
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 32	p. 1-256	abr./jun. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)
Alice Gonzáles Borges (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)
Carlos Ayres Britto (Brasil)
Carlos Delpiazzo (Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)
Clémerson Merlin Clève (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)
Eros Roberto Grau (Brasil)
Fabrício Motta (Brasil)
Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam* (Argentina)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam* (Argentina)
José Carlos Abraão (Brasil)
José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)
José Luís Said (Argentina)
José Mario Serrate Paz (Uruguai)
Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)
Juarez Freitas (Brasil)
Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam* (Argentina)
Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)
Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - *in memoriam* (Brasil)
Marçal Justen Filho (Brasil)
Marcelo Figueiredo (Brasil)
Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Nelson Figueiredo (Brasil)
Odilon Borges Junior (Brasil)
Pascual Caiella (Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam* (Brasil)
Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Rogério Gesta Leal (Brasil)
Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Sérgio Ferraz (Brasil)
Valmir Pontes Filho (Brasil)
Yara Stropa (Brasil)
Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Marcelo Belico
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira -
CRB 2900 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial

Carolina de Freitas Paladino

Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professora de Direito Constitucional da FAPAR – Curitiba-PR. Mestranda em Direito Constitucional na Unibrasil – Curitiba-PR.

Resumo: Trata o presente de uma breve análise no tocante ao dever de prestações positivas pelo Estado brasileiro, a partir dos dispositivos constitucionais. Diversas teorias estrangeiras foram recepcionadas no direito brasileiro, mas isso não permite que o Estado se exima de suas responsabilidades. Dessa forma, o responsável por assegurar esse direito será o Poder Judiciário, como guardião da Constituição.

Palavras-chave: Políticas públicas. Reserva do possível. Mínimo existencial. Controle judicial. Separação de Poderes.

Sumário: 1 Introdução - 2 Conceito de políticas públicas - 3 Limites à escolha de políticas públicas - 4 Teoria da reserva do possível e o mínimo existencial - 5 Controle judicial das políticas públicas - 6 Conclusão - Referências

1 Introdução

Diante da presente Constituição, verifica-se que diversos direitos são resguardados aos cidadãos por meio de ações governamentais, como, por exemplo, os direitos sociais de educação e saúde, cabendo ao Estado garantir um mínimo de dignidade a todo cidadão. Destarte, elegem-se as políticas públicas como forma de instrumentalizar os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. O presente trabalho tem como escopo a análise das políticas públicas enquanto mecanismo concretizador de tais direitos.

Tal discussão toma como pressuposto o contexto do Estado Social, o qual surge enquanto modelo de Estado que passa a ser dimensionado como prestador de serviços públicos. A partir de uma mudança nos contornos na atualidade, é de se notar, principalmente no cenário nacional, que os serviços públicos são escassos. Deve, por isso, o Administrador, ao elaborar as leis orçamentárias, ponderar as prioridades a serem atendidas através das políticas públicas.

Portanto, tem-se a seguinte questão: de um lado, a Carta Magna assegura os direitos fundamentais de cunho prestacional, a serem implementados através das políticas públicas; de outro, tem-se um contexto no qual

o Estado se vê obrigado a escolher quais desses direitos serão atendidos mediante elas, em face da escassez de recursos.

2 Conceito de políticas públicas

Com efeito, é imperioso o estudo pormenorizado do que sejam políticas públicas. Dessa forma, Maria Paula Dallari Bucci conceitua-as como programas de ação governamental que têm como escopo a coordenação dos recursos disponíveis pelo Estado e também no que tange às atividades privadas com a finalidade de ações que possuam relevância que sejam politicamente determinadas. Dessa forma, as políticas públicas são “metas coletivas conscientes”.¹

Sem embargo, Rodolfo de Camargo Mancuso define política pública como a conduta, seja ela comissiva ou omissiva por parte da Administração Pública, que tem como objetivo a realização de metas previstas pelo texto constitucional ou em lei, submetidas a um controle jurisdicional que é abrangente e exauriente, relativos à concretização dos meios empregados como também para se averiguarem os resultados por ela produzidos.²

Eduardo Appio, por sua vez, fazendo remissão ao conceito de Jean Carlos Dias, afirma que se trata de “sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio estado e o mercado”.³ Por assim dizer, é possível analisar a idéia de política pública por meio de diferentes óticas, sendo que cada uma delas significa um aspecto de determinada sociedade.⁴

Enfim, resumem-se as políticas públicas na implementação pelo Estado de planos de governo, mediante programas e também de ações voltadas aos interesses dos cidadãos visando atender setores específicos da sociedade.⁵

¹ BUCCI. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 241.

