidade* dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma" (FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. Atualizado por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 123 e 182).

ou dos contornos dos direitos fundamentais. Indo mais à frente, pode-se dizer que as metas, objetivos e fins constitucionais também são parâmetros para um controle, mesmo que prospectivo, da atividade administrativa.

Válida, pois, a reflexão de Odete Medauar²²³, adiante transcrita:

No Brasil, se antes da Constituição de 1988 se notava clara tendência na doutrina e na jurisprudência no sentido da ampliação do controle jurisdicional da Administração, essa tendência vem se acentuando ao longo da sua aplicação. E não poderia ser diferente, pois o Texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito encontra-se na indicação de mais parâmetros para a atividade, mesmo discricionária da Administração, tais como os princípios da moralidade, da impessoalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (...).

Os fatores acima apontados, em especial, a nova força dos princípios, a propagação dos direitos e garantias fundamentais, a crescente consciência dos direitos na população, levam ao aumento progressivo da demanda por justiça ante atos ou omissões da Administração. O controle jurisdicional não pode realizar-se alheio a estes fatores e alheio a desmandos dos agentes públicos. Há momentos em que inexiste separação entre Executivo e Legislativo, à vista de maiorias forjadas por escambos de todo tipo; muitos parlamentares deixam de ser os representantes do povo para assumir o papel de representantes ou marionetes do Executivo. Então, o povo só pode contar com o Judiciário para proteger seus direitos individuais, coletivos ou difusos.

Nesse amplo contexto o Judiciário poderá se imiscuir, inclusive, nas escolhas ou opções do legislador, quando observar desacordo com metas, finalidades, enfim com parâmetros de juridicidade previstos no ordenamento jurídico. Isto permite que se abra veredas para o controle de políticas públicas, admitindo-se, inclusive, uma fiscalização judicial da própria definição da política pública, o que, para alguns (ainda em descompasso com os novos tempos), pode ser considerada uma verdadeira heresia jurídica.

De alguma maneira, este aspecto já havia sido percebido por Vladimir da Rocha França²²⁴, ao se referir a uma espécie de controle da juridicidade do próprio mérito do ato administrativo. Eis sua lição:

²²³ MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 88-89.

A discricionariedade administrativa não será somente inválida quando o administrador tiver quebrado algum requisito de legalidade. **A opção do administrador também pode provocar a invalidação judicial, se comprovado for que ela representa um atentado ou viabiliza uma ofensa à substância do regime jurídico-administrativo.**

(...)

O que implica dizer, sem sombra de dúvida, o seguinte: embora não possa o Poder Judiciário substituir o juízo de oportunidade empregado pelo administrador pelo seu próprio, nada impede que o juiz decida se os critérios de conveniência ou oportunidade do administrador têm ou não aceitação no regime jurídico-administrativo. O Poder Judiciário, desde que se aceitou a teoria do desvio de poder no Brasil, tem realizado o controle do mérito do ato administrativo...

Tem-se, portanto, que somente a atividade política legítima (àquela não alcançada pelos efeitos da juridicidade) fica a descoberto da possibilidade de controle jurisdicional, a fim de evitar a usurpação da atividade administrativa ou que se instale um descabido governo de juízes.

O controle jurisdicional das políticas públicas, mesmo possível em larga escala, nem sempre é fácil. Mesmo superando-se óbices até há pouco considerados graves, como os postulados da separação dos poderes e os limites da discricionariedade administrativa, ainda há que se avançar em problemas tormentosos para a teoria constitucional, como o que concerne ao controle das omissões ilícitas ou inconstitucionais.

4.9 A LEGITIMIDADE DO CONTROLE DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS ESTATAIS

Consolidadas as idéias mais gerais sobre a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para exercer o controle de políticas públicas, cumpre trazer à baila considerações específicas sobre a legitimidade do controle em caso de ausência ou de insuficiência das *policies*, ou seja, dian-

²²⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 144.

te da hipótese de uma inação, total ou parcial, quanto à definição ou a execução dos programas estatais.

A questão é grave, sobretudo, diante da precaução de não invadir o espaço autônomo da Política.

Ao se compulsar os precedentes judiciais considerados relevantes neste trabalho, percebe-se, em muitos deles, nítido e inarredável compromisso com a legitimidade de o Poder Judiciário realizar o controle das omissões administrativas, como se depreende dos trechos a seguir transcritos:

...revela-se possível, no entanto, 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, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade dos direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (A parte sublinada não consta do original)²²⁵.

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 adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis - notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão escolar 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. (Grifos nossos)²²⁶.

O cumprimento dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição²²⁷. (Destaque acrescido).

²²⁵ STF - 2ª Turma - RE nº 436996/SP - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - J. de 26.10.2005 - DJ de 07.11.2005, p. 00037. De modo similar em: ADPF nº 45 MC/DF - Decisão monocrática - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 4.5.2004 - Informativo nº 345-STF.

²²⁶ STF - 2ª Turma - RE nº 436996/SP - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - J. de 26.10.2005 - DJ de 07.11.2005, p. 00037.

²²⁷ Trecho da ementa do julgado monocrático, da lavra do juiz federal George Marmelstein Lima, disponível no site: Consultor Jurídico - <http://conjur.uol.com.br/textos/18443/>. Consultado em 7/3/2006.

Nos casos concretos examinados no início deste capítulo, notadamente os dos Tribunais Superiores, foram, inclusive, prolatados provimentos jurisdicionais que efetivamente supriram algumas omissões do Poder Público. Tanto é verdade que foram determinadas providências como a implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos (STJ²²⁸), assim também foi imposta, por exemplo, a matrícula de criança em creche (STF²²⁹).

A constatação importante de que os tribunais pátrios já começam a dar uma atenção maior a omissão inconstitucional ou até ilegal - ao menos no que toca à omissão administrativa estatal - não significa que o tema seja de fácil compreensão, assim também que toda e qualquer omissão do Poder Público possa ser alvo de legítimo controle jurisdicional.

Segundo Dirley da Cunha²³⁰, a omissão inconstitucional “somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’”. Esta lição, vale dizer, pode ser estendida, *mutatis mutandis*, para àquele não fazer que afronte a lei, ou seja, para a omissão ilícita²³¹.

Enfim, somente a omissão ilícita em sentido amplo deve ser alvo de controle.

E mais: para os fins específicos do nosso objeto de estudo (controle de políticas públicas), as mais das vezes, se estará diante de omissão governamental²³², daí porque o foco da discussão está no controle jurisdicional das omissões administrativas estatais.

²²⁸ STJ - 2ª Turma - REsp 493.811 - Rel. Min. Eliana Calmon, maioria - J. 11.11.2003 - DJ 15.3.2004, p. 236.

²²⁹ STF - 2ª Turma - RE nº 436996/SP - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - Julgado de 26/10/2005 - DJ de 07/11/2005, p. 00037.

²³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118.

²³¹ Jorge Miranda chega a afirmar que: “A existência de omissões juridicamente relevantes é um fenómeno que se encontra em diversos setores do ordenamento e, em particular, no Direito Constitucional. Ele verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional tomo II: constituição e inconstitucionalidade*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 507).

²³² A omissão legislativa tem proporcionado poucos resultados concretos, apesar de poder ser combatida por intermédio do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF/88) ou pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da CF/88 e Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999).

Luís Roberto Gomes²³³ concorda com a noção já apresentada de que não é qualquer omissão estatal que é suscetível de controle, mas somente a omissão ilícita, explanando que:

É certo, porém, que nem toda omissão estatal merece correção, até porque ante a dinâmica dos negócios públicos, torna-se indispensável dotar de flexibilidade a administração para decidir agir ou não-agir, conforme as circunstâncias do caso concreto. Por outras palavras, diante da realidade administrativa e financeira peculiar a cada ente público, ninguém melhor que o administrador para apreciar a conveniência e oportunidade de priorizar soluções e concretizar medidas, e o momento certo para fazê-lo, tarefas de natureza política e discricionária que em princípio não cabem ao Ministério Público e ao Judiciário.

Todavia, embora excepcional a realização do controle, não prevalece a insindicabilidade da omissão administrativa pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Com efeito, diante da omissão ilícita violadora de interesses difusos ou coletivos não pode a discricionariedade, o princípio da separação de poderes e os demais obstáculos geralmente alegados impedirem o controle, seja processual, seja extraprocessual.

Há, pois, um parâmetro para o controle das políticas públicas: a existência de omissões - ou até de atuações - ilícitas, que desviem as políticas públicas de seu objetivo, qual seja, a efetivação paulatina dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. O conceito de ilicitude²³⁴, nesse contexto, deve ser considerado em sentido amplo, envolvendo a afronta à Constituição ou à lei.

Outra questão interessante concerne ao tempo necessário para que fique caracterizada a omissão ilícita. É certo que não será em todo momento que se poderá determinar que o Poder Público esteja incidindo em omissão, bem como que sua inação soa como inconstitucional ou ilegal. O tempo necessário, contudo, para ficar evidenciada uma situação de inércia ilícita dependerá, caso não haja prazo fixado, das peculiaridades do caso concreto e se submeterá aos critérios de razoabilidade.

²³³ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 294-295.

²³⁴ Segundo Braga Netto: "O ilícito civil, em termos de hoje, deve ser perspectivado (...), fundamentalmente, como categoria que possibilita uma atuação reativa do sistema para evitar a continuação ou a repetição das agressões aos valores e princípios protegidos pelo direito." (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17).

Assim, sopesadas as circunstâncias envolvidas no caso concreto, se for possível deduzir que a política pública reclamada, ao longo do tempo, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para a efetivação de direitos fundamentais, tem-se por caracterizada a omissão ilícita²³⁵.

Outra nuance absolutamente importante para o nosso estudo é a que se refere ao fato de que a omissão ilícita pode ser total (quando há absoluta falta de ação) ou parcial (quando existe a ação, mas não é completa ou suficiente). Trazendo estas lições para o tema do controle de políticas públicas, tem-se que este é admissível em casos de absoluta ausência de políticas (omissão total) ou, em situações bem comuns, quando são engendradas políticas insuficientes para os fins previstos, de modo a evidenciar uma omissão parcial ilícita²³⁶.

Acresça-se, no entanto, que a principal dificuldade nesta matéria não está no plano da legitimidade, mas no da efetividade, que não nos cabe aprofundar. No entanto, para se apresentar um resumo da problemática, eis a lição de Dirley da Cunha Júnior²³⁷, naturalmente válida para a omissão ilícita:

A inconstitucionalidade por omissão, entretanto, suscita, talvez, um dos maiores problemas que a ciência do Direito Constitucional tem a se defrontar, que é definir como efetivar o controle judicial da omissão inconstitucional. Como se daria esse controle? O Judiciário nele exerceria, ainda que provisoriamente, uma típica atividade de legislador positivo, suprimindo a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) ou obrigaria esses órgãos a pronunciar-se? Em sede de inconstitucionalidade por ação, esse problema inexistente, haja vista que a solução para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos comissivos do Poder Público implica tão-somente no exercício, pelos Tribunais, de uma competência de cassação, onde o Judiciário exerce uma atividade legislativa negativa (invalidação da lei, pela sua declaração de inconstitucionalidade).

²³⁵ Em sentido similar: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público...*, p. 121.

²³⁶ Ex: fornecimento apenas de parcela da medicação básica; oferecimento parcial de vagas no ensino fundamental ou, dependendo das circunstâncias, no médio; exigência de requisitos de acessibilidade urbana apenas para projetos arquitetônicos de construção e não de reforma etc.

²³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público...*, p.133.

Ainda em relação a aspectos atinentes com a efetividade, urge ter presente que, dentre os instrumentos processuais, a ação civil pública se apresenta como importante veículo para a tutela das situações proporcionadas pela inação estatal, pois como leciona Clémerson Clève²³⁸:

Há, sem dúvida, a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Neste passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas diante da fragilidade dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive das ações coletivas, especialmente da ação civil pública. O manejo da ação civil pública pode trazer enorme contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a realização progressiva dos direitos. É claro que é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos *ao mesmo tempo*: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura etc.

Por fim, fiquemos com a constatação inapelável, que se extrai também diretamente dos julgados transcritos anteriormente, de que o controle jurisdicional das omissões ilícitas pode ter lugar quando: a) não é posta em ato (inércia total) a atividade orientada por finalidade inscrita em norma programática (política pública em si considerada); b) quando os programas estatais são insuficientes; ou também c) quando não são respeitados (no todo ou em parte) direitos subjetivos reflexos às políticas públicas.

4.10 O PROBLEMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A SUBMISSÃO À RESERVA DO POSSÍVEL

A fim de avançar no estudo de aspectos específicos da legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas - e até da efetividade desta modalidade de proteção de direitos - se

²³⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n° 54, ano 14. São Paulo: RT, jan./mar. de 2006, p. 36.

afigura relevante volver para alguns dos debates doutrinários mais acesos em torno dos direitos sociais, econômicos e culturais, já que, como amplamente ressaltado, estes têm como objeto específico justamente os programas estatais orientados por finalidades definidas na Constituição (*policies*).

Duas questões são centrais para o nosso exame. A primeira relaciona-se com o problema do mínimo existencial, já que importa saber se há legitimidade para o controle de todas as políticas públicas ou somente àquelas que se relacionam com os direitos que integram o conceito de mínimo existencial, ou mesmo se, neste último caso, o controle se apresenta mais reforçado ou apto à produção de resultados. Por outro lado, outro ponto relevante é a discussão, diante do fato já estudado de que as políticas públicas exigem gastos públicos e os recursos estatais são limitados, sobre a submissão do controle à considerações a respeito da reserva do possível.

Em um dos julgados da Excelsa Corte²³⁹, o Ministro Celso de Mello sustenta, para fins de implementar direitos sociais, a necessidade de conjugar um binômio. De um lado: “(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado.”

Indiscutível, pois, a defesa da tese de que a implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais dependem de um juízo de proporcionalidade entre a aproximação do direito reclamado à idéia de mínimo existencial (razoabilidade da pretensão pela relevância do bem jurídico) e a existência de disponibilidade financeira do Estado (reserva do financeiramente possível).

Antes de examinar o acerto desta posição é importante fazer breve digressão sobre aspectos teóricos importantes sobre os temas, principiando pelo exame da questão que atine com o mínimo existencial.

²³⁹ ADPF nº 45 MC/DF - Decisão monocrática - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 4.5.2004 - Informativo nº 345-STF.

É possível perceber, nos esforços para se construir uma noção concreta do que seja mínimo existencial, uma preocupação doutrinária que vem de um tempo onde se clamava por “salvar” alguns direitos sociais, econômicos e culturais da sua sina de absoluta falta de efetividade. A esse respeito, se construiu a idéia de que existem direitos que se inserem como condições básicas para uma vida digna (mínimo existencial) e que, por sua proximidade com o valor dignidade humana, têm aplicação direta e imediata. Por outro lado, encontra-se também os que defendem a necessidade de submeter a eficácia, mesmo deste núcleo básico, aos limites dos recursos disponíveis.

A primeira corrente impressiona-se com o valor jurídico estabelecido constitucionalmente para a dignidade da pessoa humana²⁴⁰, considerada fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, V, da CF/88).

Lançando luzes sobre este ponto de vista, Canotilho²⁴¹ defende que:

Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a **um núcleo básico de direitos sociais** (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio do desemprego’ são verdadeiros direitos sociais *originariamente* derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.

²⁴⁰ Na literatura jurídica pátria é fácil encontrar valiosos trabalhos sobre a dignidade humana. Destaca-se, contudo, o seguinte: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Os artigos sobre o tema também são numerosos. Cite-se apenas dois que podem conduzir a consulta: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana. In: *Revista de Informação Legislativa* nº 145. Brasília: Senado Federal, janeiro-março de 2000, p. 185-196, e PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.

²⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 482.

Entre nós, alguns autores realçam a importância da noção de mínimo existencial²⁴². Esclarece Ana Paula de Barcellos²⁴³ que tal conceito é formado pelas condições materiais básicas para a existência, que corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana a que se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva. Isto significa a possibilidade de se exigir diretamente do Estado as prestações ligadas ao mínimo existencial. Ao final do seu trabalho, esta mesma autora acrescenta²⁴⁴ que: “Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.”

Outra parte da doutrina, por seu turno, já é mais cética quanto à possibilidade de efetivação imediata de qualquer direito fundamental social, tendo em vista a escassez de recursos. Alguns autores defendem a necessidade de observar a “cláusula da reserva do possível” ou “do financeiramente possível”, importada do direito alemão²⁴⁵, que pode servir de justificativa à inexistência de prestação estatal²⁴⁶.

²⁴² Ricardo Lobo Torres até exagera, defendendo tese incompatível com a interpretação clara da Constituição de 1988. Ele defende que a “...a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial...” (TORRES, Ricardo Lobo. *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1). Este autor, portanto, sustenta que nem todos os direitos sociais são fundamentais, mas apenas os ligados ao mínimo existencial.

²⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica...*, p. 248.

²⁴⁴ *Idem*, p. 305.

²⁴⁵ Não se deve olvidar a ponderação de Andreas Krell, de que se deve ter cautela para evitar uma transferência mal refletida do conceito de “reserva do possível” e da compreensão dos direitos sociais como *mandados* e não autênticos direitos fundamentais, consoante pensamento alemão. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, ao menos os serviços públicos básicos precisam se implementar (KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais...*, p. 54 e 56).

²⁴⁶ Gustavo Amaral sustenta que: “As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandem prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presente circunstância deste tipo, haverá o espaço de escolha, no qual o Estado estabelecerá critérios de alocação dos recursos e, conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.” (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 214-215).

Nessa visão, a limitação de recursos públicos passa a ser verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos prestacionais²⁴⁷, de qualquer natureza. Pode também ensejar prazos mais dilatados de efetivação.

No capítulo anterior, quando se discorreu sobre os custos das políticas públicas, já se enfrentou a questão com base na doutrina americana²⁴⁸. Restou claro que todos os direitos, até mesmo os civis e políticos, têm um custo maior ou menor, de modo que resta concluir que, mesmo os direitos incluídos no conceito de mínimo existencial, de difícil apreensão por sinal, se submetem, em tese, à reserva do financeiramente possível.

Assim, é preciso ter uma percepção crítica da teoria do mínimo existencial, a fim de identificar sua influência no estudo do controle jurisdicional de políticas públicas e até de direitos reflexos a estas *policies*.

Em primeiro lugar, indispensável aduzir que a teoria do mínimo existencial não impede, dependendo das circunstâncias, a fiscalização de políticas ligadas a direitos que não se integrem no seu conceito (ex: ensino médio). Na verdade, tal idéia deve ser utilizada a favor dos direitos fundamentais e não contra, de modo que não é possível deixar de lado, definitivamente, a efetividade de alguns programas estatais por não se identificarem com as condições básicas da existência humana, que, por si só, já é um conceito de difícil aplicação prática.

A concepção tradicional parte do equívoco de examinar os direitos sociais, econômicos, e culturais como direitos a prestações positivas que um titular pode exigir do Estado. Corriqueiramente não é assim, já que o verdadeiro objeto destes direitos fundamentais são políticas públicas que permitam gradualmente a efetivação de todos os direitos consagrados por diretrizes constitucionais ou legais. Para fins de controle das políticas públicas em si consideradas, de nada adianta

²⁴⁷ Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, p. 276.

²⁴⁸ HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

querer associar os direitos prestacionais a direitos de defesa, de modo a decorrer sua exigibilidade imediata, já que não têm uma dimensão subjetiva.

A importância de examinar a aproximação da prestação estatal com o núcleo básico necessário para uma vida digna, contudo, permanece presente, mas deve ser examinada sob outro prisma. Seu valor decorre da necessidade de, dentre as inúmeras políticas públicas previstas, serem identificadas - levando-se em conta os valores constitucionais - as prioritárias, que estão a exigir concretização mais urgente, diante da necessidade de escolha decorrente da já examinada circunstância de que os recursos públicos encontram limitações no mundo dos fatos.

Uma boa noção do que se está a defender pode ser colhida do pensamento de Ana Paula de Barcellos²⁴⁹, ao explicar que:

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas (...). As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção de direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; *logo* (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos²⁵⁰.

²⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 10-11.

²⁵⁰ Esta mesma autora (*op. cit.*, p. 20), mais à frente, coloca outra questão que merece ser refletida: “...Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente oferecida pelo Estado à população como um todo? Não será possível afirmar, evidentemente, que todas as prestações existentes estão nesse rol, sob pena de esvaziar totalmente o espaço de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão, considerando a progressiva sofisticação e o incremento do custo dos serviços de saúde. Isso não significa, de outra parte, que não haja um conjunto de prestações mínimas que deva ser oferecido pelo Estado independentemente do grupo político no poder.”

Fácil, pois, concluir que o avanço doutrinário em relação à idéia de mínimo existencial pode ser importante como critério de definição (escolha) da política prioritária. Será mais relevante, contudo, no que se refere a direitos subjetivos reflexos às políticas públicas, seja para propiciar a identificação de direitos subjetivos que decorram originariamente da Constituição, seja para servir de forte argumento para garantir sua prevalência quando confrontado, num juízo de proporcionalidade, com a limitação dos recursos públicos. Tudo isso em homenagem à máxima eficácia da Constituição.

Quanto ao fato de a legitimidade do controle de políticas públicas passar por considerações sobre a reserva do possível não há mais dúvidas razoáveis, já que é uma imposição da limitação dos recursos disponíveis e do fato de que as políticas públicas não prescindem de debate sobre os gastos públicos.

Não obstante, nesse momento, cabe explicitar algumas repercussões de ordem prática deste postulado, a fim de que fiquem claros os exatos limites em que as *policies* se submetem à cláusula da reserva do financeiramente possível. Vale a pena também aprofundar sua aplicabilidade também aos direitos reflexos às políticas públicas. Começemos pela parte final.

No caso dos direitos reflexos, sem dúvida nenhuma, é importante reconhecer que, se todos os direitos têm uma dimensão positiva, a efetivação destes precisa ser considerada à luz do problema do custo dos direitos. Mesmo que tenham valor inexorável para o ser humano (se incluam no conceito de mínimo existencial), uma ponderação de interesses, ante as circunstâncias concretas, pode impedir estes direitos de serem imediatamente exigíveis, tendo em vista a escassez orçamentária²⁵¹.

²⁵¹ Imagine-se uma demanda coletiva voltada a garantir o direito ao ensino fundamental de crianças de uma determinada comunidade, mediante construção de escola. Mesmo se estando diante de direito de alta relevância para a dignidade humana (mínimo existencial) e de um verdadeiro direito subjetivo reflexo à política estatal em matéria de educação (art. 208, §1º, da CF/88), a depender das circunstâncias, pode ter que se submeter à limitação fática da

Ao tratar de direito à matrícula em creche de criança no ensino infantil (autêntico direito reflexo a uma política pública), pondera o Ministro Celso de Mello²⁵²:

Não se ignora que 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 vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004). Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (O destaque é nosso).

Evidente, pois, que a escassez de recursos orçamentários, em casos particulares, pode obnubilou ou atrasar a efetividade de verdadeiros direitos subjetivos individuais relacionados reflexivamente com as políticas públicas. Tal, contudo, não deve ser a regra, diante da necessidade de privilegiar as obrigações constitucionais.

Não obstante, isto pode acontecer, por exemplo, quando, para atender situação particular, ainda que amparada pelo regime da aplicabilidade imediata dos direitos subjetivos, se venha a comprometer (ou gerar risco candente de) todo o desenvolvimento das políticas de uma determinada área, pois, assim, se estaria, em homenagem ao direito de um, condenando o direito de todos.

indisponibilidade de recursos, retardando a efetividade. Esta questão passa por considerações de ordem orçamentária. A título simplesmente ilustrativo pode-se agregar que um questionamento que envolve a mesma temática foi objeto da segunda fase do último concurso público (ano 2003) para provimento do cargo de Promotor Substituto do Estado do Rio Grande do Norte.

²⁵² STF - 2ª Turma - RE nº 436996/SP - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - J. de 26.10.2005 - DJ de 07.11.2005, p. 00037.

Tal questão foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando instado a se pronunciar sobre a Suspensão de Liminar e de Sentença (SLS) nº 90/PA (2005/0016231-1), sede onde se questionou decisão de antecipação de tutela que determinava à União obrigação de custear tratamento de saúde orçado em trezentos mil dólares.

Em minúcias, tratava-se de portador de “linfoma de hodkin”, com indicação de transplante de células do cordão umbilical a ser realizado em centro de referência mundial, no MD ANDERSON CANCER CENTER, que teve, via tutela antecipatória, garantido o direito a dispendioso tratamento, no exterior, custeado pela União²⁵³.

O Ministro então presidente do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, suspendeu os efeitos da decisão, argumentando que: “A quantia extremamente vultosa para a realização do transplante do autor da ação no exterior, US\$ 300.000,00 (trezentos mil dólares), poderia beneficiar um sem-número de pacientes também necessitados de tratamento.”²⁵⁴

Tal decisão foi examinada e aplaudida por Rosalia Carolina Kappel Rocha²⁵⁵, quando afirma que: “...decisão antecipatória não pode privilegiar situação particular, comprometendo o orçamento destinado às demais políticas públicas voltadas à saúde da população como um todo.”

Ressalve-se, contudo, que não se pode tomar a exceção como regra. Somente em casos extraordinários, existentes outras alternativas, é que, num juízo de proporcionalidade, pode-se valorizar a reserva do possível, até como meio de permitir o desenvolvimento de políticas públicas em benefício da coletividade. Evidentemente, o espírito é que o individual não pode se sobrepor ao coletivo.

²⁵³ Para maiores detalhes, conferir: STJ - Decisão Monocrática - Min. Edson Vidigal (Presidente) - SLS nº 90/PA - DJ de 22.02.05, p. 1.

²⁵⁴ *Idem*, p. 3.

²⁵⁵ ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. In: *Revista da AGU, ano IV, nº 8*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, dezembro, 2005, p. 26.

Bem posta, pois, a questão. Pode-se, a seguir, adentrar nos aspectos práticos antes referidos, em relação à aplicabilidade da cláusula da reserva do possível.

Um primeiro ponto a ser abordado é que a alegação de ausência de recursos financeiros deve ser recebida com reservas.

Não é suficiente a simples alegação desacompanhada de provas, até porque o limite fático (ausência de recurso) ou jurídico (ausência de previsão orçamentária) deve ser demonstrado objetivamente^{256 257}, não comportando ponderações de ordem subjetiva ou que encubram intenções manifestas de descumprir a Constituição, o que briga de frente com as premissas do neoconstitucionalismo.

Quanto a esta idéia de que a alegação da reserva do possível não pode ser banalizada, como tem ocorrido na prática, tem-se a seguinte observação de Scaff²⁵⁸: “A teoria da Reserva do Possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível.”

Ademais, tem-se que os recursos devem ser destinados prioritariamente à efetivação dos direitos fundamentais, no limite de suas possibilidades.

²⁵⁶ Nos termos do art. 333, II, do CPC e diante da presunção de máxima aplicabilidade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF/88), é preciso considerar que o ônus da prova de que inexistem recursos suficientes tem que ser do Poder Público, até por se tratar de fato impeditivo da proteção do direito fundamental. Nestes casos, contudo, o juiz deve ter muito cuidado em utilizar, quando do julgamento, as regras de ônus da prova, devendo se valer amplamente da sua iniciativa probatória (art. 130, CPC). É que se houver, de fato, impossibilidade financeira, haverá sérios riscos à efetivação do provimento jurisdicional.

²⁵⁷ Gustavo Amaral chega a afirmar que: “Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, objetivamente, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade.” (AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116).

²⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: *Interesse Público n° 32, ano 7*. Porto Alegre: Notadez, julho/agosto, 2005, p. 225.

A tese de que devem ser disponibilizados o máximo dos recursos possíveis encontra guarida no art. 2º, alínea 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do ano de 1966, que exige, para a efetividade dos direitos ali inseridos, que sejam utilizados todos os recursos disponíveis, até o máximo de suas possibilidades²⁵⁹.

Possível vislumbrar, portanto, que há uma mudança de foco na idéia de reserva do possível. Ao invés de ser concebida como um limite à concretização das políticas públicas, deve, antes disso, ser pensada como uma imposição para que sejam destinados os recursos possíveis para a implementação dos programas estatais.

Enfim: a reserva do possível deverá sofrer uma interpretação inversa. Deve ser compreendida não como limitação, mas como obrigação de o Poder Público reservar o total de recursos disponíveis para o desenvolvimento das políticas públicas ligadas a direitos prestacionais.

Por fim, é indispensável a lembrança de que, além de impor a destinação do máximo possível de recursos, a Constituição impõe uma ordem axiológica de gastos públicos²⁶⁰, privilegiando as políticas ligadas a metas prioritárias em detrimento de outras não prioritárias.

Assim, a maior injeção de recursos deve ser para os direitos fundamentais ligados à dignidade humana. Permanentemente, porém, até como característica do neoconstitucionalismo, haverá necessidade de fazer uma ponderação de interesses no que se refere aos gastos públicos, prin-

²⁵⁹Com base no art. 2º, alínea 1, do PIDESC, Comparato afirma que: “Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo.” (COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais..., p. 250).

²⁶⁰Lembre-se a lição de Bidart Campos: “13. Cuando tratados de derechos humanos dan una pauta de que la progresividad en materia de derechos sociales requiere su promoción ‘hasta el máximo de los recursos disponibles’ no podemos interpretar que ese tope máximo viene dado por la cantidad que arbitraria y discrecionalmente se le ocurra fijar al estado en la ley presupuestaria. (...). No es osado, por ende, hablar de un *orden axiológico de los gastos públicos* y encabezarlo con las necesidades básicas relacionadas con los derechos sociales, de forma de buscar el mayor rendimiento y el mejor resultado que sea susceptible de alcanzar para satisfacer y favorecer esos derechos.” (CAMPOS, German J. Bidart. El Orden Socioeconómico, La Constitución y Los Derechos Humanos. In: DURANTE, Alfredo L. *La Constitución Real: Enfoques Multidisciplinarios*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 30.)

principalmente em atenção ao planejamento anunciado nas peças orçamentárias, à luz dos ditames constitucionais. É que, segundo Scaff²⁶¹:

No âmbito orçamentário, fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas do seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento constituído por um conjunto de três leis que se sucedem e se completam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). (...)

Estas normas possuem necessária e obrigatória pertinência com as normas-objetivo traçadas no art 3º, bem como com outras espaiadas no texto constitucional.

Estas questões, contudo, serão objeto do próximo tópico, oportunidade em que será tratado o controle dos orçamentos.

Antes disso, contudo, urge compreender que, em princípio, a reserva do possível, em matéria de políticas públicas, não pode ser considerada um óbice intransponível ao seu avanço, mas apenas pode ensejar retardamento na sua aplicação gradual e progressiva. É que, como diz Américo Bedê Freire Júnior²⁶²: “Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como devem ser alocados novos recursos.”

4.11 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ORÇAMENTOS

Ao longo do texto foi reiterada a importância da discussão sobre os gastos públicos para se conseguir resultados efetivos com relação à fiscalização judicial das políticas públicas, bem como dos direitos reflexos a estas *policies*, que também dependem do modo de destinação das

²⁶¹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos..., p. 220.

²⁶² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial das Políticas Públicas...*, p. 74.

verbas estatais. O exame das políticas públicas, portanto, passa necessariamente pelo exame do orçamento ou, melhor dizendo, das diferentes peças orçamentárias.

Nesse momento, é suficiente discutir a legitimidade do controle judicial dos orçamentos, como premissa inarredável para o controle de políticas públicas. A defesa da possibilidade deste controle não é simples. Passa pela superação do caráter absoluto do postulado liberal da reserva orçamentária do legislador, tornando-se crucial para que se siga no intento de construir idéias sólidas sobre o controle de *policies*.

No precedente do Superior Tribunal de Justiça citado neste capítulo²⁶³ vê-se um exemplo concreto em que o Poder Judiciário interferiu no orçamento, como consta da seguinte passagem da própria ementa: “3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.” No mesmo sentido, a decisão monocrática que antes se fez alusão²⁶⁴, ao ditar que: “Inicialmente, o Poder Judiciário, a fim de proteger o direito à saúde, pode determinar o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria orçamentária de programação menos importante (...) para custear o tratamento dos pacientes.”

A importância deste controle é manifesta, pois o orçamento é de ser concebido, diante do alto custo dos direitos, como instrumento de grande relevância para a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como para a escolha das políticas públicas prioritárias²⁶⁵.

Sobre este último aspecto, valioso o comentário de Fábio Konder Comparato:

²⁶³ STJ - 2ª Turma - REsp 493.811 - Rel. Min. Eliana Calmon - maioria - J. 11.11.2003 - DJ 15.3.2004, p. 236.

²⁶⁴ Consultar: <http://conjur.uol.com.br/textos/18443/>. Acessado em 7.3.2006.

²⁶⁵ Afirma Hermes Laranja Gonçalves que: “Dada a complexidade das atribuições e responsabilidades do Estado, percebe-se que há uma necessidade de priorizar certas questões de caráter público, visando beneficiar as diversas classes representadas. É nesse contexto que se faz clara a relevância do orçamento.” (GONÇALVES. Hermes Laranja: *Uma visão crítica do orçamento participativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 27).

Toda política pública, com efeito, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, deve concretizar-se nas três modalidades de orçamento previstas na Constituição Federal: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165). O primeiro deles, inclusive, representa a síntese do conjunto de políticas públicas a cargo de cada unidade da Federação.

A necessidade de o Poder Judiciário, principalmente pela via das ações coletivas, controlar a execução dos orçamentos também é reiterada por Inês Virgínia Prado Soares²⁶⁶, a partir da seguinte lição:

A verificação do cumprimento das prestações estatais pelo controle da execução orçamentária é inerente ao Estado de Direito. A exigência, pela sociedade, do cumprimento das prestações estatais sociais a partir da previsão de gastos estampada na lei orçamentária, com a possibilidade de provocação dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, é inerente ao Estado Democrático de Direito. Nesse esteio, a utilização da ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária é decorrência intrínseca ao exercício democrático de conhecimento e manejo, pela sociedade, dos valores públicos.

Reforça ainda a legitimidade do controle judicial dos orçamentos e a necessidade de superar a idéia liberal já arcaica de que é suficiente o controle político dos orçamentos. É fato que este não impede as muitas incongruências nos mecanismos existentes para a fiscalização legislativa da formulação e, principalmente, da execução orçamentária.

Em verdade, tal qual tem acontecido em relação à definição de políticas públicas, em tempos de neoconstitucionalismo e de globalização, o Poder Legislativo vem perdendo sua capacidade de efetivamente controlar os orçamentos, não sendo mais suficiente o controle que a Constituição Federal admite seja feito pelo Poder Legislativo. Não é de bom tom permitir que seja exclusivo. É que, consoante leciona Carlos Valder do Nascimento²⁶⁷:

²⁶⁶ SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação Civil Pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 471-472.

²⁶⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica da responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo?. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. *Administração Pública: Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública: Práticas, Inovações e Polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 153.

A participação do Poder Legislativo, entretanto, em face dos prazos restritos para deliberação do orçamento pelos parlamentares, tem sido inexpressiva e, por assim dizer, quase nula. Isso vem criando distorções, tornando o referido instrumento de planejamento uma peça preparada exclusivamente para cumprir requisitos legais, sem, na prática, qualquer exigibilidade. De fato, no curso de sua execução, tem-se detectado a não observância das prioridades dispostas na *Lei de Diretrizes Orçamentárias* e a liquidação de gastos expressivos no final do segundo semestre, o que revela descontrole no seu procedimento operacional.

Outros desvios comuns nas despesas públicas: desperdício e ineficiência, prioridades incompatíveis com a Lei Maior, precariedade de serviços essenciais e vultosos gastos com rubricas como publicidade governamental²⁶⁸.

Os governantes, infelizmente, costumam entender a aprovação pelo Legislativo da proposta orçamentária não como uma imposição no que se refere aos gastos públicos, mas como uma mera autorização para gastar dinheiro nas respectivas áreas. Sentem-se, portanto, livres para descumprir o orçamento, que não passaria de uma mera peça de ficção. Isto torna pouco ou quase nada a previsão e a execução orçamentária, dando azo a inúmeras atitudes incoerentes, como as antes listadas. Muitos autores também reconhecem que a lei orçamentária tem um caráter apenas autorizativo²⁶⁹. Isto, contudo, não pode prevalecer como absoluto, sob pena de desprestígio inconcebível à concretização dos direitos que dependem de um planejamento adequado.

Ricardo Lobo Torres²⁷⁰ percebe que o orçamento tem uma dimensão ética e reconhece que é necessário que seja eticamente justo. No orçamento, ante a escassez de recursos, vem à baila uma série de escolhas trágicas, que são feitas para a implementação paulatina de direitos

²⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 15

²⁶⁹ Este é o pensamento de Carlos Valder do Nascimento. Advoga, contudo, este autor que isto pode mudar, caso sejam aprovadas as propostas de emendas constitucionais em trâmite no Legislativo, que tornam o orçamento mandatário ou impositivo, como é desejo da sociedade (NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica da responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo?..., p. 167 e 172).

²⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, volume V: o Orçamento na Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 42-44.

sociais, econômicos e culturais. Este balanço das escolhas dramáticas acerca das políticas públicas, realizado a nível orçamentário, tem implicações éticas inescandíveis, até porque dele dependem valores fundamentais.

Se existe todo este espaço ético alcançado pela Constituição, até à luz do fenómeno, próprio do novo momento, da constitucionalização do ordenamento jurídico, não há como se defender legitimamente que o orçamento seja uma “mera ficção” para as autoridades políticas ou que não seja alcançado pelos valores e opções políticas incorporados a nível constitucional.

O orçamento não é, pois, uma peça livre para o administrador: um papel em branco. É preciso associá-lo com os valores que são priorizados a nível constitucional. Há, como já dito, uma ordem axiológica de gastos públicos, a partir da Constituição. Um entendimento diverso, no sentido da existência de uma discricionariedade absoluta, permitiria ao gestor o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades previstas na legislação orçamentária e até na Constituição. Vale, pois, a conclusão de Luís Roberto Gomes²⁷¹:

Omitindo-se, pois, o Poder Público, e sendo a omissão ilícita ante o que preconiza o ordenamento jurídico, é possível a interferência do Ministério Público e do Poder Judiciário, não constituindo óbice a diretriz orçamentária. Esse controle, ademais, é extremamente salutar na legitimação do processo democrático, considerando que permite a participação do próprio titular do poder político - o povo -, através dos canais competentes, na aplicação da verba pública em prol do atendimento das necessidades sociais mais prementes.

Na verdade, o que se tem é uma cadeia de relações. A Constituição se efetiva por meio da concretização dos direitos fundamentais. Estes por intermédio de políticas públicas. Estas, por sua vez, já dependem das peças orçamentárias. Assim, sob pena de desprestígio à Constituição, não se pode prescindir do controle judicial dos orçamentos.

²⁷¹ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental...*, p. 132.

Assim, as verbas orçamentárias associadas às políticas públicas não podem ser matéria que entre na discricionariedade absoluta da Administração. Deve-se admitir a interferência excepcional em assuntos orçamentários. Há até quem entenda que se está diante de atos de administração vinculada²⁷².

Nem se alegue, também, que as limitações da despesa pública, por força da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000, art. 9º) servem de óbice ao controle dos orçamentos, pois, nos termos do art. 9º, §2º, da citada lei: “Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.”

Mais um motivo, pois, para o êxito do controle orçamentário.

O controle das políticas públicas através dos orçamentos, na verdade, se apresenta como uma forma responsável de lidar com a efetividade de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, pois não se pode perder de vista a advertência de Rosalia Carolina Kappel Rocha²⁷³, no sentido de que:

...quanto menor a disponibilidade de recursos, mas se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que leva à necessidade de a sociedade buscar aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além da crescente conscientização por parte dos órgãos do poder judiciário que não apenas podem mas devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao realizá-lo deverão ter a máxima cautela e responsabilidade seja ao conceder ou não um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social. Em verdade, levar direitos sociais a sério é levar a sério o problema da escassez. Ainda nesse sentido, o papel do administrador se mostra de extrema relevância, ainda a considerar os princípios da moralidade e da eficiência, notadamente quando se cuida de administrar a escassez e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

²⁷² COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais... p. 256.

²⁷³ ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível..., p. 28-29.

Por fim, é possível examinar, no que tange ao tema em foco, se é possível três tipos de controle dos orçamentos: a) o controle preventivo; b) o controle concomitante; e, c) o controle repressivo.

O controle excepcional do orçamento, de natureza preventiva, é o que ocorre antes do advento da lei orçamentária anual. Visa, por sua vez, impedir uma ação ou omissão que venha tornar ilícita a peça orçamentária.

Trata-se, portanto, no plano processual, de forma de controle extremamente afinada com a tutela inibitória coletiva, já que exige uma modalidade de tutela (judicial e extrajudicial) preventiva, voltada para o futuro, e comprometida com ideais de efetividade. Indiscutivelmente, pois, é passível de controle jurisdicional.