² 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: Revista dos Tribunais, 2001. p. 730-731 apud GASTALDI. A implantação de políticas públicas como objeto juridicamente possível da ação civil pública. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=124>>. Acesso em: 02 jun. 2006.

³ DIAS. Políticas públicas e questão ambiental. *Revista de Direito Administrativo*, p. 121.

⁴ GIOVANNI. *Políticas Públicas*. Disponível em: <www.ead.fiocruz.br/comunidade/politicasenap/downloads/PP2.ppt>. Acesso em: 15 mar. 2006.

⁵ HOFLING. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos CEDES*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010132622001000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 mar. 2006

Em assim sendo, o administrador ficará responsável pela implementação das políticas públicas, as quais, por sua vez, serão realizadas mediante serviços públicos, dentre outros. Não por outra razão é possível sustentar que existe uma necessidade de atuação do Estado em diversas atividades, uma vez que os cidadãos não são capazes de prover todos os recursos que garantam habitação, emprego, política salarial, transporte, saúde, previdência, educação. Em assim sendo, existe uma expectativa do cidadão frente ao Estado, o que nem sempre corresponde à realidade.⁶

Em face disso, a partir da interpenetração entre os conceitos jurídicos e políticos sobre a escolha de políticas públicas, Ana Paula Barcellos afirma que “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”,⁷ o que leva a autora a concluir que não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas somente de uma forma de limitação daquele.

Nesse sentido, as políticas públicas serão aquelas cuja responsabilidade é do Estado, pressupondo, para tanto, um processo (no qual diversos órgãos políticos estarão envolvidos) objetivando determinar sua implementação — ou seja, decide-se se haverá a manutenção das políticas já existentes, ou, a implementação de novas — sendo necessário, dessa forma, concluir pela sua autonomia, o que impede de reduzir seu alcance ao das políticas estatais.⁸

Uma primeira conclusão importante a ser feita no que tange às políticas públicas é observar que elas estão limitadas pela exigência do atendimento dos direitos sociais. Ou seja, em que pese a vasta análise sobre os parâmetros legais ao administrador quanto à implementação de políticas públicas, faz-se necessário abordar primeiramente os limites impostos pelo texto constitucional.

Nada obstante, Ana Paula de Barcellos afirma que, em se tratando de gastos em contraposição aos recursos limitados do Estado, faz-se necessário traçar em quais áreas serão focados os investimentos do poder público. Essas escolhas terão correlação direta com os fins constitucionais que devem

⁶ CLÈVE. *Atividade legislativa do poder executivo*, p. 43.

⁷ BARCELLOS. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo*, p. 90-91.

⁸ HOFLING. Op. cit.

ser perseguidos a partir da noção de prioridade, tal como a promoção de direitos fundamentais.⁹

Desta feita, a autora¹⁰ impõe uma ponderação na realização de gastos para que posteriormente essa conduta seja passível de controle. Por conseguinte, é de se notar uma vinculação desses gastos em relação às escolhas feitas pelo Administrador. Ou seja, tem-se que a Constituição acaba por nortear essas opções, que, ainda assim, estarão vinculadas a juízos de discricionariedade do administrador.

Entretanto, existe todo um processo em relação à falta de credibilidade das políticas públicas. Com efeito, em que pese a imposição do texto constitucional, diversas são as justificativas dadas pelos administradores para a não implementação de serviços públicos ocasionando uma descrença cada vez maior do cidadão que se traduz em um déficit de legitimidade.

Em assim sendo, pode-se afirmar que “o processo de definição de políticas públicas para uma sociedade reflete os conflitos de interesses, os arranjos feitos nas esferas de poder que perpassam as instituições do Estado e da sociedade como um todo”.¹¹

Mas a escolha de políticas públicas sofre algumas limitações, como será ponderado na seqüência, uma vez que existe a questão orçamentária e outros fatores que interferem na sua escolha, ponderando-se, neste tocante, até que ponto pode ser entendida como uma atividade discricionária.

3 Limites à escolha de políticas públicas

Cabe ainda salientar para a compreensão do tema, quais serão as opções que orientarão as escolhas das políticas públicas. Em assim sendo, matéria orçamentária assume, nesse particular, especial relevância, tendo em vista a questão da discricionariedade no que tange ao orçamento, o qual significa uma escolha alocativa de recursos.

A partir da verificação de que os recursos são escassos,¹² cabe ao intérprete, no caso, do legislativo e do administrativo, a alocação desses

⁹ BARCELLOS. Neoconstitucionalismo..., p. 90-91.

¹⁰ Idem.

¹¹ HOFLING. Op. cit.