Outra forma de controle jurisdicional dos orçamentos é o controle deste durante a execução orçamentária²⁷⁴. Segundo Comparato, tem lugar no caso de desvio de despesa ou no caso de não liberação de verba durante o exercício financeiro²⁷⁵.

Por fim, há quem admita o controle repressivo do orçamento. É o caso do mesmo Fábio Konder Comparato²⁷⁶, que entende possível o ajuizamento de uma demanda judicial para ressarcir os danos sociais, em relação ao descumprimento de normas constitucionais relativas a orçamentos de exercícios financeiros já findos.

Há que se ter bastante cuidado com a defesa intransigente desta modalidade de controle orçamentário.

²⁷⁴ Sobre a execução orçamentária tem-se que: "...é um procedimento, com vigência anual, no qual os recursos obtidos são gastos efetivamente em atividades e projetos, com a finalidade de alcançar as metas e os objetivos governamentais estabelecidos. Giacomoni destaca que o orçamento público não é apenas uma peça de orientação mas que o mesmo, 'ao ser executado, comanda toda a execução financeira. O comportamento financeiro público é produto da execução de determinado programa, o qual se reveste de forma orçamentária.'" (SOARES, Inês Virgínia Prado. *Ação Civil Pública como instrumento de controle da execução orçamentária*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 4).

²⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. "O Ministério Público...", p. 258.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 258-259.

Não entendemos pertinente tal modalidade de controle jurisdicional de orçamentos. A razão é simples. Do ponto de vista do erário público, os eventuais danos terão que ser ressarcidos com o manejo do orçamento em curso, o que torna desnecessário o uso de uma ação repressiva.

Tem-se, pois, que controle de orçamento demanda tutela preventiva, antes ou no curso da execução orçamentária. Não existe tutela de orçamento passado, mas do atual. Assim, se o interesse é responsabilizar o administrador, ainda que não se impeça - em tese - a responsabilização civil, administrativa e até criminal do gestor inconseqüente, é indiscutível que não se está diante de hipótese de controle jurisdicional de orçamentos.

4.12 CONCLUSÕES PARCIAIS: AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE

Ao fim do presente capítulo algumas conclusões saltam aos olhos. Em primeiro lugar, restou cristalina uma das primeiras evidências do neoconstitucionalismo traçadas ainda no início deste trabalho: a grande ênfase na garantia jurisdicional.

A envergadura atual do Poder Judiciário é notável, já que se lhe impõe o gravíssimo encargo de realizar os valores constitucionais, sendo partícipe importante do processo, até há pouco quase esquecido, de efetivação progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais. Em sendo assim, passa a ser de grande destaque a missão do Judiciário na realização progressiva das políticas públicas.

No contexto atual, em que se lança aos olhos um modelo novo de constitucionalismo e diante de um mundo globalizado, não se pode fugir da constatação de que há uma concentração exagerada de responsabilidades quanto à definição e execução das políticas públicas nas mãos do Poder Executivo. Como poder contramajoritário, o Judiciário é chamado para intervir nas *policies* e coibir os excessos governamentais.

Por outro lado, deve manter o permanente cuidado para, ao agir em tema de políticas públicas, não invadir o espaço reservado ao cenário político, que permanece com atribuições legítimas que não podem ser coartadas. Daí se dizer que se está diante de um controle excepcional, que não se compadece com exageros de interpretação em relação ao postulado da separação das funções estatais, discricionariedade administrativa ou outros argumentos menores que pecam por falta de compreensão do momento atual.

Restou muito claro, também, que o controle jurisdicional de políticas públicas, de legitimidade inarredável no atual modelo de Estado Constitucional, impõe dificuldades específicas, de modo que passa pela compreensão da necessidade de controlar as omissões (totais e parciais) dos poderes públicos, bem como, na medida em que as políticas públicas se concretizam por intermédio das peças orçamentárias e se submetem à reserva do possível, não há pensar em resultados de um controle de políticas públicas senão pela via de um cuidadoso, percuciente e delimitado controle dos orçamentos.

Estas idéias, agora, até parecem singelas, mas são resultado de um intenso labor doutrinário e jurisprudencial. Daí porque não se pode encerrar este capítulo sem uma referência aos precedentes judiciais que trouxeram tanta luz ao presente estudo, em especial àqueles da lavra do Ministro Celso de Mello que, para os fins deste trabalho, em razão dos argumentos lá lançados, serviram de bússola para a identificação dos bons horizontes a serem explorados.

Chegar até aqui, portanto, já é motivo de júbilo e satisfação, pois permite visualizar ali-cerces sólidos para a continuação da empreitada, conquanto ainda se esteja longe de quaisquer resultados concretos, o que se pode perceber, para encerrar, da importante colocação de Ana Paula de Barcellos²⁷⁷, que cabe neste momento:

²⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 14.

Até aqui se cuidou de apresentar as razões que fundamentam, teoricamente, a possibilidade - e, a rigor, a necessidade - de controle jurídico da definição das políticas públicas em geral e do destino a ser dado aos gastos públicos em particular. Essa, entretanto, não é a questão realmente importante. O ponto vital que se coloca é como transformar essa possibilidade em dogmática jurídica aplicável no dia-a-dia da interpretação jurídica, preservando-se ainda a harmonia com outros elementos constitucionais pertinentes, como a separação dos poderes, as regras orçamentárias, a legalidade das despesas públicas etc.

Com base nessas preocupações manifestadas acima, passemos, sem delongas, mesmo que despretensiosamente, a uma breve sistematização do controle jurisdicional de políticas públicas.

Os olhos, contudo, não podem pairar sobre as nuvens, ainda que por puro romantismo. Devem estar no concreto, no pragmático, no dia-a-dia do cidadão!

5 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETROS OBJETIVOS E TUTELA COLETIVA

“...precisa-se de um controle que, entre nós, viabilize, na prática e à sério, o direito fundamental à boa administração.”

Juarez Freitas²⁷⁸

5.1 A BUSCA DE FRONTEIRAS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE *POLICIES*

Um convite para se passar da teoria à prática talvez seja um apropriado resumo do que se pretende neste momento do trabalho. Do que foi consignado nos primeiros capítulos, tem-se um bem lançado e atual perfil jurídico do Estado Constitucional e das *policies*. No último, foram espancadas as dúvidas sobre a legitimidade constitucional do controle pela via judicial. Chegou o momento, portanto, de avançar no estudo, ainda que de modo objetivo e com certa concisão, a fim de cumprir a tarefa de anunciar como pode se desenrolar um efetivo controle de políticas públicas.

²⁷⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68.

É certo que, na teoria, já se apresenta sedimentada a importância do Poder Judiciário como guardião dos valores constitucionais²⁷⁹ e dos direitos fundamentais, principalmente no que toca àqueles de natureza prestacional, que exigem a realização de um ideal de justiça distributiva.

Tais direitos - lembre-se - são:

...insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito) pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e da alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita²⁸⁰.

Como, no entanto, sair da teoria e tutelar, em escala gradual, na via jurisdicional, direitos que demandam políticas públicas e planejamento orçamentário? Como pode se materializar o controle dos orçamentos pelo Judiciário? Quais as fronteiras, os limites, enfim os parâmetros para o referido controle?

A resposta a estas indagações pode ser um bálsamo para a efetividade de muitos direitos fundamentais. Isto porque há de permitir, em bases mais seguras, uma atuação tranqüila, firme e sem titubeios do Poder Judiciário.

Atualmente, talvez em razão da não identificação de parâmetros objetivamente aferíveis e dos meios de tutela judicial aptos a promover o controle de políticas públicas, ainda se percebem fortes receios em se aplicar a Constituição, tocando em orçamentos.

A maior prova de que o temor, em muitos casos, é evidente - e de que não existe doutrina sólida construída sobre o tema - decorre da constatação de que as decisões mais aplaudidas, em

²⁷⁹ Gisele Cittadino chega a afirmar que: "...a concretização destes ideais [de igualdade e dignidade humana] também depende necessariamente do Poder Judiciário que, na qualidade de último intérprete da Constituição, deve estar vinculado à eticidade substantiva da comunidade." (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 228).

²⁸⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., p. 32.

maior frequência, são tomadas em feitos individuais, como acontece na área da saúde, o que pode se justificar pela proximidade maior do juiz com as partes, pela normalmente menor repercussão orçamentária das decisões e pela maior capacidade de perceber as conseqüências inapeláveis de uma ausência de postura jurisdicional. Além disso, o conflito é solucionado de imediato e não há que se fazer maiores incursões sobre a atividade administrativa.

Poucos, contudo, se aventuram no efetivo controle da atividade mais ampla, tendente à implementação das políticas públicas em geral, por intermédio das ações coletivas. E isso é paradoxal, pois, como visto, o perfil das políticas públicas mais se afina com a proteção coletiva do que com a tutela individual.

Urge, portanto, encaminhar esforços para, na prática, identificar possibilidades deste controle jurisdicional de políticas públicas na via da tutela coletiva, ainda que necessariamente importem em vinculação orçamentária.

Neste diapasão, o presente capítulo tem dois focos principais. O primeiro deles é a identificação de parâmetros objetivos para o controle jurisdicional de políticas públicas, a partir de uma fiscalização dos orçamentos. O outro diz com o estudo do papel da tutela coletiva no que tange à efetivação do controle nos moldes anunciados.

Começemos pelo desafio de localizar parâmetros objetivos para o contraste do Poder Judiciário aos programas estatais, não sem antes tecer breves comentários sobre alguns dimensionamentos desta modalidade de controle da Administração Pública.

5.2 A DIMENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL: UM NOVO OLHAR SOBRE AS POLICIES

Para os fins do presente trabalho, interessa a lição de que, sob o ponto de vista da ciência da administração, o termo controle tem sentido de “correção de rota”²⁸¹. Liga-se com a experiência de lançamento de mísseis, que remonta à Segunda Guerra Mundial, em que a cada lançamento buscava-se corrigir o percurso para que o alvo fosse atingido com precisão. O controle é uma espécie de painel destinado a registrar alterações no ambiente e no funcionamento da Administração e a indicar providências para alcançar os objetivos pré-estabelecidos²⁸².

Essas idéias são úteis à compreensão do controle jurisdicional de políticas públicas. Este nada mais é do que um controle em relação aos fins estatais prioritários, levando em conta os valores e opções políticas realçados. Ademais, política pública não é um conceito simples. Envolve um conjunto de atos e/ou omissões, nem sempre lícitos, de modo que se evidencia como uma verdadeira atividade que se protraí no tempo, desenvolvendo-se com ou sem atropelos.

Não se esqueça, contudo, que o controle de políticas públicas nada mais é do que uma espécie de controle da Administração Pública. Sobre o controle da Administração Pública, em especial o jurisdicional, não se pode deixar de lembrar lições de Seabra Fagundes (primeiro autor a tratar da matéria no Brasil), a seguir transcritas:

5.3. Para tornar efetiva, no mecanismo estatal, a submissão da Administração Pública à ordem jurídica, existe um triplice sistema de controle das suas atividades: *controle administrativo, controle legislativo e controle jurisdicional*.

(...)

5.5. O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional. É o que Goodnow denomina “execução da vontade do Estado por via judiciária”²⁸³.

²⁸¹ Notícia, por sua vez, Vladimir da Rocha França, que: “A palavra **controle** tem origem francesa, e, segundo Bergeron, indica ‘dominação’, ‘direção’, ‘limitação’, ‘vigilância’, ‘verificação’, ‘registro’” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116).

²⁸² MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 401-402.

²⁸³ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. Atualizado por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125-126 e 134.

Mas como se dá efetivamente este controle jurisdiccional de políticas públicas à luz do Direito? Se a *policy* se prolonga no tempo, é possível a fiscalização judicial em todas as fases do *iter* procedimental? Quais seriam estas fases? Todas elas importam vinculação orçamentária? Mesmo na concepção clássica, se admitia algum tipo de exame judicial da *policy*?

Tradicionalmente, sempre foi muito estreito o âmbito de controle jurisdiccional das políticas públicas, pois muitos aspectos, como já visto, eram deixados à consideração exclusiva dos outros poderes estatais (controle político). Boa parte da atividade dirigida à consecução de um programa governamental ficava intocada pelo Poder Judiciário. Em verdade, normalmente a atuação do juiz era retrospectiva, ou seja, após o processo de implementação, o juiz se debruçava sobre direitos que resultassem do programa.

No Estado (Neo)Constitucional a lógica é bem outra, como afirma Valentin Cornejo²⁸⁴: “...si antes podíamos confinar la actuación judicial a la etapa de evaluación de la política pública, ahora la misma se practica sobre todas las etapas del proceso, generando así una participación constante del jueces en el proceso de decisión donde incidén directamente en la formulación misma de la *policy*.”

O mesmo Cornejo²⁸⁵ resume com propriedade o *iter* procedimental que será alvo de contraste pelo Poder Judiciário:

A partir de la introducción de un tema en la agenda, se desarrolla un proceso mediante el cual se elabora la política pública tendente a la solución del problema. Este procedimiento tiene diversas fases: identificación del problema (entrada en la agenda), formulación de alternativa, decisión, implementación y evaluación. (...). El centro de la fuerza ciudadana se ejerce para la introducción del tema en la agenda y para su posterior evaluación, siendo el resto de los ámbitos de difícil penetración representativa.

²⁸⁴ CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y Division...*, p. 262.

²⁸⁵ *Idem*, p. 218.

No Brasil, Cristiane Derani reconhece três fases importantes para a construção da política pública e seu desenvolvimento. São elas: a) a decisão estatal (feita por agentes públicos, com maior ou menor participação social); b) alteração institucional (mudanças estruturais ou organizacionais); e, c) as ações públicas propriamente ditas (a efetiva realização das ações ou a execução da *policy*)²⁸⁶.

De modo mais resumido, pode-se reconhecer duas etapas mais gerais da *policy*: uma de definição, onde são escolhidas, dentre o arsenal de possibilidades, as políticas que serão desenvolvidas, e outra de implementação ou execução, onde se transforma o que foi definido em realidade prática.

Há, a bem da verdade, todo um caminhar para a formulação da política pública, com vários atos e decisões. Da mesma forma, desenrola-se toda uma atividade complexa para a execução da política prioritária. Ao final, a Administração, internamente, e o os eleitores, pelo voto, avaliarão os resultados da política pública. São, pois, várias atividades que são desenvolvidas.

No que pertine ao controle jurisdicional, diante do seu amplo espectro, tem-se que ele será direcionado para toda a atividade que se relaciona com a formulação, bem como para todo o andamento da fase de execução²⁸⁷. Toda vez, portanto, que os fins, metas e objetivos constitucionais não forem atendidos, ou o planejamento orçamentário não for cumprido, há espaço para o controle jurisdicional.

Saliente-se, ademais, que é no período que medeia a formação da agenda e a implementação que o contraste do Poder Judiciário mais importa, pois, é essa atividade que leva ao êxito do planejado.

²⁸⁶ Conferir: DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR n° 41*, 2004, p. 22-23.

²⁸⁷ A fase de avaliação não mais importa para o presente estudo, pois aí o direito social, econômico ou cultural já estará implementado ou terá malogrado, não havendo mais que fiscalizar o programa estatal.

É justamente durante a atividade procedimental levada a efeito para chegar ao resultado pretendido que surgem as decisões mais importantes para a efetivação dos direitos prestacionais. Tais não devem ficar somente à consideração dos agentes titulares de mandatos eletivos e imunes ao controle pela via do Poder Judiciário.

Decisões importantíssimas são tomadas sobre a destinação de recursos públicos, retenção de gastos e a fiel execução de prioridades orçamentárias durante a formulação e a execução da política pública. Em tempos de neoconstitucionalismo, todo este procedimento deve ser fiscalizado pelo Poder Judiciário, não ficando restrito à arena política.

O juiz atual não pode estar alheio aos compromissos constitucionais e, de conseqüência, às políticas públicas. O novo perfil almejado é de um juiz solucionador de problemas, na qualidade de um verdadeiro agente de transformação social²⁸⁸.

Pede-se, nos dias de hoje, um magistrado comprometido com as *policies* e, por conseguinte, com a real efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Os avanços da democracia pressupõem, assim, o controle jurisdicional de toda a atividade ligada à implementação de políticas públicas, impedindo-se o arbítrio estatal. O caminho mais adequado para se acompanhar o desenrolar de uma *policy* é admitir uma cautelosa tutela do orçamento, a fim de adequar as atividades dos poderes públicos aos padrões constitucionais.

Em suma: fica muito claro que não mais é possível confinar o controle público à etapa posterior aos resultados da atividade desenvolvida para a consecução das políticas públicas. Tampouco se deve restringir a fiscalização judicial. O Poder Judiciário, quando provocado, deverá ser apto a fiscalizar todas as etapas do procedimento e a série de atividades desenvolvidas no próprio processo de materialização das escolhas prioritárias em matéria de direitos fundamentais

²⁸⁸ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. O novo papel do Judiciário e dos magistrados na sociedade contemporânea: reflexões em tempos de reforma. Disponível em: www.lex.com.br. Acesso em 26.09.2006, p. 11.

prestacionais²⁸⁹. Relembre-se, ainda, que este controle deverá se centrar num exame acurado do orçamento, assim também da compatibilização deste com as diretrizes previamente definidas.

Em cada uma dessas fases (formulação ou execução) os riscos de intromissão na atividade inerente ao cenário político são diversos, até porque são praticados atos de natureza distinta, de modo que, para efeito do estudo dos parâmetros objetivos do controle jurisdicional de políticas públicas, estes irão variar se a atividade contrastada for voltada à formulação da *policy* ou sua execução.

Pode-se, pois, para atingir os objetivos colimados, apartar, de um lado, o controle da formulação das políticas e, de outro diverso, o contraste jurisdicional à execução das *policies*, de modo que devem ser estudados separadamente, identificando-se possibilidades objetivas do dito controle à luz das peças orçamentárias.

5.3 O CONTROLE DA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A espécie de controle jurisdicional de políticas públicas mais tormentosa é a que concerne à fiscalização da definição das *policies*. É a modalidade que mais toca com preocupações ligadas ao respeito à separação de poderes e à discricionariedade política, já que tal atividade cabe melhor na esfera dos poderes Executivo e Legislativo.

Estes aspectos, como já ressaltado ao longo do trabalho, não são aptos a, de modo definitivo, colocar uma pedra sobre o controle jurisdicional da formulação dos programas estatais, impedindo qualquer discussão a respeito.

Isto porque não se deve esquecer a advertência de Alexandre Sturion de Paula, no sentido de que o ente estatal só se legitima quando implementa políticas públicas em favor dos interesses

²⁸⁹ CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y Division...*, p. 262.

públicos. Assim, não se pode valer do princípio da separação de poderes para impedir tal implementação, pois se estaria impedindo a própria aplicação da Constituição²⁹⁰.

Não se nega, contudo, que é questão absolutamente grave a que diz respeito à possibilidade de um juiz controlar a formulação (escolha e configuração institucional) de políticas públicas²⁹¹. Em princípio, a definição das *policies*, como já foi visto, é reservada aos poderes majoritários, em especial, hoje em dia, ao Poder Executivo, que vem concentrando amplos poderes com relação às políticas públicas.

Muitos autores sequer cogitam a possibilidade de admitir o Poder Judiciário, mesmo excepcionalmente e em alguma medida, como ente formulador de políticas públicas. Para muitos, tal possibilidade geraria o risco de um governo de juízes ou mesmo da instalação de uma pernicioso aristocracia judiciária.

Dentre os autores que são peremptórios em não admitir qualquer controle ligado à formulação de programas estatais, cite-se o posicionamento de Rosalia Carolina Kappel Rocha²⁹²:

Com efeito, não cabe ao Judiciário formular políticas públicas, que constituem encargo de outro poder. Na realização de direitos sociais, por meio do processo judicial, muitas vezes não é levado em conta todos os elementos materiais e financeiros, necessários para que a sociedade tenha ao seu alcance os bens e serviços que possibilitem a realização de tais direitos.

²⁹⁰ PAULA, Alexandre Sturion. Hermenêutica constitucional: instrumento de efetivação de direitos fundamentais. In: PAULA, Alexandre Sturion (Coord.). *Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 67.

²⁹¹ Para Appio: “O controle judicial de políticas públicas envolve sua formulação, execução e avaliação, sendo certo que os problemas políticos surgem no tocante à primeira fase, para a qual os governos eleitos geralmente gozam de elevada margem de discricionariedade política que lhes permite definir o conteúdo e o momento de execução de uma política pública.” (APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil...*, p. 161).

²⁹² ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. In: *Revista da AGU, ano IV, nº 8*. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, dezembro, 2005, p. 24.

Já Cornejo²⁹³ reconhece uma atuação mais ampla do Poder Judiciário. Atualmente, na sua visão, os juízes participam de todo o processo de decisão, de modo que “inciden directamente en la formulación misma de la *policy*”.

Tem razão este último autor. O controle da formulação dos programas estatais é imperativo lógico da missão de planejamento da gestão pública, já anunciada como característica associada às políticas públicas, bem como da necessidade de atribuir máxima efetividade às normas constitucionais ligadas à implementação de direitos sociais, econômicos e culturais, diante da limitação dos recursos orçamentários. A própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), em seu art. 1º, §1º, já adverte que a responsabilidade fiscal pressupõe ação planejada e transparente.

O compromisso com o planejamento da gestão pública é evidente²⁹⁴. Na verdade, dito planejamento, assim como a transparência e o controle, são princípios da Lei de Responsabilidade Fiscal que, em última instância, visam garantir eficiência nos gastos públicos, de modo que sejam alcançados os objetivos planejados, sem comprometer o equilíbrio das contas públicas, efetivando-se assim, ao máximo, os direitos de estatura constitucional.

Existe, portanto, um dever de planejar o futuro, estabelecendo metas a serem alcançadas, estas acordes com a Constituição e com outros parâmetros estabelecidos na ordem jurídica. Tais metas, portanto, não são livres, possuindo, em alguma medida, vinculação jurídica. Todas as vezes que, por ação ou omissão, for verificado abuso governamental na formulação de *policies*, se afigura pertinente o controle jurisdicional.

²⁹³ CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y Division...*, p. 262.

²⁹⁴ Comenta Jair José Perin que: “A Lei de Responsabilidade Fiscal configura um sistema de planejamento, de execução orçamentária e de disciplina fiscal. (...). A ação planejada e transparente, com mecanismos gerenciais, é evidenciada com muita nitidez. Como exemplo dessas características, pode-se mencionar, numa primeira leitura, o disposto nos arts. 1º, 4º, 5º, 14, 48 e 49 da lei em comento. (...). As prioridades da sociedade devem ser definidas com clareza nas leis orçamentárias.” (PERIN, Jair José. A Lei de Responsabilidade Fiscal. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, RT, n. 59, novembro-dezembro de 2004, p. 134, 135 e 136).

Para os limites do presente trabalho, importa identificar situações concretas em que é lícito ao juiz, de alguma maneira, fiscalizar a formulação/definição de políticas públicas.

Não é de bom tom, por exemplo, que a atividade de definir (fazer) ou até não definir (não fazer) fique, de modo absoluto e *a priori*, livre de qualquer possibilidade de controle jurisdicional. Este tipo de controle - como se examinará a partir das situações concretas -, mesmo excepcional, pode acontecer diante de uma atuação ou de uma omissão abusiva ou ilícita em sentido amplo (ilegal ou inconstitucional).

Quanto ao tema em foco, lembre-se, ainda, que os conselhos de políticas públicas vêm assumindo destacado papel na formulação de políticas públicas, pois, as mais das vezes, têm atribuições deliberativas, muito embora ainda existam resistências do Estado centralizador para admitir a democracia participativa. Outro instrumento importante é o orçamento participativo, onde o corpo social participa da formulação das políticas.

Passemos, pois, às situações concretas.

5.3.1 Incompatibilidade da Lei Orçamentária Anual (LOA) com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual (PPA)

Uma das possibilidades jurídicas de controle da formulação das políticas públicas é justamente o exame bastante objetivo da compatibilidade da Lei Orçamentária Anual (LOA) em face das metas e objetivos fixados no Plano Plurianual (PPA)²⁹⁵, bem como de sua adequação com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)²⁹⁶.

²⁹⁵ Segundo Inês Virgínia Prado Soares: “Nota-se no art. 165 da Constituição Federal que o orçamento está ligado ao planejamento e à viabilização das políticas públicas adotadas pelo Estado, com a previsão de Planos Plurianuais (inc. I e §1º), que deverão estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continua-

A necessidade de que haja compatibilidade entre as peças orçamentárias decorre da noção maior de planejamento, que já foi explanada ao longo do trabalho. Tal idéia é ínsita ao novo modelo de Estado de Direito, um verdadeiro Estado Orçamentário, que pode ser compreendido a partir da seguinte lição de Ricardo Lobo Torres²⁹⁷:

O Estado Orçamentário, que procura através do orçamento fixar a receita tributária e a patrimonial, redistribuir rendas, entregar prestações de educação, saúde, seguridade e transportes, promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a economia, baseia-se no planejamento. A receita pública, os investimentos e as despesas se fazem segundo planos anuais ou plurianuais.

A CF 88 prevê, no art. 165, três planejamentos orçamentários: o *plano plurianual*, as *diretrizes orçamentárias* e o *orçamento anual*. Os três se integram harmoniosamente, devendo a lei orçamentária anual respeitar as diretrizes orçamentárias, consonando ambas com o orçamento plurianual (arts. 165, §7º, 166, §4º, 167, §1º). E têm os três que se compatibilizar com o planejamento global - econômico e social (art. 165, §4º).

Evandro Martins Guerra²⁹⁸ identifica, em matéria orçamentária, um verdadeiro princípio da programação, na medida em que: “...os orçamentos estão intrinsecamente ligados aos planos de ações governamentais, tanto em seu conteúdo, quanto em sua forma.” Já Jair José Perin²⁹⁹ acrescenta em relação ao PPA, LDO e LOA que: “Essas leis orçamentárias, de acordo com o

da. Assim, o PPA tem a finalidade de harmonizar o planejamento na esfera federal, assegurando a continuidade das ações de governo, com a vigência abrangendo o período entre o segundo ano do mandato presidencial e o final do primeiro ano do mandato seguinte.” (SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação Civil Pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 474).

²⁹⁶ Na visão de Hermes Gonçalves Laranja: “A Lei de Diretrizes Orçamentárias representa uma colaboração positiva no sentido de tornar o processo orçamentário mais transparente, como também contribui para a participação mais ampla do Poder Legislativo no disciplinamento das finanças públicas. Prioriza as metas do Plano Plurianual e orienta a elaboração do Orçamento Geral da União.” (GONÇALVES, Hermes Laranja: *Uma visão crítica do orçamento participativo...*, p. 37). Acrescenta Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho que: “A LDO funciona, assim, como o elo de ligação entre o PPA e a LOA, compatibilizando as diretrizes do plano à estimativa das disponibilidades financeiras para determinado exercício.” (RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. O processo legislativo orçamentário e a Constituição de 1988. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, RT, n. 61, março-abril de 2005, p. 230).

²⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 172.

²⁹⁸ GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 59.

²⁹⁹ PERIN, Jair José. *A Lei de Responsabilidade Fiscal...*, p. 134.

Texto Constitucional, têm um papel decisivo na formulação e concretização das políticas públicas.”

Tem-se, portanto, que a não compatibilidade entre LOA e PPA ou LDO importa em ter existido ato ou omissão ilícitos, já que deve ser cumprido o planejamento 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 anual³⁰⁰.

Esta situação não gera grande dificuldade para o controle judicial, pois é suficiente o exame formal das peças orçamentárias, a fim de verificar se o planejamento imposto pelas normas mais gerais está se refletindo na Lei Orçamentária Anual.

Em suma: em se percebendo que o projeto de lei ou a lei orçamentária não contemplam as metas e diretrizes previamente estipuladas, é possível, mediante obrigações de fazer ou não fazer, o Poder Judiciário exigir a adequação da peça orçamentária aos parâmetros obrigatórios antes definidos. Tal perspectiva não deve passar despercebida, diante do planejamento das políticas ser imposição constitucional.

Mesmo tendo em mira a realidade imposta pela Constituição Portuguesa de 1976, urge lembrar a válida análise de Marcelo Rebelo de Souza³⁰¹, quando afirma que:

Já vimos que o Orçamento se encontra constitucionalmente subordinado à Lei do Plano, que contém as Grandes Opções do Plano anual. (...). Resta referir a eventualidade de o Orçamento se contrapor à Lei do Plano, às Grandes Opções do Plano anual, que a Constituição julga deverem prevalecer. Também aqui estamos perante uma inconstitucionalidade indirecta material.

³⁰⁰ Eventualmente, contudo, esta incompatibilidade pode ser percebida somente durante a execução orçamentária, nada impedindo, por exemplo, o remanejamento de verbas para garantir a efetiva realização do conjunto de políticas públicas previamente definidas, por exemplo, no Plano Plurianual. Se a fiscalização for eficiente, contudo, permite-se perceber a omissão ilícita antes da formulação das políticas públicas, através até do projeto de lei tendente a se transformar na peça orçamentária anual.

³⁰¹ SOUZA, Marcelo Rebelo de. 10 Questões sobre a Constituição, o Orçamento e o Plano. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1987, p. 127-128.

Acerca do assunto, acrescenta, ainda, Eduardo Appio³⁰² que: “A intervenção judicial será mais pronunciada nos casos em que o governo eleito se distanciar dos programas inicialmente propostos, na medida em que o Poder Judiciário gozará, nestes casos, de uma legitimidade material que decorre dos objetivos do próprio sistema representativo.”

Infelizmente, não se costuma, nem mesmo no âmbito do Ministério Público, que tem se notabilizado por manter um compromisso constante de defesa dos interesses difusos e coletivos, fazer o exame da Lei Orçamentária Anual em confronto com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, embora seja uma perspectiva aberta.

Talvez a razão para não se utilizar com frequência este parâmetro seja, além do natural desconhecimento desta nova vereda que se abre, o fato de, mesmo alocados recursos no orçamento anual, não haver como, de antemão, simplesmente por conta desta inclusão, obrigar, em todas as situações, que a despesa seja realizada e o programa efetivado, pois isso importaria em tolher a liberdade legítima do administrador de ter certa flexibilidade na execução orçamentária. Este aspecto é, inclusive, bem ressaltado por Inês Virgínia Prado Soares³⁰³, quando alega que:

A alocação de recursos, em determinado projeto, não garante o gasto efetivo, como já dito. Dessa forma, o administrador tem, em tese, liberdade para ponderar os interesses envolvidos e decidir concretamente a aplicação dos recursos financeiros. Ou ainda, pode o administrador manter-se inerte, sem se decidir acerca dos recursos alocados para uma determinada área, possibilitando a exaustão orçamentária ou a realocação de verbas, desde que autorizadas legalmente. Por isso, a esfera decisória de aplicação da dotação orçamentária deve ser fiscalizada pela sociedade e controlada pelo Judiciário, em que pesem as dificuldades e especificidades técnicas.

³⁰² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil...*, p. 159.

³⁰³ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Ação Civil Pública como instrumento de controle da execução orçamentária...*, p. 495.

O controle jurisdicional possível, no caso, é certamente realizado à luz dos valores e metas prioritárias previstos no próprio planejamento orçamentário, que deve ser cumprido. Isto demonstra que a liberdade do administrador para não realizar a despesa ou realocar os recursos não é absoluta, sofrendo os condicionantes da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da supremacia da Constituição.

A grande verdade, averbe-se, é que, em não estando os programas definidos no PPA e LDO refletidos na LOA, não há que se falar em cumprimento do planejamento orçamentário, o qual, vale dizer, não tem um sentido unicamente formal, mas também material, uma vez que é veículo para a efetividade de direitos econômicos, sociais e culturais, que se submetem a uma efetivação gradual e progressiva.

Deve, ademais, tal parâmetro objetivo ser utilizado e estimulado até também pelo efeito pedagógico em relação à Administração Pública, que restará com o sentimento de que o planejamento não é simples promessa constitucional.

Do ponto de vista prático, não há dificuldade para o referido controle, ligado à formulação de políticas acordes com o planejamento orçamentário. É, na verdade, expressa exigência da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), que, no art. 16, §1º, II, considera: “compatível com 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.” Não satisfeita, exige, ainda, declaração do ordenador da despesa de que qualquer aumento de despesa tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 16, II, da LRF).

Sobre o assunto, importante o comentário de Reinaldo Moreira Bruno³⁰⁴:

...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 assumia maior responsabilidade ainda, ao declarar formalmente, que verificou estar presente a compatibilidade desta com a lei orçamentária anual, plano plurianual e de diretrizes orçamentárias, respondendo por tal afirmação.

Pode, pois, o Judiciário também agir preventivamente, impedindo, quando provocado, a incompatibilidade entre as peças orçamentárias.

Eis, pois, um parâmetro bastante objetivo para o controle da formulação da política pública planejada.

5.3.2 Fiscalização da observância das verbas vinculadas

Outro aspecto de fácil verificação prática, que também bem se afina com o controle preventivo do orçamento, é fiscalizar o cumprimento das normas constitucionais que impõem vinculação de recursos públicos a determinadas áreas de interesse social, como ocorre com a saúde e a educação.

Lembre-se que os arts. 198, §§ 2º e 3º e o art. 212, da CF/88, impuseram a vinculação de receita ao atendimento, respectivamente, das despesas com serviços públicos de saúde e de educação. Além disso, o art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (através da Emenda Constitucional nº 29, de 13.9.2000) fixou provisoriamente o montante dos recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços de saúde.

³⁰⁴ BRUNO, Reinaldo Moreira. *Lei de responsabilidade fiscal & orçamento público municipal*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 137.

Uma perspectiva importante, portanto, é o controle destas verbas vinculadas a serviços públicos de saúde e educação. É preciso observar se foram destinados os recursos pertinentes às usualmente chamadas rubricas carimbadas, bem como se tais recursos estão de acordo com os ditames constitucionais.

Assim, 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 objetividade³⁰⁵.

É possível, ainda, pensar em acompanhar a observância de verbas vinculadas em relação a políticas diversas da saúde e educação. Isso pode acontecer na hipótese remota de a vinculação ocorrer por lei infraconstitucional, podendo acontecer, por exemplo, se o Plano Plurianual estabelecer, por prazo determinado ou durante sua vigência, prioridades percentuais para a alocação de recursos em áreas que venha a considerar prioritárias, ainda que diversas da saúde e da educação. Nesse caso, a Lei Orçamentária Anual não pode se furtar de obedecer³⁰⁶.

Se houver a previsão em lei infraconstitucional a operação é tão simples como no caso da saúde e da educação.

No mais, cumpre lembrar que no capítulo anterior foram comentados dois julgados comprometidos com o presente parâmetro de controle, ambos da Excelsa Corte.

³⁰⁵ Sobre esse tema, acrescenta Ana Paula de Barcellos que: “Essa primeira modalidade de parâmetro é, sem dúvida, a mais simples e objetiva e de emprego mais fácil. Do ponto de vista da sua utilização, bastam duas operações: (i) apurar o quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição em matéria de saúde e educação, considerando a arrecadação dos impostos referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições; e (ii) verificar se tais recursos estão efetivamente sendo investidos em políticas públicas vinculadas aos fins constitucionais referidos acima.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas...*, p. 18).

³⁰⁶ Nesse sentido: SOARES, Inês Virgínia Prado. *Ação Civil Pública como instrumento de controle da execução orçamentária...*, p. 500.

Um deles³⁰⁷ tratou justamente das verbas vinculadas em matéria de saúde, externando a tese de que Lei de Diretrizes Orçamentárias não pode fazer tábula rasa da obrigação de obedecer os percentuais mínimos reservados à saúde, sob pena de descumprimento de preceito fundamental.

O outro³⁰⁸ também tem ligação com este tema, pois reconhece a obrigação constitucional de vinculação dos recursos arrecadados pela União, sob a rubrica da CIDE-Petróleo, às finalidades especificadas no art. 177, §4º, II, da Carta Constitucional de 1988, não admitindo a utilização dos recursos para finalidade diversa, ainda que a realocação tenha sido prevista em Lei Orçamentária Anual.

Vê-se, portanto, que a fiscalização da observância das verbas vinculadas não é temática difícil, nem tampouco estranha à experiência forense. Deve, inclusive, ser valorizada, em homenagem à garantia do mínimo existencial.

5.3.3 Inclusão de verba no orçamento do ano seguinte

Outro parâmetro objetivo, também vertente de controle preventivo do orçamento, ocorre quando se demonstra a impossibilidade orçamentária de efetivação da *policy* no exercício presente. Neste caso, até para evitar a continuação do ilícito, resta a alternativa de buscar, no Judiciário, através de uma tutela inibitória coletiva, a obrigação de que seja destinada verba no orçamento do ano seguinte para a referida política.

³⁰⁷ ADPF nº 45 MC/DF - Decisão monocrática - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 4.5.2004 - Informativo nº 345-STF.

³⁰⁸ STF - PLENO - ADI 2925/DF - Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio - J. 19.12.2003 - DJ de 04.03.2005, p. 00010 - LEXSTF, vol. 27, nº 316, 2005, p. 52-96.

Possível, pois, determinação judicial para que seja formulada política pública no ano seguinte, a qual, inclusive, já vem associada à determinação acerca da alocação de recursos, conforme os prazos e circunstâncias assinados na ordem judicial. Verifica-se que também se está diante de um controle preventivo do orçamento, como normalmente ocorre quando o controle é direcionado para a formulação de política pública. Não é diferente quando se remete ao orçamento do ano seguinte.

Américo Bedê Freire Júnior³⁰⁹ posiciona-se no sentido de que: “A depender da urgência do caso concreto, nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente.” Os prazos de efetivação, pois, podem ser elásticos, até em homenagem à reserva do possível.

Em relação a este controle preventivo dos orçamentos, é mister levantar uma questão que ainda não foi discutida no direito pátrio. É preciso que a tutela jurisdicional dirigida contra o ente integrante do Poder Executivo, nestes casos, seja apta a gerar efeitos, de alguma maneira, sobre todo o Estado, sob pena de se deixar uma válvula de escape para a efetivação dos direitos prestacionais, como se pretende demonstrar.

Usualmente, ao menos é o que demonstra nossa história política, é comum o chefe do Poder Executivo ter grande influência no Poder Legislativo, possuindo apoio majoritário nas casas legiferantes. Se assim é, seria quase nada o provimento jurisdicional que determinasse, por exemplo, a inclusão de determinada verba na proposta orçamentária do ano seguinte, se, por acordos escusos ou não, o Poder Legislativo tivesse ampla liberdade para alterar a proposta orçamentária, tornando inócuo o provimento judicial.

³⁰⁹FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial das Políticas Públicas...*, p. 76.

Talvez uma saída possível seja uma compreensão mais elaborada do sentido que informou o art. 14, V e parágrafo único, todos do CPC^{310 311}. Admitiu-se, com esta norma, uma espécie de *contempt of court*, como meio de garantir a efetivação das ordens mandamentais, até em relação a quem não é parte. Perceba-se que existem implicações processuais para terceiros que causem embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de qualquer natureza. O sentido, ao que parece, é de comprometer a todos os que, de algum modo, influam no cumprimento de decisões judiciais.

Assim, será que não poderia abranger as pessoas e órgãos, como o Legislativo, que, no exemplo antes listado, influenciam no cumprimento da decisão? Cabe impedir que estes, sem justificativa plausível, tornem inócuo o provimento jurisdicional? Pensamos que sim. Esta questão, contudo, não pode ainda ser resolvida com segurança. Fica em aberto, para melhor exame de tantos quantos pretendam enfrentá-la.

5.3.4 **Formulação de programa definido por conselho de política pública**

Chega-se, pois, a uma hipótese peculiar, não muito comentada, de controle da definição da *policy*.

³¹⁰ Eis a transcrição do artigo citado:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
(...)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

³¹¹ Em comentário ao art. 14, V e parágrafo único, do CPC, já com sua nova redação, comentam Luiz Wambier e Teresa Wambier que: “Em decorrência dessa nova regra, todo aquele que por algum modo - relevante ou secundário, a lei não faz distinção - atue no processo poderá ser responsabilizado pela frustração integral ou parcial do resultado da prestação jurisdicional, na forma prevista no parágrafo único.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 30).

A referência acima diz com a possibilidade de exigir o respeito aos programas estatais definidos a partir da deliberação de conselhos de políticas públicas, que têm sido privilegiados no modelo atual de Estado de Direito, na medida em que, no dizer de Milton Coelho Neto³¹², “a sociedade pode e deve ser chamada a participar e assumir responsabilidade compartilhada pela gestão pública, através de diversos mecanismos de diálogo e interação Estado-sociedade.”

Um desses mecanismos, sem dúvida, são os conselhos de políticas públicas. Estes, as mais das vezes, são responsáveis pela definição de políticas públicas, ainda que, na prática, encontrem - como já visto - entraves burocráticos para sua afirmação como poder social e para o reconhecimento e adoção institucional das políticas por eles definidas³¹³.