¹² “dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial” (ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russel, Sage Fondation, 1992. p. 21-22, apud AMARAL. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 133-134).

recursos no que tange às políticas públicas. Em relação a essa temática, tem-se que as “decisões alocativas são, como bem capturado por Calabresi e Bobbit, pois, em última instância, a negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte”.¹³

Assim, tem-se que cabe a última palavra, no que tange à elaboração do orçamento, ao Chefe do Executivo, apesar de que este não pode se imiscuir de atender reivindicações da população, até porque a sensibilidade política impõe a atenção aos interesses da comunidade.¹⁴

Conforme ensina Jozélia Broliani, em se tratando de escolhas políticas, as metas são discricionárias. Em assim sendo, existem metas obrigatórias, as quais estão impostas no texto constitucional (exemplo disso são os gastos com educação e saúde em que se tem inclusive o percentual definido a ser investido). De qualquer sorte o legislador tem relativa discricionariedade para definir quais ações, obras demandarão as receitas.¹⁵

Ainda a mesma autora ressalta que esta discricionariedade é parcial, haja vista sua vinculação ao texto constitucional, o qual consagra os direitos sociais e os valores do Estado brasileiro, como a dignidade da pessoa humana, dentre outros.¹⁶

Mas em se tratando de alocação de recursos quanto às políticas públicas, principalmente se eles forem escassos, faz-se necessária uma ponderação de bens jurídicos e direitos atendidos por elas, no qual o administrador fica vinculado aos objetivos dispostos na Constituição observando seu caráter dirigente e vinculante, especialmente, uma vez que configuradas normas relativas aos direitos fundamentais (dimensão objetiva).¹⁷

Portanto, verifica-se a quebra do dogma da onipotência da lei, vinculando-se o legislador ao princípio da constitucionalidade material, ou seja, neste ponto, verifica-se qual o eventual espaço livre para a escolha e realização das imposições constitucionalmente estabelecidas.¹⁸

¹³ Ibidem, p. 147.

¹⁴ TORRES. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 106.

¹⁵ BROLIANI. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, p. 121-122.

¹⁶ Ibidem, p. 122. Complementa Ana Paula de Barcellos que “é possível conceber parâmetros de controle nesse particular para o fim de eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas, os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais. O objeto do parâmetro é assegurar uma eficiência mínima às ações estatais e seu fundamento decorre de tudo o que já se expôs sobre a vinculação do estado às metas constitucionais e sobre as escolhas públicas em um estado democrático republicano” (BARCELLOS. *Neoconstitucionalismo...*, p. 98).

¹⁷ OLSEN. *A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível*, p. 281.

De qualquer sorte, num quarto momento do trabalho são apresentadas duas teorias: uma que acaba por restringir a garantia das políticas públicas e outra que retoma a idéia de dignidade da pessoa humana, garantindo a todo cidadão um mínimo de direitos a serem assegurados pelo Estado.

4 Teoria da reserva do possível e o mínimo existencial

Tendo por base o texto constitucional, reputa-se ao Estado a tarefa de resguardar os direitos individuais assegurados aos cidadãos. Em contraposição a esta premissa, verifica-se, no atual contexto, uma tendência ao enxugamento do Estado, e, conseqüentemente, a diminuição das políticas públicas voltadas à prestação dos serviços públicos.¹⁹

Em assim sendo, conforme afirma Ana Carolina Lopes Olsen, “também na Constituição sentem-se soprar ventos diferentes: no lugar do dirigismo constitucional voltado para as promessas da modernidade, a normatividade constitucional tem cedido à inevitabilidade dos movimentos econômicos-financeiros: a prevalência do econômico sobre o jurídico tem se apresentado sob a forma de incomunicabilidade dos sistemas”.²⁰

Neste diapasão, a teoria da reserva do possível tem sido um argumento cada vez mais freqüente nos processos judiciais ligando-se, conforme afirma Vicente de Paulo Barreto,²¹ as três “falácias políticas”: a primeira justificativa se dá pelo fato de que os direitos sociais caracterizam-se enquanto elemento subsidiário do Estado e não fundador, como os direitos políticos e civis; a segunda condiciona a exigibilidade dos direitos sociais a uma economia forte; e a terceira traduz-se na reserva do possível propriamente dita, abordando os custos dos direitos sociais.²²

Desta feita, melhor seria a sua configuração enquanto “cláusula” ou ainda “postulado”, uma vez que determinará a forma de execução das normas.²³ Com isso, pode-se identificar seu surgimento no direito alemão,

¹⁸ CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 218.

¹⁹ Nesse diapasão, “um dos principais argumentos suscitados em desfavor dos direitos prestacionais é o da reserva do possível. Aqui, o obstáculo não mais diz respeito no dispositivo positivador do direito prestacional, mas sim ao dado concreto de que tais situações jurídicas demandam para sua efetivação o dispêndio de recursos financeiros que o Estado, sabidamente detém de forma limitada” (GOUVÊA. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*, p. 19).

²⁰ OLSEN. Op. cit., p. 191.

²¹ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos sobre direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117-121 apud ibidem, p. 192.

²² Ibidem, p. 192-193.

com Robert Alexy, “que, compreendia em sentido amplo, tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”.²⁴ Para Ana Paula de Barcellos, “a expressão procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas”.²⁵

No Brasil, surge a preocupação de aferir o legitimado para definir o que é “o possível”.²⁶ Assim, tem-se que o “condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de caixas cheias do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza a universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”.²⁷

Cabe ressaltar nesse ponto a ADPF, 45 que tem como ementa:

Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Verifica-se, por conseguinte, que a teoria da reserva do possível relaciona-se diretamente com os direitos sociais.²⁸ Desta feita, cabe ao poder legiferante, que no caso das leis orçamentárias é exercido pelo legislador e pelo administrador, como já se viu, a efetivação dos direitos. Caso não o faça, recorre-se ao Judiciário, conforme asseverado na seqüência. De toda sorte, indaga-se, no caso da escassez de recursos, qual seria a alternativa

²³ Idem.

²⁴ Ibidem, p. 282.

²⁵ BARCELLOS. Neoconstitucionalismo..., p. 236. Nesse sentido complementa Robert Alexy assegura que “la reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad, no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho” (ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 498). A reserva do possível é no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, não tem como consequência a ineficácia do direito. Esta cláusula expressa simplesmente a necessidade de ponderação deste direito.

²⁶ Ibidem, p. 53.

²⁷ Idem.

²⁸ BARCELLOS. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 237.

²⁹ COSTA, J. M. Cardoso da. A hierarquia das normas constitucionais e sua função de proteção dos direitos

do Estado. Nesse ponto se coloca a teoria da reserva do possível, ou seja, o Estado possui obrigações, porém sempre com a limitação daquilo que pode dispor. Destarte, poderia o poder público argumentar a reserva do possível para se eximir do cumprimento de um dever constitucional?

E a resposta deve ser no sentido negativo, sob pena de ficarem os direitos sociais “dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa concretizadora e conformadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade”.²⁹

Nesse diapasão, insere-se no contexto da reserva do possível a garantia de mínimo de condições de sobrevivência. Para Ana Paula de Barcellos, “o mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.³⁰ Contudo, “segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais”.³¹

Sem embargo, Marcos Maselli Gouvêa conceitua o mínimo existencial como “um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um status axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal”.³²

Levando-se em conta a força da indigitada limitação de recursos em cotejo com as questões da reserva do possível, alguns doutrinadores entendem que apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, sendo ele composto por um conjunto de direitos sociais, econômicos e culturais, aqueles considerados mais pertinentes, os quais integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, ou porque decorrem do direito básico da liberdade. Em assim sendo, considera-se sua validade *erga omnes* e, portanto, “diretamente sindicáveis”.³³

Desta forma, a partir de uma leitura sistemática, levando-se em

fundamentais apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, p. 438-439.

³⁰ BARCELLOS. *A eficácia...*, p. 246.

³¹ CANOTILHO. *Direito...*, p. 439.

³² GOUVÊA. *Op. cit.*, p. 257.

³³ BIGOLIN. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina*.

consideração a imprescindibilidade para a fruição da vida e liberdade, o mínimo existencial passa a ser encarado como um direito fundamental, pressupondo-se que o ser humano só possui sua cidadania a partir de condições mínimas, “preexistindo à configuração do Estado”.³⁴

Analisando os institutos concomitantemente concebe-se o mínimo existencial enquanto um instrumento capaz de refrear a aplicação da teoria da reserva do possível em relação aos direitos fundamentais, a partir das relações existentes entre o Estado Democrático de Direito e o comprometimento com o texto constitucional,³⁵ de tal forma que o mínimo existencial serve como óbice ao Estado no sentido de que este se exima de garantir o mínimo de existência do cidadão.

E por isso ele deve ser respeitado, sob pena de aniquilar o texto constitucional. Por isso se fala cada vez mais em ativismo judicial, ou seja, um meio de se socorrer ao Judiciário para ver assegurados os inúmeros direitos dispostos na Constituição, como forma de controlar a atividade estatal, o que será objeto de estudo na seqüência.

5 Controle judicial das políticas públicas

Por derradeiro, há que se contornar os limites desse controle, mediante medidas judiciais, para que o cidadão busque o atendimento do direito fundamental. Para tanto, é necessária a existência tanto de educação como cultura cívica, ou seja, tais pressupostos são condições *sine qua non* para que ele possa executar uma participação popular efetiva do processo decisório, garantindo, assim, seus direitos.³⁶ Neste diapasão, o controle judicial das políticas públicas emerge de uma sociedade desigual na qual existe uma limitação nas decisões.