Sem nenhuma dúvida, referido parâmetro objetivo decorre da envergadura atual da democracia participativa, permitindo-se uma maior interação social na definição, acompanhamento e avaliação dos programas estatais, por intermédio destes conselhos de políticas públicas, comuns em várias áreas, como da saúde, educação, infância e juventude, idosos, direitos humanos, dentre muitas outras.

Um exemplo deste controle, contudo, já foi examinado, a partir de julgado prolatado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça³¹⁴. Lá, por força de política definida em conselho de direitos, foi imposta a obrigação de implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, determinando-se a inclusão de verba no orçamento do ano seguinte.

³¹² COELHO NETO, Milton. A transparência e o controle social como paradigmas para gestão pública no Estado moderno. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. *Administração Pública: Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública: Práticas, Inovações e Polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 321.

³¹³ Um exame crítico do atual papel dos conselhos de políticas públicas pode ser encontrado em: GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Direito, Democracia e nova Institucionalidade: Uma análise da criação de Conselhos Municipais de Controle de Políticas Públicas. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 33-48.

³¹⁴ STJ - 2ª Turma - REsp 493.811 - Rel. Min. Eliana Calmon – maioria - J. 11.11.2003 - DJ 15.3.2004, p. 236.

Como demonstrou o precedente jurisprudencial citado, sempre que houver a clara definição da política pública por qualquer dos conselhos com atribuições de definição de políticas, pode o Judiciário, em caso de recalcitrância, determinar que esta política seja definida para o próximo ano ou até para o mesmo ano, o que se transmudaria num controle jurisdicional da execução de políticas públicas. Pode-se, portanto, como no julgado, privilegiar a decisão do conselho (democracia participativa), além de observar a reserva do possível, transportando a definição, na prática, para o orçamento do ano seguinte.

Sobre o assunto - e em reforço ao que vem sendo defendido -, tem-se a posição de Eduardo Appio³¹⁵, assaz comprometida com a valorização da novos ideais democráticos, como se percebe de sua literalidade:

Nos casos em que a lei municipal outorgue competência normativa e de fiscalização a referidos órgãos municipais, suas decisões vincularão a Administração Pública, porque se constituem em importantes instrumentos de descentralização administrativa. As deliberações do conselho vinculam o Poder Executivo de tal forma que resta obrigado a fazer inserir na lei orçamentária anual as verbas necessárias ao atendimento do programa proposto, com a indicação das fontes de receita. (...). Em todas as áreas em que o Município opta por atuar de forma descentralizada, as decisões dos conselhos municipais vinculam a Administração Pública, incumbindo aos legitimados do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública a propositura de ações visando seu cumprimento.

5.3.5 Exigência, diretamente da Constituição, de programas sociais sem previsão orçamentária (ausência ou insuficiência da política pública)

Já esta situação envolve a omissão total³¹⁶ (ausência absoluta da política) do Poder Público, o que significa uma inusitada atuação do Poder Judiciário quando inexistem políticas públicas ou, também, para complementar as existentes (omissão parcial).

³¹⁵ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil...*, p. 165-166.

³¹⁶ Américo Bedê Freire Júnior comenta que: “Ora, a omissão total não deixa de ser uma política negativa, que pode estar sendo praticada por uma minoria, a qual, maquiavelicamente, aprovou o texto constitucional consciente de que

É altamente séria esta hipótese, devendo ser admitida apenas em casos excepcionais, com todo cuidado para não invadir o espaço legítimo da Política.

É preciso que a omissão seja ilícita, pois, como já visto, não é qualquer omissão que enseja o controle de políticas públicas, até porque pode ser legítima a inércia, como, por exemplo, se justificada para privilegiar outras políticas prioritárias.

O controle nessa seara é realizado à luz dos valores e metas prioritárias e de problemas concretos. Mesmo excepcional, possibilita, mediante sério e rigoroso juízo de ponderação, que o Poder Judiciário determine a definição de políticas públicas que não tinham qualquer respaldo orçamentário. Isto decorre, logicamente, da urgência da política, bem como da relevância emprestada às opções políticas aceitas na ordem jurídica³¹⁷.

Segundo Fabiano André de Souza Mendonça³¹⁸:

Cabe ao Executivo materializar a vida do Estado em tudo aquilo que não seja meramente a atividade de outros poderes (Seabra Fagundes: aplicar a lei de ofício). É o responsável pela implementação dos serviços públicos, das prestações sociais, da imposição da ordem dos direitos fundamentais, dentre outras atividades não menos importantes.

Ou seja, é sua função criar condições materiais para a observância do ordenamento por parte do cidadão e para o funcionamento dos outros poderes. É por ele que o cidadão gozará de seus direitos face ao Estado e aos outros cidadãos (já que o Estado deve observar o respeito aos direitos do cidadão na economia, na política, na vida privada etc) e é em razão de suas atribuições que o Judiciário será chamado a atuar.

É preciso vislumbrar, pois, o descumprimento de obrigação pelo Poder Executivo, no sentido de que seja desenvolvida política pública específica. É indispensável a demonstração cabal

não haveria qualquer tipo de sanção pelo descumprimento da norma.” (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005, p. 66).

³¹⁷ Em posição contrária, Appio afirma que: “O Poder Judiciário não pode determinar a implantação de um programa social com base em um direito genericamente previsto na Constituição Federal, porque esta questão é de natureza política.” (APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil...*, p. 159).

³¹⁸ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Atos Judiciais de Administração Pública: subsídios acerca da extensão do controle judicial dos atos administrativos em caso de prestações sociais constitucionalmente originárias. In: *Estudos em direito público volume 1*. Natal: ESMARN, 2002, p. 54.

de que há omissão ilícita ou inconstitucional, sob pena de intromissão indébita no exercício da atividade política.

Assim, a atuação do Poder Judiciário nada mais representa do que aplicação prática dos elementos materiais do neoconstitucionalismo, já que procura fazer valer os valores e opções políticas, sopesando os interesses em conflito, a fim de identificar a necessidade de que sejam definidas políticas públicas sem que haja prévia previsão orçamentária, decorrendo, muitas vezes, diretamente da Constituição.

Por ser inusitada a possibilidade deste controle jurisdicional, não é fácil identificar exemplos práticos. Poderia se pensar no caso de o Poder Judiciário determinar, diante da omissão total ou parcial, que fossem definidas políticas ligadas ao ensino fundamental (ex.: construção de escolas) quando o planejamento orçamentário somente definia metas para o ensino médio. Se restar comprovada a necessidade desta política, poderia ser exigida diretamente da Constituição, diante das opções constitucionais em tema de educação, que sobrelevam a importância do ensino fundamental (art. 205 e ss.).

Um caso real, contudo, pode ser referido, por se tratar de exemplo paradigmático de exigência de programas estatais diretamente pelo Poder Judiciário, ainda que tal subsídio tenha sido encontrado na doutrina estrangeira.

Cass R. Sunstein³¹⁹ traz à baila decisão da Corte Suprema da África do Sul, em matéria de políticas públicas associadas à moradia, que precisa ser meditada, já que se apresenta como oportunidade ímpar em que o Poder Judiciário - em postura afinada com a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais -, sem deixar de respeitar as prerrogativas democráticas e não se

³¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS*, vol. I, tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11-28.

tornando administrador, promoveu avanços em relação ao direito à moradia, através da exigência direta de políticas públicas.

Vamos ao caso, reservando-nos, contudo, o direito de tratar apenas dos aspectos da decisão que importam aos nossos objetivos.

Leciona Sunstein³²⁰ que, em razão dos efeitos do *apartheid*, a África do Sul sofre com a extrema escassez de moradias em muitas áreas do país. Diante deste problema, 900 (novecentos) demandantes, dos quais 510 (quinhentos e dez) crianças, ajuizaram ação, encabeçada por Irene Grootboom, em razão de, em suma, estarem vivendo em condições subumanas em *Wallacedene*, já que invadiram propriedade privada e tiveram suas casas queimadas e derrubadas, além de seus bens destruídos, tendo somente encontrado abrigo em um campo de esportes de *Wallacedene*. Os demandantes, ademais, em sua maioria, haviam se inscrito em programas de habitação de baixo custo da prefeitura municipal, mas foram colocados na lista de espera, onde permaneceram por vários anos.

Diante das nuances do caso concreto, a Suprema Corte da África do Sul foi instada a se pronunciar sobre o alcance constitucional do direito à moradia³²¹, tendo sustentado, segundo Cass Sunstein³²², que: “...a constituição exigia a adoção não apenas de um plano de longo prazo para prover moradias para pessoas de baixa renda, mas também um sistema que assegurasse ajuda a curto prazo para as pessoas que não tivessem um lugar para viver.”

³²⁰ Op. cit., p. 17-18.

³²¹ Em verdade, cumpria a Suprema Corte da África do Sul aplicar, no caso concreto, dispositivo constitucional (art. 26) assim redigido:

- 1) Todos têm direito a ter acesso à moradia adequada.
- 2) O Estado deve adotar adequadas medidas legislativas e outras medidas razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva desse direito.
- 3) Ninguém pode ser despejado de sua casa, ou ter sua casa demolida, sem uma ordem judicial proferida depois de consideradas todas as circunstâncias relevantes. Nenhuma lei pode permitir despejos arbitrários.

³²² *Idem*, p. 19.

Sobre a decisão, comenta apropriadamente o mesmo Sunstein³²³:

No caso em discussão, a questão central era se o governo havia adotado medidas “razoáveis” para assegurar a progressiva realização do direito. A Corte concluiu que não havia, não obstante o extenso aparato estatal para facilitar o acesso à moradia. (...).

A corte reconheceu que seria aceitável a inexistência de tais dispositivos relativamente àqueles que estivessem em condições desesperadoras “se o programa nacional de habitação resultasse em casas adquiríveis pela maioria das pessoas num curto espaço de tempo.” Note-se que “a maioria das pessoas” não significa todas as pessoas; como consequência surge a clara implicação de que a privação de moradia para alguns não seria necessariamente desarrazoada ou discrepante com o plano constitucional. A esse respeito, o direito constitucional significava mais a criação de um *sistema* de um certo tipo do que a criação de proteções integralmente individuais. (...)

Na visão da Corte, a Constituição não criou um “direito a moradia imediatamente exigível”. Mas sim, criou o direito a um programa coerente e coordenado destinado a atender à determinação constitucional.

Vê-se, portanto, uma situação clara em que o Poder Judiciário impõe a definição de um programa estatal geral, sem qualquer respaldo orçamentário.

Importante, também, que a referida Corte Suprema, não obstante tenha imposto a obrigação de implementar políticas gerais para pessoas de baixa renda que precisam de habitação a curto prazo, não invadiu a esfera própria da Política, na medida em que não enveredou para questões atinentes ao tempo e ao modo de cumprimento da obrigação. Preservou, assim, as prerrogativas democráticas dos poderes majoritários e reservou-se quanto à pecha freqüente de exercício indevido de atividade administrativa.

Fica, portanto, a lição de que se, para sanar a omissão, existem várias opções políticas, como afirma Américo Bedê Freire Júnior, “...deve o juiz ter a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo”³²⁴, limitando-se, apenas, a impor a realização da *policy*.

³²³ *Ibidem*, p. 21-22.

³²⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial das Políticas Públicas...*, p. 69.

Com relação à África do Sul, outro caso³²⁵ pode ser citado, ainda que não tenha a mesma dimensão. Com base no mesmo art. 26 de sua constituição, a corte sul-africana legitimou programa do governo voltado a promover, mesmo ante a inexistência de lei infraconstitucional, a assistência às vítimas de enchentes ocorridas em todo o país. Deste modo, é lícito ao Executivo, diretamente da Constituição, implementar políticas públicas, o que, certamente, merece chancela do Poder Judiciário.

Conclusão óbvia é que o presente parâmetro de controle jurisdicional é o mais controvertido de todos, valendo, contudo, refletir sobre o tema. Novas veredas para o combate às omissões do Poder Público urgem ser identificadas, como se fez na primeira decisão antes comentada.

5.3.6. Controle da política pública formulada (definida)

Outra questão tormentosa é a voltada a saber se o Poder Judiciário, sem ultrapassar os limites constitucionais, pode questionar e invalidar uma *policy* definida no âmbito político. Esta questão é gravíssima, pois o julgador não pode se arvorar de senhor de todas as coisas e passar a definir - em todo momento - as políticas públicas. Lembre-se que a escolha das políticas públicas, em princípio, é atividade reservada à deliberação majoritária.

Trata-se, portanto, de uma espécie de controle dos meios escolhidos, dos caminhos já identificados, enfim da política já formulada.

Pode-se pensar em parâmetros principiológicos (ligados ao regime jurídico-administrativo) de controle no caso presente. Uma situação possível, que demandará certamente

³²⁵ A referência é ao caso *Minister of Public Works v. Kyalami Ridge Association*. Para maiores detalhes, conferir: MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS*, vol. I, tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 136-137.

importantes conhecimentos técnicos, é a verificação de que as políticas escolhidas (instrumentos) são comprovadamente insuficientes ou desarrazoadas, não sendo aptas à realização dos fins constitucionais, até porque o Poder Público vincula-se juridicamente às metas previamente fixadas na Constituição e nos planos orçamentários, de modo que os programas têm que contribuir para uma eficácia mínima, sob pena de se afrontar, de modo inequívoco, a Constituição³²⁶.

Eis, pois, uma situação de ato comissivo ilícito que, por ferir claramente princípios como o da eficiência, moralidade, razoabilidade, permite o controle jurisdicional, de natureza excepcional, com o fim de invalidar política definida.

Em relação à invalidação da política por ineficiência, Vladimir da Rocha França³²⁷ somente admite, ao que se colhe de suas lições sobre a discricionariedade administrativa, se houver, em conjunto, ferimento a outros princípios jurídicos, tais como moralidade e proporcionalidade.

5.4 O CONTROLE DA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Esta modalidade de controle judicial de políticas públicas afigura-se mais simples, já que depende, sobretudo, dos diversos atos administrativos e financeiros, não havendo tantos riscos de incursão indevida na seara da Política.

Vai ter incidência durante a execução da Lei Orçamentária Anual, muito embora, como se sabe, as políticas públicas de um modo geral se manifestam por intermédio das diferentes peças orçamentárias, que devem estar integradas.

³²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 21-22.

³²⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro...*, p. 170.

Para uma boa compreensão da execução orçamentária, eis algumas nuances apresentadas por Inês Virgínia Prado Soares³²⁸:

A vigência da execução orçamentária é anual, pois esse é o período temporal estabelecido para a vigência da lei orçamentária no Brasil, com período fixo de 1º de janeiro a 31 de dezembro. A execução orçamentária compõe-se de procedimentos de execução da despesa e da receita públicas, porém, a análise nesse trabalho será da execução da despesa, pela estreita relação que guarda com o controle orçamentário. É com a despesa que se realiza a efetivação do gasto dos recursos disponíveis autorizados na lei orçamentária anual.

A grande verdade é que a implementação das *policies* anteriormente definidas depende da execução do orçamento, que, por sua vez, exige prévia programação financeira³²⁹. Nessa fase, são efetivados a arrecadação da receita e o processamento da despesa³³⁰. Pelo que se deduz do art. 8º da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), o Poder Executivo deve estabelecer a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso até trinta dias após a publicação da Lei Orçamentária Anual (LOA). Ademais, deve apresentar demonstrativo e avaliação do cumprimento das metas fiscais a cada quatro meses (art. 9º, §4º, da LRF).

Em verdade, são estabelecidos mecanismos para permitir o controle da execução orçamentária³³¹, monitorando-se o orçamento. É preciso, a todo momento, identificar os desvios e fazer os ajustes necessários na peça orçamentária. Deve-se comparar o que se prometeu, foi planejado, e o que realmente foi ou pode vir a ser feito.

³²⁸ SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação Civil Pública como instrumento de controle da execução orçamentária..., p. 482.

³²⁹ A programação financeira tem por objetivo o equilíbrio entre as receitas arrecadadas e as despesas realizadas (fluxo de caixa) de forma a manter o equilíbrio das finanças públicas, permitindo, ainda, que os recursos ou insumos sejam utilizados com o máximo de eficiência, haja vista a necessidade de cumprimento das ações governamentais.

³³⁰ GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública...*, p. 62

³³¹ Segundo Regis Fernandes de Oliveira: “O controle da execução orçamentária compreende a verificação da legalidade dos atos que resultem tanto na arrecadação como na realização da despesa. Deve-se controlar não só a regularidade da entrada e saída de recursos, como também o comportamento dos agentes e o cumprimento dos objetivos delineados pela Administração Pública.” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Lei 4.320, de 17.03.1964 (Lei Geral de Orçamento). In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, RT, n. 59, novembro-dezembro de 2004, p. 152).

Cabe ao Poder Judiciário a missão de, concomitantemente à execução orçamentária, verificar a regularidade dos atos praticados, em especial no que toca às despesas efetuadas, desde que devidamente provocado. É a efetiva realização das despesas que permite acompanhar a execução orçamentária na perspectiva de um controle de políticas públicas.

Podem ser verificados inúmeros descompassos na realização das despesas públicas. Como lembra Jônatas Luiz Moreira de Paula³³², pode haver ilegalidade no emprego de uma verba afetada a um programa a outro diverso, ou mesmo desvio de poder, como acontece, muitas vezes, quando há contingenciamento de verbas³³³.

Também cumpre ao Judiciário examinar, se for o caso, as licitações, contratos, enfim os inúmeros atos administrativos que são praticados em meio à implementação das políticas públicas.

Segundo Comparato³³⁴, a via judicial mais apta ao controle da execução orçamentária “...é sempre a ação civil pública, quer se trate de não-inclusão ou inadequada previsão, nos orçamentos, das verbas correspondentes às políticas de atendimento dos direitos fundamentais, quer se esteja diante de um desvio de despesa, ou da não-liberação de verbas no curso do exercício financeiro.” (Grifos nossos).

Passemos aos casos (parâmetros objetivos) onde é admitido o controle.

³³² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O Estado Gerente e a ética na política social. Disponível em: <http://sinet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/social.pdf>. Acesso em 28.09.2006, p. 33.

³³³ Defende o mesmo autor antes citado (op. cit., p. 37) que o princípio da proporcionalidade permite condições para um exame substancial do contingenciamento de verbas públicas, devendo-se observar: a) a existência real ou previsível de desequilíbrio fiscal que autoriza o contingenciamento; b) a extensão do desequilíbrio; c) a definição de áreas que serão protegidas do contingenciamento, levando-se em conta, por ordem preferencial, a manutenção dos serviços essenciais e depois os programas de inclusão social e investimentos de infraestrutura; d) a definição de áreas que poderão sofrer cortes oriundos do contingenciamento, como a propaganda governamental, o aluguel de carros luxuosos disponibilizados para autoridades, os gastos excessivos em cartões de crédito etc; e) a distribuição proporcional do contingenciamento nas áreas de programas sociais e de infra-estrutura quando necessários.

³³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais... p. 258.

5.4.1 Desvio de despesa: remanejamento para área prioritária

O desvio de despesa ocorre quando são destinadas verbas para rubricas consideradas não prioritárias, quando comparadas com outras que são deixadas de lado, em flagrante desrespeito das normas jurídicas³³⁵.

Comumente, se observa expressiva alocação de recursos para a propaganda institucional. Brinca-se até que algumas vezes se gasta mais com a veiculação da propaganda do que propriamente com a obra ou serviço que se divulga.

Assim, embora não se negue a importância da propaganda governamental, não se pode deixar de considerar que, se for realmente excessiva, pode ensejar o deslocamento de parte da verba para a garantia de direitos prestacionais, que se apresentem como prioridade³³⁶.

5.4.2 Não liberação de verba prioritária durante o exercício financeiro

Outro aspecto diz respeito ao pouco caso dos governantes em relação ao cumprimento dos direitos sociais, econômicos e culturais. Algumas vezes, o gestor simplesmente, por conveniência, deixa de liberar verbas para áreas prioritárias, o que não deve ser admitido.

³³⁵ Eduardo Appio parece advogar posição contrária, embora o contexto trazido seja diferente, como se vê: “A determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redesignação de verbas para as obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções legislativa, executiva e judicial, convertendo-se num ‘superpoder’.” (APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil...*, p. 156). No texto não se defende qualquer subjetivismo desarrazoado do juiz, mas não se descarta um juízo de ponderação.

³³⁶ Américo Bedê Freire Júnior enfrenta esta temática: “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.” (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial das Políticas Públicas...*, p. 74)

Fábio Konder Comparato traz um exemplo elucidativo. Informa que, durante todo o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, se gastou, com saneamento básico, apenas um terço dos recursos previamente alocados³³⁷. Na presente circunstância, o que se defende é a possibilidade de exigir, no curso do exercício financeiro, a liberação das verbas pertinentes à concretização de direitos de alta relevância social.