Ana Paula de Barcellos³⁷ elabora assim três parâmetros visando o controle do ponto de vista técnico-jurídico das políticas públicas. O primeiro deles traduz-se em dois aspectos meramente objetivos, significando a apuração do *quantum* constitucional corresponde à aplicação de recursos, e, na seqüência, o controle quanto à aplicação desses recursos.³⁸

Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 22 abr. 2006.

³⁴ GOUVÊA. Op. cit., p. 260.

³⁵ OLSEN. Op. cit., p. 361.

³⁶ Idem.

³⁷ BARCELLOS. *Neoconstitucionalismo...*, p. 93.

³⁸ Ibidem, p. 94-95.

Um segundo parâmetro de controle que se pode construir a partir do texto constitucional diz respeito ao resultado final esperado da atuação estatal. Trata-se de identificar que bens mínimos devem ser afinal ofertados pelo Estado no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. A construção desses parâmetros envolve um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do poder público.³⁹

E, finalmente, o terceiro e mais complexo dos parâmetros “envolve o controle e definição das políticas públicas a serem implementadas. Isto é: dos meios escolhidos pelo poder público para realizar as metas constitucionais”.⁴⁰

Destarte, tal parâmetro de controle na verdade é o fundamento de legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito. Com efeito, quando o Administrador planeja uma política pública o faz visando concretizar um determinado direito. A questão se dá justamente pela forma de como será proposta a política pública, e mais, como se dará a sua efetivação.

Com efeito, partindo-se do pressuposto de que nem sempre a Administração Pública exerce todas as suas tarefas de modo eficiente,⁴¹ insere-se a temática do controle. Contudo, cabe analisar as suas modalidades e, posteriormente, analisar o seu objeto propriamente dito.

Sem embargo, o controle judicial se adstringe à finalidade cogente da atividade administrativa. Por decorrência, as relações estatais necessitam de planejamento, coordenação, organização, mas sobremaneira de controle.⁴²

Desta forma, ao se analisar o controle frente à separação de Poderes tem-se que “se o Estado é uno e a separação de poderes uma regra organizacional, não se podem excluir de apreciação pelo órgão estatal criado para julgar os erros cometidos pelos particulares e pelo próprio Estado estes mesmos atos que ora são retirados de sua apreciação. Cabe ao poder judiciário a última palavra sobre a apreciação de todos os atos cometidos ao arrepio do direito (e não apenas da lei) ou como tal considerados. Estas

³⁹ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 97.

⁴¹ Cf. GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003.

⁴² FERRAZ. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*, p. 75.

⁴³ SCAFF. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*, p. 172.

imensas áreas de impunidade do Estado devem ser eliminadas de pronto, uma vez que a própria evolução das teorias acerca da responsabilidade do estado já relegou as teses da irresponsabilidade do Estado para as calendas da arqueologia jurídica”.⁴³

Com efeito, o que se pontua é justamente a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, o que será realizado sem qualquer “desobediência” ao princípio da separação de Poderes. E isso se justifica pelos argumentos anteriormente citados, ou seja, de resguardar os direitos dos cidadãos.

Nesse diapasão, a teoria dos freios e contrapesos estabelece entre os três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) funções independentes entre si e, dentro da referida lógica as previsões diversas, as respectivas e específicas competências, conjugando-se para um modelo harmônico de consecução dos objetivos e metas do governo.⁴⁴ Com efeito, “ao estudar as funções do orçamento que serve de controle das atividades do Executivo pelo Legislativo”,⁴⁵ ou seja, configura-se como um tipo de controle exercido.⁴⁶

Logo, não existe submissão do Poder Judiciário em relação aos outros dois, tampouco superioridade, mas, somente em caráter excepcional, fará o controle das políticas públicas, corrigindo o que estiver em desacordo com a Constituição, leis e também omissões para atender as disposições constitucionais, situações essas que permitem ao magistrado a interferência nos atos discricionários.⁴⁷

A teoria da separação dos Poderes foi flexibilizada atribuindo-se ao Judiciário legitimidade para rever os atos dos demais Poderes com o intuito de atender os direitos fundamentais.

Aqui, portanto, surge um dos pontos mais delicados, pois se indaga a presença da separação ou não dos Poderes quando o Poder Judiciário interfere na escolha das políticas públicas, ou seja, se tal atividade se manifesta enquanto um instrumento de frenagem dos demais Poderes pela não observância dos mandamentos constitucionais, ou se realmente estaria havendo uma invasão de competências.

⁴⁴ DALLARI. *O Estado federal*, p. 30.

⁴⁵ TORRES. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 291.

⁴⁶ Cf. FERRAZ. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*, p. 13.

⁴⁷ BROLIANI. *Op cit.*, p. 132.

⁴⁸ Nesse sentido a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inc. XXXV, prevê que: *a lei não excluirá da apreciação*

O fato é que, em que pese uma parte da doutrina ser contrária à possibilidade de interferência do Poder Judiciário em relação às políticas públicas, verificam-se, a partir dos julgados, algumas decisões garantindo ao cidadão o atendimento dos direitos sociais que estão previstos na Constituição que, contudo, acabaram não sendo prestados pela Administração Pública. Ou seja, outro problema se corrobora na efetividade das decisões proferidas pelos magistrados.

De qualquer sorte, essa decisão deverá se pautar pelo princípio da proporcionalidade, a fim de que não haja um excesso. Destarte, com a evolução da sociedade, o Judiciário que servia tão-somente para resolver lides entre particulares, assume a função de responsabilizar o próprio Estado nos casos de dano aos seus indivíduos, sendo, portanto, o responsável por garantir os direitos e deveres (individuais e coletivos), conforme o próprio texto constitucional.⁴⁸

Por conseguinte, estar-se-ia diante de uma revisão da teoria de separação de Poderes, uma vez que o Poder Judiciário, quando determina a implementação de determinada política pública atuando como fiscal, na medida ele estaria revendo atos legislativos, bem como a omissão dos outros Poderes.

Nesse contexto seria possível fazer uma relação com o movimento da “politização do Judiciário” pelo qual vem se atribuindo a ele o poder de decidir questões eminentemente políticas com o intuito de garantir os direitos aos cidadãos, realizando, dessa forma, uma hermenêutica cada vez mais comprometida com as funções do Estado Democrático de Direito.

Sem embargo, no que tange à elaboração de leis orçamentárias, ou ainda, quando existe omissão em determinadas matérias, indaga-se “poderia o poder judiciário alterar ou determinar políticas públicas contidas ou não no planejamento? Poderia determinar ações e despesas não previstas nas leis orçamentárias?”⁴⁹

Em resposta a essas indagações, na verdade, não incumbe aos magistrados a definição de políticas públicas, sendo este papel conferido aos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, uma vez provocado, o Poder

do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁸ BROLIANI. *Op. cit.*, p. 128.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 129.

Judiciário concorrerá para a realização das políticas públicas dando real atendimento das necessidades sociais,⁵⁰ tendo em vista o cumprimento da Constituição da República.

Nada obstante, tem-se que “o problema não é de substituição do executivo pelo judiciário ou pelo ministério público, mas sim de cumprimento da Constituição e interpretação das normas constitucionais, legais, e ainda dos limites da Administração”.⁵¹

Ademais, em razão dessa falência estatal, com cada vez mais frequência, verifica-se que o Estado se retira da posição de prestador e proporcionador de prestações positivas aos seus cidadãos, instituindo entidades diversas, como o Terceiro Setor — que deixam de lado o atendimento dos direitos fundamentais, buscando-se, na maioria das vezes, tão-somente, o lucro — e, além disso, criando organismos autônomos — agências reguladoras — com o fim de orientar algumas relações existentes entre empresas e sociedade civil.

Assim, necessária se faz uma distinção entre duas figuras: a primeira delas se dá quando o legislador já previu determinada política pública em algum sentido, cabendo ao magistrado tão-somente executá-la. Neste aspecto, não há como sequer se mencionar a teoria da separação de Poderes, na qual o julgador estaria legislando, mas apenas está cumprindo o que foi lavrado pelo Administrador.

Situação diversa ocorre nos casos assim delimitados em se tratando de omissão legislativa, ou seja, em que pese a previsão constitucional de determinada política pública de forma generalizada, o administrador/legislador acabou por não determinar àquela política, e como tal, cabe ao indivíduo que se sente lesado buscar do Poder Judiciário a concretização de seus direitos.

Nessa segunda hipótese, consoante posicionamento de Eduardo Appio, não é cabível ao Judiciário mediante sentença em uma ação civil pública a prática de um ato típico e privativo da Administração, por ferir a teoria da separação de Poderes, abordando ainda a discricionariedade política para a escolha das políticas públicas.⁵²

Destarte, o controle das políticas públicas depende primeiramente

⁵¹ FRISCHEISEN. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público*, p. 41.