No plano processual, a tutela de urgência assume particular relevância para este controle concomitante do orçamento. É que, findo o ano financeiro, não mais haverá como tutelar o orçamento.

As situações aqui elencadas, de modo geral, são daquelas que não se compadecem com a demora processual, exigindo provimento expedito, sob pena de não ser possível cumprir a promessa constitucional de garantir uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 5º, XXXV, da CF/88).

5.4.3 Fiscalização dos meios e recursos utilizados para o alcance dos fins prioritários

Uma vez definidas quais são as políticas públicas prioritárias e alocados os recursos para fazer face a elas, resta ainda a possibilidade de o Poder Judiciário ser instado a acompanhar se os resultados estão sendo alcançados, ou seja, se os meios e recursos predispostos estão sendo suficientes para que se atinja os fins colimados por imposição constitucional.

É o que se deduz da lição de Ana Paula de Barcellos³³⁸:

³³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais... p. 257-258.

³³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 20.

Uma vez definidas essas metas concretas, que devem ser prioritariamente perseguidas pelo Poder Público, aplicação do parâmetro de controle também não envolve, em si mesmo, maiores dificuldades lógicas. Trata-se de verificar se o resultado final da atividade do Estado em cada uma das áreas está efetivamente se produzindo. Se a resposta a essa indagação for negativa, os recursos disponíveis deverão ser obrigatoriamente aplicados em políticas públicas vinculadas a essa finalidade constitucional, de modo que outros gastos, não prioritários, devem esperar.

Isto acontece com muita freqüência nos casos de políticas decorrentes da celebração de convênios, por exemplo. Muitas vezes os recursos são repassados, mas o projeto inicial ou não é seguido fielmente ou, por qualquer motivo, não alcança os resultados pretendidos. Nesse caso, pode o Poder Judiciário, em ação civil pública, determinar medidas que levem ao alcance dos resultados definidos. Com isso, privilegia-se a efetividade da Constituição.

5.5 O CONTROLE DA TRANSPARÊNCIA DAS POLÍTICAS (DIREITO À INFORMAÇÃO ADEQUADA)

Uma outra modalidade de controle judicial que se pode distinguir é a garantia de acesso às informações referentes aos programas estatais e à execução orçamentária. Somente vai ser possível os outros dois controles de forma eficiente se for permitido amplo acesso ao conhecimento das *policies*.

Tem previsão no art. 165, §3º, CF/88 e arts. 48 e 49 da LC nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e é uma evolução do postulado da publicidade.

O controle da transparência das políticas, inclusive, permite melhores resultados tanto para o controle jurisdicional, como também para o controle político e social das *policies*.

A grande verdade é que os orçamentos devem ser claros, de modo a organizar as entradas e despesas com transparência e fidelidade³³⁹.

Uma vez construídos os parâmetros para as fases anteriores, sua aplicação efetiva depende de que se disponha de precisa informação acerca: a) dos recursos públicos disponíveis; b) da previsão orçamentária; e c) da execução orçamentária. Se fossem reais os esforços para dar transparência à gestão da coisa pública no nosso país, este tema seria de importância menor. Infelizmente, assim não é.

O grande problema é que, no Brasil, são muito nebulosas as informações sobre orçamentos, de modo que muitas vezes não há observância do princípio da transparência que deve nortear a Administração Pública³⁴⁰.

Segundo Ana Barcellos³⁴¹, no que toca às despesas, há orçamentos que apontam apenas uma verba geral para estas, veiculam listagem genérica de temas ou têm informação de despesas associadas a rubricas genéricas, não permitindo identificar as políticas públicas a serem implementadas ou os gastos efetuados.

Eis, pois, o lembrete sobre outra perspectiva de controle.

5.6 À GUIA DE REMATE PARCIAL: UMA NOVA PERSPECTIVA DE LIMITAÇÃO DO PODER

³³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111.

³⁴⁰ Consultar trabalho que demonstra algumas dificuldades em relação à informação orçamentária: VALENTE, Ana Paula de Moraes Amorim. *Transparência e opacidade: o SIAFI no acesso à informação orçamentária*. São Paulo: FUMEC, 2004. Neste trabalho, a autora traz interessante abordagem sobre a divulgada CPMI do Orçamento, instaurada em outubro de 1993 no Congresso Nacional para apurar denúncias de corrupção nos processos de elaboração e execução orçamentária. À fl. 180, informa que: “Ficou constatado, através dos trabalhos, que a publicidade dos procedimentos relativos ao processo orçamentário era indispensável para garantir a sua lisura, pois aumentava a possibilidade de fiscalização e controle e reduzia a possibilidade de irregularidades e atos ilícitos.”

³⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas..., p. 23-24.

Este breve apanhado deixa muito clara a idéia que vem se reiterando de que o controle de políticas públicas passa necessariamente pelo controle das diversas peças orçamentárias, mantendo-se o cuidado de, sem desprezar os valores constitucionais, não podar a liberdade política legítima.

O controle de políticas públicas, tal qual engendrado neste trabalho, além de ser uma exigência do Estado Constitucional, pode se constituir em um passo à frente na história dos direitos fundamentais, que se confunde com a da limitação do poder estatal.

A esse respeito, imperioso lembrar um dos raciocínios de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, ao mesmo tempo simples e elucidativo, pronunciado em aula do mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Dizia este lente que o leigo costuma associar o exercício puro do poder à pessoa que detém seis prerrogativas. São elas: prender, soltar, contratar, despedir, pagar e reter recursos.

A história dos direitos fundamentais impôs, ao longo do tempo, grandes limitações às cinco primeiras manifestações de exercício do poder. Não se esqueça das regras existentes para a prisão e liberdade provisória (ver, por exemplo, art. 5º, LXI, da CF/88). Há, ainda, fortes limitações para contratar (ex: concurso público e licitações) e despedir (ex.: procedimento administrativo) na esfera pública. Não é livre também a prerrogativa de pagar, como se percebe pelo sistema de precatórios requisitórios de pagamento, admitido como regra.

A única liberdade do administrador que restava exercida sem quaisquer limites era, indubitavelmente, a de reter verbas, através do manejo do orçamento. Por este instrumento, era possível, ao bel prazer do gestor, transferir ou reter recursos, sem que esta atividade fosse objeto de um controle mais apurado.

O controle jurisdicional de políticas públicas, através dos orçamentos, talvez permita ocupar este vácuo, criando um compromisso maior do gestor público também em relação à destina-

ção das verbas públicas. Além disso, propicia um amplo caminhar na direção da efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Espera-se, portanto, que o Poder Judiciário, de modo firme e comprometido com a ordem social, assuma o papel que lhe vem reservando o atual estágio do Estado Democrático de Direito, esculpido sob o figurino do novo modelo constitucional.

Como se viu algumas vezes, uma das nuances mais destacadas do neoconstitucionalismo é o reforço à garantia jurisdicional. O papel judicial, ademais, será melhor exercido se forem identificados instrumentos idôneos para sua atuação.

Um dos caminhos é a tutela coletiva.

5.7 O PAPEL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Chega-se, pois, a mais um dos pontos nevrálgicos do presente trabalho: a identificação da modalidade de tutela coletiva mais adequada a veicular as pretensões condizentes com um controle de políticas públicas, à luz da vinculação orçamentária.

Diz-se tutela coletiva, pois, se o foco forem as políticas públicas e não os direitos reflexos, não existirão direitos de dimensão individual envolvidos diretamente. Já se explanou que as *políticas* são tuteladas coletivamente.

Algumas vezes, pode-se, através de processo objetivo, no caso de ações ligadas ao controle concentrado de constitucionalidade³⁴², questionar normas orçamentárias e controlar normas relativas a programas estatais, como ocorreu em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, já

³⁴² Informa Teori Albino Zavascki que: "...é adequado classificar e incluir as ações de controle concentrado de constitucionalidade entre os instrumentos de tutela coletiva de direitos." (ZAVASCKI, Teori. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, p. 60).

examinada³⁴³. Mais freqüente, porém, na prática, deve ser o manejo da ação civil pública, de molde a abarcar o controle jurisdicional de políticas públicas, assim como dos direitos reflexos a estas.

O papel proeminente da ação civil pública na fiscalização judicial das *policies*, nos dias atuais, parece uma realidade incontestável, já que as políticas públicas são instrumentos de efetividade de muitos direitos difusos e coletivos. Sobre o tema, válida a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Ora, se o Estado contemporâneo deve atingir as metas impostas para a realização das necessidades sociais, e se o cidadão pode participar das decisões, apontando os desvios da gestão da coisa pública, não se compreende como se possa afirmar que a ação coletiva, ao exigir a observância de um dever para o atingimento de um fim que não pode ser desconsiderado pelo Estado-Administração, possa significar uma interferência inconcebível do Judiciário na esfera do Poder Executivo³⁴⁴.

É, assim, a ação civil pública a sede onde devem ser travados os debates mais acesos a esse respeito. Lá devem ser tocadas as discussões acerca das questões orçamentárias, com todo o cuidado já expresso para não ingressar na esfera da Política. A Constituição, sempre e sempre, deve ser a baliza do intérprete.

Tal pensamento, embora retilíneo, não é unânime. Em verdade, nem todos compreendem esta alta dimensão da ação civil pública. Há os que insistem em argumentos liberais, presos a uma compreensão estreita da separação dos poderes³⁴⁵, sem perceber que a dimensão política do Poder Judiciário é uma realidade sem volta.

³⁴³ ADPF nº 45 MC/DF - Decisão monocrática - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 4.5.2004 - Informativo nº 345-STF.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 108.

³⁴⁵ Esta a postura de alguns que não concordam com uma atuação mais incisiva do Ministério Público e do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, à luz da governabilidade. É o caso de FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública e Separação dos Poderes do Estado*. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347 - 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 668-706.

Muito comentada é a posição de José dos Santos Carvalho Filho³⁴⁶, que parece partidário da corrente restritiva, pois leciona: “Em contraposição, não se pode considerar possível juridicamente o objeto da ação se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento, de forma genérica, abstrata, inespecífica e indeterminada, de obrigação de fazer ou não fazer.”

Felizmente, contudo, a doutrina e a jurisprudência se orientam francamente em favor do manejo da ação civil pública como instrumento processual de implementação de políticas públicas. Para entender o que está subjacente à evolução jurisprudencial, tome-se em conta a bem colocada análise da questão, nos seguintes termos:

O Judiciário, que de início recebeu com certa reserva a novidade, hoje parece perceber que a ação civil pública vem lhe permitindo verdadeira afirmação como Poder da República. A ação, de fato enseja-lhe dizer o Direito em relação a algumas das mais sensíveis questões nacionais. O alargamento contínuo das fronteiras da ação civil pública alcança hoje o fenômeno chamado de “jurisdicionalização de políticas públicas” e talvez contribua para a ruptura de uma estrutura de repartição de poderes que se traduz em hegemonia real do Poder Executivo. Também o Poder Legislativo tende a ter seu papel mais destacado. Rompida a tradição de edição de leis sem instrumentos de implementação (já no Império chamadas de leis “para inglês ver”), também a responsabilidade e grandeza desse Poder serão mais evidentes e enaltecidas³⁴⁷.

Os Tribunais Superiores, ademais, cada dia dão mais exemplos do largo alcance do objeto da ação civil pública. Em recente decisão, por exemplo, divulgada no Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 419, uma das turmas da Excelsa Corte entendeu possível o ajuizamento de ação civil pública com o fito de obrigar município a incluir em sua lei orçamentária o percentual correspondente à diferença entre os valores aplicados em exercícios pretéritos e os 25% (vinte e cinco por cento) mínimos exigidos pelo art. 212 da CF/88 para a manutenção e desenvolvimento do ensino, esclarecendo, inclusive, que o fato de a violação poder implicar a intervenção estadual

³⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 81.

³⁴⁷ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público*. In: MILARÉ, Édís. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 85.

no município, não torna o pedido juridicamente impossível, até porque a intervenção é ato político que deve ser evitado³⁴⁸.

Na doutrina, muitos autores comprometem-se com a utilização da ação civil pública como meio idôneo à intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas. Nessa linha, pode-se citar: Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴⁹, Luiza Frischeisen³⁵⁰, João Batista de Almeida³⁵¹, dentre vários outros.

Na verdade, tem sido notada uma considerável ampliação do objeto das ações civis públicas, de modo a abranger, em grande medida, o acompanhamento e fiscalização de políticas públicas, sempre com a ótica nos excessos, abusos ou nas fugas de rota em relação ao escopo constitucional ou ao planejamento orçamentário.

Hamilton Alonso Jr. bem resume esta ampliação:

Nota-se, pela análise do tópico anterior, uma ampliação do objeto da ação civil pública, com a delimitação da discricionariedade e, o que é mais significativo, com uma tendência expansiva da função política dos Tribunais, porém com claros limites, pois como adverte Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, ‘não se trata de um Juiz Legislador ou da substituição do Executivo pelo Judiciário, mas sim de um Juiz intérprete da Constituição Federal, que deve estar em sintonia com as demandas dos diversos setores da sociedade em que vive e trabalha’.

Interpretação - citada por Frischeisen - que tende a influir sobremaneira na formação da vontade estatal, inclusive na formulação de suas políticas públicas. Isto porque além de fiscalizar as despesas realizadas, o correto empenho da verba em setores vitais da vida democrática, enfim, a regular utilização dos bens comuns, a ação civil pública passa a viabilizar a *participação social* na formação e execução da vontade do Estado³⁵².

³⁴⁸ STF - 2ª Turma - RE 190938/MG - Rel. Min. Carlos Velloso - J. de 14.03.2006 - Informativo nº 419.

³⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347 - 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 707-751.

³⁵⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 125-126.

³⁵¹ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001, p. 73.

³⁵² ALONSO JR. Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*. In: MILARÉ, Edis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 214-215.

Eis, pois, a conclusão de que também o controle orçamentário, ora considerado caminho indispensável para os avanços graduais dos programas estatais, é alcançado pelo largo espectro da ação civil pública. Mais importante, contudo, do que assinalar essa via processual é compreender o tipo específico de tutela jurisdicional que mais se afina com as necessidades materiais do controle jurisdicional de políticas públicas.

5.8 A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: INIBITÓRIA E A DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

A modalidade de tutela coletiva que mais se amolda aos fins do controle jurisdicional de políticas públicas é a que encampa uma tutela de natureza inibitória, pois, num confronto prevenção/reparação, diante da natureza dos direitos envolvidos (sociais, difusos e coletivos), é mais interessante um atuar preventivo do Estado-juiz do que propriamente o ressarcimento dos eventuais danos.

Dizendo melhor: na realidade, como se terá oportunidade de demonstrar, a tutela jurisdicional mais adequada é a dirigida contra o ilícito, de modo a garantir a integridade do direito por obrigações de fazer/não-fazer (não de pagar), pois, o controle excepcional de políticas públicas pressupõe uma ação ou omissão ilícita.

Em verdade, para iniciar o raciocínio, é bom averbar que os direitos que demandam políticas públicas incluem-se na dimensão dos novos direitos, característicos das sociedades de massas, que não têm, em princípio, uma dimensão patrimonial. Estes devem privilegiar a olhos vistos forma de proteção que garanta a integridade do direito, mediante um fazer ou um não fazer, notadamente de colorido preventivo.

A respeito da idoneidade da tutela inibitória para a promoção de novos direitos, eis a lição de Cristina Rapisarda³⁵³, traduzida livremente:

Ora, a respeito dos direitos indicados, assume particular relevo a possibilidade de recorrer a uma tutela preventiva do tipo inibitório. A utilidade do recurso a esta forma de tutela deriva, sobretudo, da inidoneidade da tradicional tutela ressarcitória para garantir a efetiva atuação dos novos direitos. Como a mais recente doutrina evidencia amplamente, tal inidoneidade concerne ao caráter não patrimonial ou comumente não passível de redução em pecúnia dos bens que constituem objeto dos novos direitos.

Há que se privilegiar, pois, as tutelas cujo foco seja o ilícito (omissivo ou comisivo). No atual desenvolvimento da doutrina pátria destacam-se duas: a inibitória e a de remoção do ilícito³⁵⁴.

A tutela inibitória talvez seja até a mais adequada. Por sua natureza preventiva, tem lugar quando há uma ameaça de ilícito, independentemente de dano, pelo que se dirige para o futuro, no sentido de garantir a integridade do direito, mediante técnicas aptas a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito³⁵⁵.

Segundo Spadoni³⁵⁶, a tutela inibitória:

Pode ser definida como aquela que tem por objetivo alcançar provimento jurisdicional apto a impedir a prática futura de um ato ilícito, sua continuação ou repetição. Ele procura obstar, de forma definitiva, a violação instantânea ou continuada de um direito, já iniciada ou apenas ameaçada, possibilitando que ele seja usufruído *in natura* pelo seu titular, tal como permite o ordenamento jurídico.

³⁵³ RAPISARDA, Cristina. *Profili della Tutela Civile Inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 80. Original: “Orbene, rispetto ai diritto indicati, assume particolare rilievo la possibilità di far ricorso ad una tutela preventiva di tipo inibitorio. L’utilità del ricorso a tale forma di tutela deriva, soprattutto, dall’inidoneità della tradizionale tutela risarcitoria a garantire l’effettiva attuazione dei nuovi diritti. Come la più recente dottrina ha posto ampiamente in luce, tale inidoneità consegue al carattere non patrimoniale o comunque non monetizzabile dei beni che costituiscono oggetto dei nuovi diritti.”

³⁵⁴ Dentre vários trabalhos do autor sobre o tema, é suficiente conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 3 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 38.

³⁵⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002, p. 66.

Dentre os parâmetros objetivos antes listados, que servem ao controle de políticas públicas, alguns podem ser deduzidos em ação civil pública em que se faça pedido de tutela inibitória. É o que ocorre nos casos em que: a) o projeto de lei orçamentária anual não contempla verba vinculada (visa impedir a prática do ilícito); b) se impede que seja repetido ato administrativo em descompasso com o plano plurianual (voltada à repetição do ilícito); c) se pede inclusão de verba no orçamento do ano seguinte para evitar que continue uma situação ilícita (proteção contra a continuação do ilícito).

Papel também relevante assume a tutela de remoção do ilícito, que tem lugar diante de um ilícito que já aconteceu, mas tem efeitos continuados. Não se confunde com a tutela inibitória, apesar de também se direcionar ao ilícito.

Explique-se melhor: a tutela de remoção do ilícito se aproxima da inibitória já que esta também age sobre o ilícito continuado. A diferença é que na inibitória há uma atividade ilícita continuada (inexiste ilícito passado a ser removido), ao passo que na tutela de remoção age-se diante de um ilícito pretérito, mas que tem eficácia continuada. Daí se dizer que a tutela inibitória é genuinamente preventiva, já que evita o ilícito continuado e, por conseguinte, os danos daí decorrentes. Já a tutela de remoção é repressiva em relação ao ilícito passado, prevenindo apenas os danos futuros.

Para aclarar esta tênue distinção, bom conferir os ensinamentos de Luciane Gonçalves Tessler³⁵⁷:

A tutela de remoção do ilícito configura modalidade de tutela aplicável a uma situação de ilicitude já configurada, mas da qual ainda é possível decorrer dano. É exatamente aí

³⁵⁷ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004, p. 243.

que reside sua importância. *Uma vez que o ilícito já se aperfeiçoou e não há mais violações a normas a serem inibidas, cabe ao magistrado prestar a tutela de remoção, sempre que ao remover o ilícito seja possível prevenir o dano.*

Portanto, embora a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito sejam preventivas do dano, as suas funções são distintas quando se pensa apenas no ilícito: em relação a esse último, a inibitória é preventiva, e a remoção do ilícito, repressiva.

São tutelas aparentemente simples, pois a cognição é parcial. Isto significa que se tem que provar menos do que na maioria das ações, já que não há que se examinar se houve dano (é tutela do ilícito) ou se alguém agiu com dolo ou culpa (não se está imputando a alguém a obrigação de reparar danos). A prova é só em relação ao ilícito. Exigem tutela antecipada. Encampam provimento mandamental ou executivo.

Volvendo ao exame do controle jurisdicional de políticas públicas, tem-se que a tutela de remoção do ilícito pode ter lugar, por exemplo, se foi definida uma política concreta, de efeitos continuados, como sói acontecer, e esta é comprovadamente ineficiente aos fins propostos ou, de modo mais largo, incompatível com a Constituição, ou mesmo se foi definido um programa estatal de efeitos continuados, incompatível com outro definido por Conselho de Políticas Públicas.