⁵² APPIO. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, p. 168-169.

da identificação de seus parâmetros. Em assim sendo, há que se destacar a necessidade de obedecer às metas estabelecidas na Constituição, e, por conseqüência impedir que algumas políticas públicas, as quais não se sucedem como metas constitucionais, sejam aplicadas antes das estabelecidas pelo constituinte.⁵³

Com efeito, algo que se pode indagar é de “que parâmetro de controle se poderia falar aqui então?” Se na construção de qualquer parâmetro de controle é preciso especial cuidado para não invadir, com o Direito, o espaço próprio da política, mais ainda quando esse parâmetro envolva a limitação do espectro de escolha dos poderes constituídos em matéria de políticas públicas.⁵⁴

Retornando ao questionamento da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, tal resposta está no próprio texto da Constituição. Nesse diapasão, verifica-se que a Administração é passível de controle quando não houver o cumprimento dos direitos constitucionalmente previstos no que se refere à ordem social, partindo-se da premissa de que o Administrador fica vinculado ao seu cumprimento.⁵⁵

Em assim sendo, o controle da execução de uma política pública se faz não somente com uma anulação de um ato administrado, mas o magistrado altera todo o seu conteúdo, substituindo-se ao Poder Executivo. Ou seja, a partir dos direitos os quais estão genericamente previstos constitucionalmente deixa de possuir a decisão judicial natureza invalidatória, passando a assumir a substitutiva, o que leva a conclusão de que o Judiciário se comportaria como verdadeiro legislador positivo.⁵⁶

Nesse diapasão, como bem ponderou Andreas Joachim Krell, “podemos observar que o instrumento do orçamento público ganha suma importância na questão na realização dos serviços sociais; quando este não atende aos preceitos na constituição, ele pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela”.⁵⁷

Em decorrência de tais questões, diversos são os questionamentos ainda sem resposta a despeito dessa temática: poderia o Judiciário anular o

⁵³ BARCELLOS. *Neoconstitucionalismo...*, p. 93.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 98.

⁵⁵ FRISCHEISEN. *Op. cit.*, p. 87.

⁵⁶ APPIO. *Op. cit.*, p. 138-139.

⁵⁷ KRELL. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional*

orçamento? É cabível um controle prévio do projeto de lei orçamentária, mesmo tendo a texto constitucional reservado ao Legislativo a análise das leis? Seria lícito o Judiciário anular uma despesa em detrimento de outra, em prol de determinada política pública? Quem seria o legitimado para propor uma ação para anular o orçamento? O Judiciário pode determinar alocação de recursos?⁵⁸

Sobre a temática da alocação de recursos, “chamamos de princípios de justiça distributiva as concepções gerais sobre como recursos escassos devam ser alocados. Alguns princípios voltam-se para características dos indivíduos (...) já outros princípios voltam-se mais para a mecânica de alocação, sem demandar qualquer conhecimento individualizado sobre os potenciais beneficiários”.⁵⁹

Portanto, só será legítima a intervenção do Judiciário quando o Poder Executivo não cumprir seu papel de elaboração da política pública de garantir o mínimo existencial, que servirá como garantidor da dignidade da pessoa humana.⁶⁰

Entretanto, o constitucional não é o único controle que se insurge no âmbito judicial.⁶¹ Destarte, “o administrador está vinculado à Constituição e à implementação das políticas públicas da ordem social (quer diretamente quer em parceria com a sociedade civil — nesse sentido atuando também como fiscalizador), estando adstrito às finalidades explicitadas na Constituição, bem como nas leis integradoras, e não cumpri-las caracteriza omissão, passível de responsabilidade”.⁶²

A primeira análise do magistrado quanto à matéria orçamentária deverá ser realizada no âmbito do atendimento dos mandamentos constitucionais

“comparado”, p. 99.

⁵⁸ Sobre essa temática, “é certo que pelo princípio da inércia, não pode o Judiciário influenciar na conduta dos demais poderes constituídos a não ser que devidamente provocado para tanto. Ocorre que, quando esta provocação ocorre, é porque se verificou uma pretensão resistida, ou seja, no caso dos direitos fundamentais sociais a prestações, verificou-se uma omissão do Estado em cumprir com tarefa prevista na Constituição Federal. Nesta condição, o Judiciário é convocado a fazer valer a norma constitucional, em sua materialidade, conforme a Teoria da Constituição Dirigente adaptada aos Países de Modernidade Tardia. Já se verificou que nestas circunstâncias, confiar exclusivamente na atuação política dos poderes públicos pode significar deixar de atender pretensões jusfundamentais, de modo que o direito fundamental social não satisfeito venha a significar a exclusão social de seu titular” (OLSEN. Op. cit., p. 310).

⁵⁹ AMARAL. Op. cit., p. 169.

⁶⁰ WILLEMANN. O princípio de generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. *Revista de Direito Administrativo*, p. 113, 126.

⁶¹ SANTOS. *Interpretação constitucional no controle judicial de políticas públicas*, p. 94.