Por serem tutelas do ilícito³⁵⁸, a tutela inibitória e a de remoção são úteis para os fins do controle jurisdicional de políticas públicas, devendo-se, para concluir o estudo, avançar em algumas discussões processuais candentes, que podem ser aplicadas a ambas as modalidades de tutela jurisdicional.

5.9 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS

³⁵⁸ Na doutrina estrangeira, vale ressaltar, por oportuno, que é comum associar a tutela inibitória à prevenção de danos e não à prevenção de ilícitos, como acontece no Brasil. Um exemplo é o conceito de autor chileno Aldo Valdés: “Tutela inibitoria o preventiva es el nombre que la doctrina comparada ha dado, para tratar en forma general como eje fundamental del derecho de daños, a los mecanismos jurídicos que tienen por objeto la prevención del dano; es decir, ‘aquellos mecanismos o instituciones jurídicas cuya finalidad es la de influir en la prevención y aquellas que aunque persiguen otras finalidades, pueden ejercer cierta influencia en ella, remarcando la importancia de aquellas que tienden a evitar un daño en concreto o paralizar sus efectos’” (VALDÉS, Aldo Molinari. *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*. Santiago: Editorial LEXISNEXIS, 2004, p. 57).

Cumpra-se examinar algumas questões processuais relativas às duas modalidades de tutela do ilícito, a fim de precisar algumas características que podem ser importantes para a identificação das feições da tutela jurisdicional. Serão tratados, de modo conciso, apenas aspectos particulares relativos: ao pedido, à legitimidade, à intervenção de terceiros, ao procedimento, à prova e à sentença.

5.9.1 A interpretação extensiva do pedido e os limites da Política³⁵⁹

Sempre se verberou a importância do pleito autoral e suas especificações como requisito nuclear da petição inicial (art. 282, IV, do CPC). Em razão disso, percebe-se, no plano do processo tradicional individual, sistemática rigorosa em relação ao pedido. Salta aos olhos o norte no sentido de que deve ser interpretado restritivamente (art. 293, CPC).

Deverá, ainda, regra geral, apresentar-se munido das características de certeza e determinação (art. 286 do CPC), além de ser uma conclusão lógica dos fatos apresentados (art. 295, parágrafo único, II, do CPC). Submete-se, ademais, ao princípio da adstrição entre sentença e pedido (arts. 128 e 460, todos do CPC), o que impede que sobrevenham decisões *ultra*, *extra* ou *citra petita*.

Nas ações coletivas, contudo, o *petitum* deve ser examinado com mais flexibilidade, diante da maior amplitude de poderes outorgados ao magistrado. É indiscutível, diante da relevância dos bens tutelados, o compromisso com a efetividade do processo no âmbito da proteção coletivo de direitos.

³⁵⁹ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte* n° 6, ano 5. Natal: M-PRN, jan./jun. de 2005.

Um exemplo eloqüente do asseverado é o disposto no art. 84 do CDC, que autoriza ao juiz, de ofício, determinar multa diária ou qualquer medida executiva necessária para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, se valendo de verdadeiras cláusulas gerais processuais (art. 84, §5º, do CDC). Neste diapasão, o pedido pode receber contornos menos rígidos³⁶⁰.

Reforça ainda mais esta tese - e aí um ponto nodal para o nosso estudo - o recém aprovado Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América^{361 362}, que toma posição expressa sobre a necessidade de flexibilização do pedido nas ações coletivas, ao asseverar, em seu art. 10, que: “Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.” Percebe esta nuance Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, quando comenta, ainda à luz do anteprojeto do citado Código-tipo, que:

No âmbito da fixação do pedido e da causa de pedir, os autores do Anteprojeto procuraram flexibilizar as normas pertinentes às ações coletivas. Ao contrário da interpretação restritiva determinada como regra geral no art. 293 do CPC brasileiro, a proposta do Código-tipo para as demandas coletivas prevê que o pedido e a causa de pedir devam ser interpretados extensivamente. Sem estabelecer limite temporal, o projeto estabeleceu que, ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. Facultou, ainda, a alteração do objeto a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.”³⁶³

³⁶⁰ Assevera Marinoni que: “Ademais, está expressa, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não-fazer pedido, ou melhor, *impor outro* fazer ou não-fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da ‘*obrigação originária*’. Assim, por exemplo, se é requerida a cessação da poluição, e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estancada (um filtro, por exemplo), *outro fazer* pode ser imposto.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 136).

³⁶¹ O exame do texto e da exposição de motivos pode ser colhido em: Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América - Exposição de Motivos. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 133-148, março 2005.

³⁶² Este Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América é produto de um trabalho idealizado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Seu anteprojeto foi elaborado por uma comissão formada pelos processualistas brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antônio Gidi. Ao depois, foi aperfeiçoado por juristas de escol, elaborando-se, no ano de 2004, como resultado final, o citado Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que, embora sem força cogente, pode servir de motor para importantes alterações na seara do processo coletivo pátrio, já que um dos motivos de sua existência é permitir o aperfeiçoamento das legislações.

³⁶³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a Legislação Brasileira. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 117, p. 109-128, set./out. 2004.

O pedido nas ações que envolvem a implementação de políticas públicas, como nas ações em geral de natureza coletiva, sempre comporta interpretação extensiva, e - nesta seara mais do que em qualquer outra - o juiz deverá ter apego fiel à efetividade da prestação jurisdicional, escolhendo, após escorreito juízo de proporcionalidade, a medida jurisdicional mais adequada à situação concreta.

O controle de políticas públicas, por um lado, pode importar a necessidade de tomada de decisões específicas (ex.: determinação de tutela inibitória para que se inclua no projeto de lei orçamentária as verbas vinculadas à saúde ou educação). Neste caso, o pedido não importa grande dificuldade, até porque a providência concreta se realiza no plano jurídico.

Situação bem diversa é quando se faz necessária a adoção de providências um tanto mais abstratas, com fortes implicações no campo administrativo. Imagine-se a situação em que determinada norma impõe a realização de um programa estatal e se verifica a omissão do Poder Público. A parte no processo coletivo, ao formular seu pedido, poderá indicar as condições de tempo e modo de realização do programa ou, assim fazendo, estará ingressando indevidamente na esfera própria da Política?

Há quem defenda que, nesses casos, poderá ser exigido um comportamento certo e determinado. Marinoni³⁶⁴ chega a afirmar que, como a omissão não é admissível, deve-se conferir ao legitimado, ainda que diante de competência discricionária, a prerrogativa de requerer um dado comportamento, que evidentemente pode ser contestado pela Administração, que terá oportunidade de defender uma outra medida ou demonstrar a falta de razoabilidade da postulada.

Parece mais correta a lição de Luís Roberto Gomes³⁶⁵:

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000, p. 118.

³⁶⁵ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 166.

Embora possível o controle da omissão em determinados casos, obrigando-se a Administração à implementação de política pública, à prestação de serviço essencial, à construção de obra pública etc., há que se atentar para o modo e o tempo em que se determinará o cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de absoluta ineficácia da execução posterior do comando emergente da sentença. Com efeito, o modo de execução da obrigação imposta deve ser sujeito à apreciação de conveniência e oportunidade pelo administrador, salvo aquelas raras hipóteses em que só existe uma alternativa viável capaz de atingir o esperado.

Evidente que os autores de eventual ação coletiva que envolva controle de políticas públicas devem ter cuidado com o pedido, evitando sugerir providências que representem intromissão indébita na seara política.

Não se esqueça, contudo, que, na conformidade do que já se afirmou antes, a tendência atual é de restrição dos limites da discricionariedade administrativa, pelo que há que se ter cuidado para perscrutar se uma conduta certa e determinada é uma imposição da juridicidade, não se falando em discricionariedade, ou se é necessário respeitar o legítimo espaço da atividade administrativa, não se devendo, por conseguinte, avançar em circunstâncias de tempo e modo relativamente à política pública.

Correta, em conseqüência, a nosso pensar, a postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça³⁶⁶ no julgado citado no capítulo anterior. Aquele pretório não adentrou nas decisões técnicas acerca da conveniência e oportunidade, quando determinou ao Município de Santos a execução genérica de políticas específicas para o tratamento de alcoólatras e toxicômanos, impondo apenas a necessidade de serem incluídos recursos no orçamento do ano seguinte, para a implementação do programa, na forma definida administrativamente.

5.9.2 O controle incidental de constitucionalidade

³⁶⁶ STJ-2ª Turma - REsp 493.811 - Rel. Min. Eliana Calmon - maioria - DJ 15.3.2004, p. 236.

Ainda com relação ao pedido (e a causa de pedir), outro ponto indispensável para o sucesso das tutelas que veiculem controle jurisdicional de políticas públicas é a possibilidade do controle incidental da constitucionalidade.

Em grande medida, a atuação do Poder Judiciário, em tema ligado às *policies*, passa por um confronto entre a atividade, principalmente administrativa, e os ditames constitucionais, tendo em vista que, a partir da Constituição, as políticas públicas se situam numa zona de interseção entre o Direito e a Política.

Em sendo assim, a vedação do controle de constitucionalidade, mesmo o incidental, retira em muito a potencialidade da ação civil pública como veículo para a efetividade do combate a ações e omissões ilícitas.

O problema é que, neste tocante, existe quizila doutrinária. Uns autores entendem, diante do efeito *erga omnes* da sentença nas ações coletivas, que não poderia haver o controle de constitucionalidade, mesmo que incidental, pois implicaria em invasão de competência do Supremo Tribunal Federal³⁶⁷.

Esta posição, contudo, para o bem do presente estudo, não vem recebendo guarida no seio da Corte Maior, que vem se firmando em direção oposta.

Desde dois importantes arestos julgados na mesma data³⁶⁸, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que o controle incidental na ação civil pública não importa em usurpação da competência do STF, pois: a) o objeto de tutela na ação civil pública não é o mesmo da ação dire-

³⁶⁷ Dentre os autores que professam esse entendimento, destaca-se o Ministro Gilmar Mendes, que já teve oportunidade de se pronunciar no sentido de que: "...tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais." (MENDES, Gilmar. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 202).

³⁶⁸ STF - Pleno - Recl. 600-0/SP - Rel. Min. Néri da Silveira - J. 03.09.97 - DJ de 05.12.03; e, STF - Pleno - Recl. 602-0/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - J. 03.09.97 - DJ de 14.02.03.

ta, na qual jamais poderia ser alcançado; e, b) as decisões ficam, de qualquer modo, sujeitas ao controle final pelo STF^{369 370}.

Resta consignada, portanto, a possibilidade de controle incidental de constitucionalidade em ação civil pública, o que é um alento para o controle de políticas públicas por esta via judicial.

Outro raciocínio, certamente, comprometeria grande parte da potencialidade da ação civil pública, que, tanto no que toca a controle de políticas públicas ou de outras matérias, muitas vezes se vê envolvida com questão constitucional incidental.

5.9.3 A representatividade adequada e a figura do *amicus curiae*

Outra questão a ser discutida é acerca da verificação pelo juiz da representatividade adequada do autor da ação, como acontece no direito norte-americano e está previsto no art. 2º, §1º, do citado Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos termos seguintes: “O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo ...”

Lembre-se, contudo, que o citado código-tipo atribui legitimidade para ajuizar ação coletiva para a pessoa física que tenha adequada representatividade (art. 3º, I, conjugado com art. 2º, I). No direito brasileiro atual, a sistemática da legitimidade é diversa, já que, como ensina Luís Roberto Barroso, “...evitou-se conferir ao juiz da causa competência para exercer o controle sobre a representatividade adequada.” Isto porque são definidas previamente determinadas entidades e instituições que já teriam a presunção de serem representantes adequados dos interesses tutelados. Por esta corrente, francamente majoritária, o juiz nada teria a avaliar em relação à legitimidade.

³⁶⁹ Neste sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos...*, p. 252, nota de rodapé 9.

³⁷⁰ Marcus Orione Gonçalves Correia chega a acrescentar que: “...mesmo existente ADIN ou ADC sobre a matéria, tida como inconstitucional na fundamentação da ação civil pública, ainda o juiz poderia se manifestar em fundamentação sobre a questão.” (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 125).

Há autores, contudo, que advogam tese diversa, como é o caso de Fredie Didier Jr.³⁷¹, que defende que o juiz também deverá examinar a legitimidade, confrontando-a com o requisito da pertinência temática. Comenta este autor que:

A análise da legitimação coletiva (e, portanto, do *representante adequado*) dar-se-ia em duas fases - sendo que a primeira é preliminar à segunda: a) *legislativa (ope legis)*: verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo; b) *judicial (ope iudicis)*, em que o controle se opera *in concreto*, à luz da relação que existe entre aquele que está legalmente legitimado e aquela determinada situação jurídica de direito substancial por ele deduzida em juízo. Surge, então, a figura da pertinência temática, que decorreria da cláusula do devido processo legal, aplicada à tutela jurisdicional coletiva. É a corrente que se adota neste ensaio.

Concorda-se com esta posição minoritária, ainda mais em tema de controle de políticas públicas, onde, por exemplo, podem estar sendo definidos programas estatais que decorram diretamente da Constituição (para os que admitem esta possibilidade), com alta repercussão social. Importante, pois, a pertinência temática.

Peculiar, ainda, é a posição de Eduardo Appio, que defende que a adequada representatividade nas ações coletivas passa pela necessidade de o Judiciário, que tem legitimidade para interver na senda política à luz da Constituição, garantir mecanismos de participação social dos que não estiverem suficientemente representados, como, por exemplo, através da utilização de audiências públicas³⁷².

Outra sugestão do autor³⁷³ para que o processo judicial angarie mais foros de legitimidade é a utilização da novel figura de intervenção de terceiros: *animus curiae*. Sobre seu ponto de vista, cite-se:

³⁷¹ DIDIER JR., Fredie. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas (o art. 82 do CDC). In: *Revista Dialética de Direito Processual n° 25*. São Paulo: Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda., abril de 2005, p. 51.

³⁷² APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, p. 155-156.

³⁷³ *Idem*, p. 157.

Sustento que a figura do *amicus curiae*, concebida inicialmente para os processos de controle concentrado da constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal (Lei Federal 9.868/99, art. 7º, *caput*), pode ser incorporada aos processos coletivos, desde que: (i) o autor coletivo pretenda a implantação judicial de uma política pública não prevista, de forma expressa, na lei ou na Constituição e (ii) o autor coletivo esteja buscando a tutela de direitos difusos e coletivos em relação aos quais exista manifesto interesse público e (iii) a medida judicial pretendida venha afetar o interesse de grupos específicos da sociedade que não estejam sendo devidamente representados nos autos.

Recebe-se, portanto, estas sugestões do autor como mecanismos importantes para permitir uma maior legitimidade do processo coletivo, devendo, sempre que possível, serem utilizadas. Não se admite, contudo, impor tais medidas como condição para a representatividade adequada, até porque a legitimidade do Poder Judiciário é técnica e decorre de sua posição contramajoritária, diferentemente dos poderes propriamente ou tradicionalmente políticos.

5.9.4 O procedimento nas ações coletivas, a prova e a sentença

Outra característica importante é decorrência da adoção das sugestões acima. É que elas levam a outra peculiaridade do processo coletivo que envolve controle jurisdicional de políticas públicas, que é a necessidade de abertura do procedimento, principalmente para situações que permitam uma maior participação no processo judicial dessa natureza.

Percebe esta circunstância Américo Bedê Freire Júnior³⁷⁴, como se depreende da seguinte lição:

Efetivamente, é preciso, como estabelecido no processo de controle de constitucionalidade em abstrato, viabilizar uma abertura no processo coletivo, a fim de que toda a sociedade que, de fato, é alcançada pelos efeitos da decisão possa participar ativamente das decisões do processo coletivo.

Como exemplo dessa abertura do procedimento, vislumbra-se plenamente compatível com as ações coletivas a introdução de figuras como o *amicus curiae* e a realização pelo

³⁷⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial das Políticas Públicas...*, p. 105.

Judiciário de audiências públicas. Isto é importante a fim de viabilizar que o juiz, ao analisar a questão coletiva, não seja seduzido por parte da realidade transportada aos autos, mas possa sopesar as questões postas, ouvindo um maior número de opiniões das pessoas que também serão alcançadas pela decisão no processo coletivo.

Outro aspecto relevante concerne à prova.

Como diz respeito a programas com alta repercussão na vida das pessoas, as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, muitas vezes, podem exigir decisões urgentes e, por vezes, até pelo fator tempo, não se tem elementos suficientes para caracterizar, rigorosamente, os requisitos da tutela antecipada.

Isso é ainda mais grave quando se está diante de uma tutela inibitória para impedir um ilícito que ainda não aconteceu no mundo dos fatos. Nesses casos, a prova, por vezes, é particularmente difícil. Em situações como essas, para prestigiar a tutela jurisdicional efetiva, o juiz pode se valer da “redução do módulo da prova”, colhida da doutrina alemã, que significa, grosso modo, que, diante de circunstâncias concretas onde a prova se torne de dificuldade extremada, o juiz poderá conceder a tutela exigindo menos do que o corriqueiro.

Acerca do assunto, pronuncia-se Sérgio Cruz Arenhart³⁷⁵:

Com base nessas considerações, pode-se dizer que, em certos casos em que, normalmente, a “prova da certeza” sobre o fato se mostre como impossível, o extremo da cognição do juiz será realizado sobre a mera aparência, na linha da verossimilhança preponderante (visa anteriormente). Assim, se seria normalmente impossível obter “prova da certeza” seria condenar ao abandono toda afirmação de direito que se pudesse fazer. Essa redução do módulo de prova, então, configura a adaptação da exigência de máximo convencimento da prova à realidade específica do direito discutido, segundo as particularidades da realidade concreta e das possibilidades que essa realidade empresta em termos de prova.

Também enfrenta esta importante questão Guillermo Sánchez³⁷⁶, como anuncia ao tratar de um dos tópicos enfrentados no seu trabalho:

³⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

d) Rebajar o disminuir el grado de certeza que la prueba debe suministrar al Juez para tener por fijados los hechos y subsumirlos en las normas jurídicas correspondientes, situándolo en un nivel de probabilidad cualificada o preponderante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit, Überweiegensprinzip*), lo que implicaría renunciar al tradicional estándar de certeza moral rayana en la plena convicción subjetiva o excluyente de toda duda razonable (*beyond any reasonable doubt, volle subjektive Überzeugung*). Es lo que en la doctrina alemana se conoce con el nombre de *Beweismaßreduzierung* o *Beweismaßsenkung*.

Quanto à sentença nas ações coletivas que envolvem direitos fundamentais que se efetivam por intermédio de políticas públicas, há um problema sério no caso de omissão ilícita, persistindo as dúvidas sobre a possibilidade de o juiz, na sentença, definir a política pública ou substituir a engendrada em afronta à norma constitucional ou legal (políticas insuficientes).

A nosso sentir, o art. 84, §§4º e 5º permite ao juiz se utilizar de medidas coercitivas ou de execução indireta (ex.: multa periódica) ou de medidas sub-rogatórias ou de execução direta. Sabe-se, também, que as medidas de execução indireta são menos gravosas, permitindo que o obrigado a cumprir a determinação judicial, ainda que pressionado, manifeste a vontade de cumprir, ao contrário das medidas sub-rogatórias que são mais agressivas.

In casu, o nosso entendimento é que deve, até para não invadir a esfera da Política, o juiz sempre privilegiar as providências coercitivas. Deveria dar um prazo para que o programa fosse definido pelo Poder Público, sob pena de multa e outras medidas de execução indireta. No remoto caso, contudo, em que não fosse realizada a política por recalcitrância completa da parte obrigada, restaria a alternativa excepcional de inovar definindo uma política mínima que valeria até que os responsáveis se debruçassem sobre o tema.

Com estas considerações findam as discussões sobre os aspectos processuais mais relevantes das ações coletivas que envolvem controle jurisdicional de políticas públicas.

³⁷⁶ SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 15.

Espera-se, com todas as considerações aduzidas, ter conseguido ao menos lançar algumas luzes sobre o tema e fazer surgir, no espírito dos mais cultos, o desafio de contribuir com avanços nesta tão tormentosa e atual questão. Só com isso, já terá, certamente, valido a pena!

6. ALGUMAS CONCLUSÕES

1. No órbita da teoria dos direitos fundamentais, alguns temas se apresentam tormentosos e desafiantes para o jurista. Nenhum deles, contudo, se iguala à efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, em especial àqueles que, possuindo apenas uma dimensão objetiva, se aplicam progressivamente e não dispensam a prévia disponibilidade de um serviço, de recursos orçamentários, enfim da implementação gradativa de políticas públicas.

Tais direitos que demandam políticas públicas, não faz muito tempo, eram considerados a escória do Direito. Ora, se deles não decorrem direitos subjetivos individuais e se, em sua maioria, não se incorporam no conceito de mínimo existencial, pouco ou nada lhes restava de níveis de efetividade.

Não obstante, a Constituição de 1988, nas áreas concernentes a direitos sociais, difusos e coletivos, é pródiga em prever direitos que demandam o desenvolvimento de políticas, programas, enfim que se sujeitam à atividade promocional do Estado, de modo que o avanço das políticas públicas tem que interessar ao Direito.

2. Por ser um tema novo no conjunto das preocupações do Direito, mantém íntima conexão com a atual modelo de Estado Constitucional de Direito, por muitos denominado de “neoconstitucionalismo”.

A compreensão deste Estado (Neo)Constitucional - que recolhe, de um lado, da tradição americana, as idéias de supremacia constitucional e garantia jurisdicional e, de outro, da experiência francesa, um denso conteúdo normativo, incorporando valores e opções políticas, - é premissa inarredável para a compreensão dos novos horizontes que se apresentam para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Em resumo, o neoconstitucionalismo, através de uma postura não teórica mas prática, impregna o Direito da idéia de uma constituição transformadora do *status quo* e dotada da altiva garantia jurisdicional, construindo um verdadeiro paradigma constitucionalista para o Direito. Prova disso, é que vem acompanhada de um fenômeno novo: o da constitucionalização do ordenamento jurídico, de modo que a Lei Maior se espraia por todo o Direito e por outros sistemas, alcançando também o exercício da atividade política. O neoconstitucionalismo, por sua vez, traz transformações de monta na própria Teoria do Direito, fazendo exsurgir um novo ambiente constitucional, mais propício aos avanços do difícil tema do controle de políticas públicas pelo Judiciário.

3. Para avançar neste estudo, contudo, o primeiro passo foi conhecer e aprofundar, em separado, este novo instituto das políticas públicas, atualmente alçado a instrumento de efetividade de direitos sociais, econômicos e culturais, que nasce muito recentemente, na esteira de idéias de Dworkin e Canotilho, a partir da década de setenta do último século, *pari passu* com o neoconstitucionalismo.

Do ponto de vista exterior, as políticas públicas são reconhecidas, como: a) instrumentos para a realização de metas, programas e diretrizes constitucionais; b) meios de efetivação de di-

reitos fundamentais; e c) instrumentos que, embora previstos em normas dotadas de alto grau de abstração, são condicionados pelos parâmetros definidos constitucionalmente. Do ponto de vista interno, de sua fisionomia, tem-se que as *policies* são atividades complexas, que demandam uma série de atos, normas, contratos, além de meios pessoais, financeiros e institucionais, voltados à concretização dos programas estatais planejados.

Dependem, portanto, do exercício da atividade política do Estado, pelo que se situam numa zona de interseção entre a Política e o Direito, sendo condicionadas por normas constitucionais, pelo planejamento orçamentário, mas não prescindem da necessidade de que seja resguardado o espaço legítimo da Política.

Em princípio, não são tuteladas subjetivamente, daí porque se diferenciam dos direitos subjetivos reflexos às *policies*, que, contudo, devem ser considerados a pretexto de definir e executar os programas estatais. Dependem, sobretudo, de um planejamento orçamentário que, no Brasil, é delineado constitucionalmente nas peças orçamentárias, em especial no plano plurianual. Isto porque, inegavelmente, possuem um alto custo e demandam recursos financeiros, como de resto acontece, em maior ou menor medida, com todos os direitos, segundo recente doutrina americana. A Constituição, contudo, em homenagem aos valores e opções políticas que não deixa de afirmar, impõe uma ordem axiológica de gastos públicos, priorizando políticas mais próximas do conceito de dignidade humana e de mínimo existencial. Por outro lado, também não prescinde, diante do largo campo alcançado pela Constituição, de reforçada garantia jurisdicional.

4. Para a compreensão da amplitude desta garantia jurisdicional, premissa inarredável é afastar, de vez por todas, quaisquer obstáculos ao reconhecimento da legitimidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Ao longo do texto, se partiu de precedentes judiciais valiosos, para, iluminado por suas idéias, avançar no reconhecimento incontestado da legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas.

A impressão que se tem é que, apesar de excepcional, esta modalidade de controle é imprescindível, até diante da insuficiência, nos tempos atuais, do controle político e incipiência do controle social. O óbice da separação das funções estatais não sobrevive aos novos tempos, onde é pronunciado o papel do Poder Judiciário e a idéia de freios e contrapesos tem lugar. A atividade discricionária, por sua vez, vem sendo limitada a cada dia, diante do largo alcance dos parâmetros de juridicidade.

O controle jurisdicional de políticas públicas, contudo, não é dos mais fáceis. Pressupõe que se admita um controle das omissões ilícitas, já que, em grande medida, referido controle tem lugar diante da ausência ou insuficiência das políticas públicas. Assim também, que se dê uma nova roupagem à “cláusula da reserva do possível”, visualizando-a como impositiva de uma obrigação de que sejam efetivados os direitos que demandam políticas públicas, até o máximo dos recursos disponíveis. No mais, é preciso que se admita um controle dos orçamentos, o que não é difícil diante da seriedade do planejamento das políticas públicas e do reconhecimento da ação civil pública como veículo para controlar a execução orçamentária.

5. O grande desafio, contudo, restou para o último momento, quando os esforços foram direcionados para a identificação dos parâmetros objetivos para o controle de políticas públicas, identificando-se, pois, possibilidades reais, mais ou menos controversas, de controle jurisdicional em relação à definição, à execução e à transparência das políticas públicas, através, sobretudo, de um controle que passa pelos orçamentos e por mecanismos de combate às omissões ilícitas.

Por fim, se avançou no reconhecimento da tutela coletiva do ilícito (inibitória e de remoção do ilícito) como o meio mais idôneo para a efetividade de um controle jurisdicional de políticas públicas, diante das características materiais que envolvem este tema, alertando, outrossim, para alguns aspectos processuais que podem ser tormentosos no desenvolvimento processual do controle de políticas públicas.

6. Enfim, com a enunciação destes remates, espera-se ter atingido o objetivo de identificar novas veredas para o controle jurisdicional de políticas públicas e, por conseguinte, para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais.

Se a forma da exposição e os argumentos debatidos incitarem curiosidades e propiciarem que outros ingressem nesta temática, o autor já se sentirá francamente recompensado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001.

ALVES, J. A. Lindgren et al. *Direito e Cidadania na Pós-Modernidade*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14 ed. Atualizado por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRET-DUCROCQ, Françoise (org.). *Globalização para quem? Uma discussão sobre os rumos da globalização*. Tradução de Joana Angélica D'Avila Melo. São Paulo: Futura, 2004.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia*. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo et al (Coord.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUNO, Reinaldo Moreira. *Lei de responsabilidade fiscal & orçamento público municipal*. Curitiba: Juruá, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARVALHO, Alysson et al (organizadores). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHESNAIS, François. *A Mundialização do Capital*. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y Division de Poderes Hoy*. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2002.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O Direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DURANTE, Alfredo L. *La Constitución Real: enfoques multidisciplinarios*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

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

_____. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. Atualizado por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. *Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. *Administração Pública: Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública: Práticas, Inovações e Polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

FIORAVANTI, M. *Constitución. De la antegüedad a nuestros días (1999)*. Trad. M. Martinez Meira. Madrid: Trotta, 2001.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismo e derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anonima Editora, 2005.

GOMES, Hélio Messala Lima. *Despesa pública: princípios constitucionais*. Recife: Nossa Livraria, 2004.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GONÇALVES, Hermes Laranja. *Uma visão crítica do orçamento participativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha (Coordenadores). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: estudos de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 151.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARO, Ricardo. *El control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Zavalia, 2003.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. 12 ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

_____. *A sociedade global*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *Teorias da globalização*. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de Um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6 ed. Trad. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

- LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.
- LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LUCHAIRE, François. *Le Conseil Constitutionnel: Tome I – Organisation et Attributions*. 2 ed. Paris: Economicc, 1997.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 7 ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.
- LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3 ed. São Paulo: RT, 2003.
- MEDEIROS FILHO, Francisco Honório. *Poder Político e Direito: a instrumentalização política da interpretação jurídica constitucional*. Natal: A S Editores, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Consitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MILARÉ, Édis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 84-100.

MINGHELLI, Marcelo. *Orçamento participativo: uma leitura jurídico-política*. Canoas: Ed. Ulbra, 2005.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta. *Globalização e Direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito*. São Paulo: Juarez de Freitas, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional tomo II: constituição e inconstitucionalidade*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1987.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MORENO, Beatriz Gonzáles. *El Estado Social: Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leivatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.

PAULA, Alexandre Sturion (Coord.). *Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais*. Campinas: Servanda Editora, 2006.

PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). *Estatuto do Idoso Comentado*. Campinas/SP: LZN, 2006.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della Tutela Civile Inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

ROCHA, José Carlos de Carvalho et al (coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____.(Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____.(Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS, vol. I, tomo I*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS, vol. I, tomo II*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: RT, 2002.
- SOROS, George. *A crise do capitalismo: as ameaças aos valores democráticos: as soluções para o capitalismo global*. 5 ed. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais: A Administração Pública no Estado Moderno: Entre as Exigências de Liberdade e Organização*. Coimbra: Almedina, 1995.
- TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____ (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____ (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, volume V: O Orçamento na Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. 6 ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

VALDÉS, Aldo Molinari. *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*. Santiago: Editorial LEXISNEXIS, 2004.

VALENTE, Ana Paola de Moraes Amorim. *Transparência e opacidade: o SIAFI no acesso à informação orçamentária*. São Paulo: FUMEC, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Artigos

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-167.

ALONSO JR. Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Edis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 207-219.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-120.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: *Revista de Direito Administrativo* n° 237. Rio de Janeiro: Renovar, julho/setembro, 2004, p. 1-6.

ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 239-258.

_____. Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado Constitucional (Notas al comentário de Antonio Peña Freire). Disponível em: www.ugr.es/~filode/pdf/contenido35_20.pdf. Acesso em 28.07.06, p. 349-355.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselho de Direitos e formulação de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 32-43.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 259-278.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/artigos%20controle%20politicass%20publicas.pdf>.

Acesso em: 16 de março de 2006, 29p.

BARRETTO, Vicente de Paula. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-134.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional de políticas públicas. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte n° 6*, ano 5. Natal:MPRN, jan./jun. de 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 09 de março de 2006, 48p.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas Públicas e o Dirigismo Constitucional. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional volume 3*, ano 2003, p. 173-183.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n° 13, abril-maio, 2002.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin. Traduzido por Patrícia Sampaio. Disponível em http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html. Consultado em 9/3/2006, 18p.

CAMPOS, Gérman J. Bidart. El Orden Socioeconómico, La Constitución y Los Derechos Humanos. In: DURANTE, Alfredo L. *La Constitución Real: Enfoques Multidisciplinarios*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 25-32.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 97-114.

_____. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 115-136.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, L. et al. *Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 599-662.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional” In: *Revista Forense vol. 366*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127-150.

CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional n° 54*, ano 14. São Paulo: RT, jan./mar. de 2006, p. 28-39.

_____. Direito Constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo et al (Coord.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35-48.

Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América - Exposição de Motivos. In: *Revista de Processo n° 121*. São Paulo: RT, março 2005, p. 133-148.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional e Política. In: *Direito Público n° 10, ano III*, out-nov-dez, 2005.

COELHO NETO, Milton. A transparência e o controle social como paradigmas para gestão pública no Estado moderno. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. *Administração Pública: Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública: Práticas, Inovações e Polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 311-323.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abril/junho, 1998, p. 39-48.

_____. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha (Coordenadores). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

_____. Reflexões desabusadas sobre o abuso do poder político. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais n° 3*. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. de 2004, p. 71-93.

CUNHA, Edite da Penha e CUNHA, Eleonora Schettini M. Políticas públicas sociais. In: CARVALHO, Alysson et al (organizadores). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

DATO, José Real. Visiones sobre el papel de los actores no gubernamentales en las políticas públicas. *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma Del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, Portugal, 8-11, oct. de 2002. Disponível em: <http://unpan1.org/intrados/groups/public/documents/CLAD/clad0044417.pdf>. Acesso em: 23/3/2005, 20p.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR n° 41*, 2004, p. 19-28.

DIAS, Jean Carlos. O Problema dos Julgamentos Políticos na Experiência Processual Brasileira. In: *Revista Dialética de Direito Processual* nº 14. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda, maio de 2004, p. 37-52.

DIDIER JR., Fredie. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas (o art. 82 do CDC). In: *Revista Dialética de Direito Processual* nº 25. São Paulo: Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda., abril de 2005, p. 50-56.

E. HERNÁNDEZ, Virgílio. Dimensiones Teóricas sobre las Políticas Públicas. Disponível em <<http://www.puce.edu.ec/Postgrados/MscPoliticas/Biblioteca/papel1.htm>>. Acesso em: 23/3/2006, 22p.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 84-100.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina. Políticas Públicas: Planejamento, Desenvolvimento e Fiscalização. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 44-52.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública e Separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347 - 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 668-706.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-222.

GARCIA, Maria. Políticas Públicas e Atividade Administrativa do Estado. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 15, ano 4. São Paulo: RT, abril-junho de 1996, p. 64-67.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Direito, Democracia e nova Institucionalidade: Uma análise da criação de Conselhos Municipais de Controle de Políticas Públicas. In: ROCHA, Leonel Severo e

STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 33-48.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49-73.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113-143.

LYRA, Rubens Pinto. Ouvidor: o defensor dos direitos na administração pública. In: LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2004, p. 119-152.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347 - 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 707-751.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 789, ano 90. São Paulo: RT, julho de 2001, p. 62-89.

MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 79-89.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria. A Política, o Direito e sua interdependência: o esforço pela busca de suas autonomias. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte n° 6*, ano 5. Natal: MPRN, jan./jun. de 2005, p. 74-91.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a Legislação Brasileira. In: *Revista de Processo n° 117*. São Paulo: RT, set./out. 2004, p. 109-128.

MENDES, Gilmar. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 195-205.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Atos Judiciais de Administração Pública: subsídios acerca da extensão do controle judicial dos atos administrativos em caso de prestações sociais constitucionalmente originárias. In: *Estudos em direito público volume 1*. Natal: ESMARN, 2002, p. 49-57.

MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-AJURIS, vol. I, tomo I*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 131-155.

MONCADA, L. Cabral de. Do conceito e essência do político. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos n° 30*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária – UFMG, janeiro de 1971, p. 7-37.

MORESO, José Juan. Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. Disponível em: www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf. Acessado em 28.07.2006, 10p.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica da responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo?. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. *Administração Pública: Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública: Práticas, Inovações e Políticas*. São Paulo: RT, 2002, p. 152-187.

- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade humana. In: *Revista de Informação Legislativa* nº 145. Brasília: Senado Federal, janeiro-março de 2000, p. 185-196.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Lei 4.320, de 17.03.1964 (Lei Geral de Orçamento). In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, RT, n. 59, novembro-dezembro de 2004, p. 144-154.
- PAULA, Alexandre Sturion. Hermenêutica constitucional: instrumento de efetivação de direitos fundamentais. In: PAULA, Alexandre Sturion (Coord.). *Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 29-78.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O Estado Gerente e a ética na política social. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/social.pdf>. Acesso em 28.09.2006, 37p.
- PERIN, Jair José. A Lei de Responsabilidade Fiscal. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, RT, n. 59, novembro-dezembro de 2004, p. 133-145.
- PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes na Constituição de 76. Alguns Aspectos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1987, p. 143-174.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. O processo legislativo orçamentário e a Constituição de 1988. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, RT, n. 61, março-abril de 2005, p. 228-242.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 123-158.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: *Interesse Público* n° 32, ano 7. Porto Alegre: Notadez, julho/agosto, 2005, p. 213-226.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 09 de março de 2006, 21p.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais* n° 798, abril de 2002, p. 23-50.

SILVA, Solange Teles da. Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana. Em: www.esmpu.gov.br/publicacoes/meioambiente/pdf/Solange_Teles_Politicas_publicas_e_sustentabilidade.pdf. Acesso em: 23/3/2006, 14p.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação Civil Pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, José Carlos de Carvalho et al (coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 465-506.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. 10 Questões sobre a Constituição, o Orçamento e o Plano. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1987, p. 113-142.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 153-185.

SUNSTEIN, Cass R. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005/Escola da Magistratu-*

ra do Rio Grande do Sul-AJURIS, vol. I, tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11-28.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. O novo papel do Judiciário e dos magistrados na sociedade contemporânea: reflexões em tempos de reforma. Disponível em: www.lex.com.br. Acesso em 26.09.2006, 15p.

Sítios

<http://conjur.uol.com.br/textos/18443/>.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>.

<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/social.pdf>.

<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/artigos%20controle%20politicass%20publicas.pdf>.

<http://unpan1.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044417.pdf>.

<http://www.direitodoestado.com.br>.

http://www.esmpu.gov.br/publicacoes/meioambiente/pdf/Solange_Teles_Politicass_publicas_e_sustentabilidade.pdf.

<http://www.lex.com.br>.

<http://www.puce.edu.ec/Postgrados/MscPoliticass/Biblioteca/papel1.htm>.

http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html.

http://www.ugr.es/~filode/pdf/contenido35_20.pdf.

http://www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf.

Julgados

STF-2ª Turma - AGRRE-271286 - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - J. 12/9/2000, DJ 24/11/2000, p. 101.

STF - 2ª Turma - RE 158.215/RS - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU de 07.06.1996 - RTJ 164/787.

STF - 2ª Turma - RE 190938/MG - Rel. Min. Carlos Velloso - J. de 14.03.2006 - Informativo nº 419.

STF - 2ª Turma - RE 215.984-RJ - Rel. Min. Carlos Velloso - unânime - DJ de 28.06.2002 - RTJ 183/1096.

STF - 2ª Turma - RE nº 436996/SP - Rel. Min. Celso de Mello - unânime - Julgado de 26/10/2005 - DJ de 07/11/2005, p. 00037.

STF - Decisão monocrática - ADPF nº 45 MC/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 4.5.2004 - Informativo nº 345-STF.

STF - Decisão monocrática - AI 455802/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - J. de 07.02.2004 - DJ de 05.03.2004, p. 00044.

STF - Decisão monocrática - RE 401673/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - J. de 26.03.2004 - DJ de 19.04.2004, p. 00089.

STF - Decisão monocrática - RE 402024/SP - Rel. Min. Carlos Velloso - J. de 05.10.2004 - DJ de 27.10.2004, p. 00054.

STF - Pleno - ADI 2925/DF - Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio - J. 19.12.2003 - DJ de 04.03.2005, p. 00010 - LEXSTF, vol. 27, nº 316, 2005, p. 52-96.

STF - Pleno - Recl. 600-0/SP - Rel. Min. Néri da Silveira - J. 03.09.97 - DJ de 05.12.03.

STF - Pleno - Recl.602-6/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - J. 03.09.97 - DJ de 14.02.03.

STJ-1ª Turma, REsp 169.876, Rel. Min. José Delgado, unânime, j. 16.6.1998, DJ de 21.9.1998.

STJ-1ª Turma - REsp 325337/RJ - Rel. Min. José Delgado - unânime - J. 21/6/2001 - DJ de 3/9/2001, p. 159.

STJ-1ª Turma - REsp 575.280-SP - Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux - maioria - J. de 02.09.2004 - DJ de 25.10.2004.

STJ-1ª Turma - ROMS 11183/PR - Rel. Min. José Delgado - unânime - J. 22/8/2000 - DJU de 4/9/2000, p. 121 - RSTJ 138/52.

STJ-2ª Turma, REsp 252.083, Rel. Min. Nancy Andrichi - unânime - J. 31.5.2000, DJ de 26/3/2001.

STJ-2ª Turma, REsp 493.811 - Rel. Min. Eliana Calmon - maioria - J. 11.11.2003 - DJ de 15.3.2004, p. 236.

STJ-6ª Turma - REsp 63.128, Rel. Min. Adhemar Maciel - unânime - J. 11.3.1996 - DJ de 20.5.1996.

STJ - Decisão Monocrática - Min. Edson Vidigal (Presidente) - SLS nº 90/PA - DJ de 22.02.05.

STJ - REsp 270.730/RJ - Rel. Min. Nancy Andrichi - DJU de 07.05.2001.

TJPR-8ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 135388000 - Rel. Des. Ivan Bortoleto - j. 20/08/2003.

TJRS-7ª Câmara Cível - Rel. Des. Sérgio Grishkow Pereira - J. de 12.03.1997 - RJTJRS nº 182/260.

TRF-5ª Região - Decisão monocrática - Agr 67336/PB - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo - J.de 31.03.2006.