⁶² FRISCHEISEN. Op. cit. p. 91.

expressos. Nesse diapasão, constata-se que o Judiciário está em constante incumbência de superar discussões acerca da realidade constitucional *versus* realidade política.⁶³ Portanto, tanto o controle de constitucionalidade como a análise das políticas públicas não podem ser concebidos como uma “invasão de competência”, pois não se trata de analisar questões meramente políticas ou ainda o mérito administrativo, que não pode ser analisado por este, segundo alguns autores.⁶⁴ Por conseguinte, somente nos casos de expressa previsão na Carta Política é que se faz presente o controle.⁶⁵

Desta feita, conforme assevera Marília Lourido dos Santos,⁶⁶ em relação ao rótulo de algumas questões as quais se restringem as análises políticas “não se podem esconder questões que afetam de forma direta e rotineira o exercício dos cidadãos, como é o caso das políticas sociais e seus efeitos. Reitere-se que a atividade jurisdicional se dá pela mediação da norma e dos princípios jurídicos, o que não se elimina, estabelece uma pauta de controle para o subjetivismo”.⁶⁷

Nada obstante, essa “justiça constitucional” traz uma concepção de unidade no que tange ao *telos*, uma vez que preconiza a tutela constitucional, cabendo ao Poder Judiciário esse controle,⁶⁸ conforme já mencionado anteriormente.

Contudo, conforme assinala Marília Lourido dos Santos, “por isso, o constrangimento que representa deve ser o mínimo necessário para assegurar aquele ideal de justiça postulado do texto constitucional”.⁶⁹ Ou seja, não se trata de uma guerra de forças entre os Poderes, mas justamente de atribuir ao Judiciário sua missão de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse diapasão, cabe colacionar alguns julgados em que houve uma intervenção efetiva do Poder Judiciário para a garantia dos direitos fundamentais.

Ementa: Ação civil pública. Duplicação de rodovia federal. Intervenção do

⁶³ SANTOS. *Interpretação...*, p. 98-99.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁵ FRISCHEISEN. *Op. cit.*, p. 87.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ CAPELETTI. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 25-26.

⁶⁹ SANTOS. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

Poder Judiciário na Administração Pública. Possibilidade. Antecipação de tutela. A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativa a duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência. Decisão: a turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Vencido o Des. Athayde, entendendo descaber a invasão do poder judiciário nas políticas públicas, no mérito da administração Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AGA 200404010145703, 4ª Turma, Relator: Juiz Edgard Lipmann Júnior, Diário da Justiça da União 04 de agosto de 2004.

Ementa: Ação civil pública. Direito do consumidor. Correta informação acerca dos riscos e potenciais danos que o consumo de bebidas alcoólicas causa à saúde. Inscrição necessária nos rótulos de bebidas alcoólicas. 1. É possível e exigível do Judiciário, impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor (art. 6º, II, III e IV, da Lei 8.078/90), pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição. 2. O consumo de alcoólicos não interessa só à comunicação social, propaganda e ao comércio de tais produtos, interessa sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular, do direito de informação e de proteção ao consumidor. 3. O comando do art. 9º, do Código do Consumidor, indica os direitos básicos do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo, tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde, cuja informação deve ser feita de maneira ostensiva, a despeito da previsão do art. 4ª, §2º, da Lei 9.294/96 determinar que os rótulos de bebidas alcoólicas conterão advertência para que os consumidores evitem o consumo excessivo de álcool. 4. Condenada a ré União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território pátrio, do teor alcoólico e do alerta em expressão gráfica adequada, de que “O ALCÓOL PODE CAUSAR DEPENDÊNCIA E EM EXCESSO É PREJUDICIAL À SAÚDE: e a ABRABE a expedir esta informação a todas as suas associadas e comunicar aos demais produtores de alcoólicos, quanto à necessária adequação. 5. Provido o recurso. Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 478166, Processo 200204010006100, 3ª Turma, Relatora: Juíza Marga Inge Barth Tessler, Diário da Justiça da União 27 de maio de 2003.

Destarte, o controle judicial das políticas públicas dentro do contexto brasileiro caracterizou-se com um elemento imprescindível com o intuito de se estabilizarem as relações sociais. Com efeito, duas são as espécies passíveis de controle pelo Poder Judiciário: o da legalidade e o da legitimidade. A discussão se dá quanto à possibilidade de controle e o alcance do controle do magistrado sobre as escolhas feitas, a partir de uma ponderação do orçamento daquele ente estatal, respeitado o princípio da proporcionalidade.

Em assim sendo, o que se discute é a concepção da lei enquanto um mecanismo transformador das estruturas sociais, estabelecendo, dessa forma, políticas públicas, cabendo, portanto, o seu controle, não somente sob uma perspectiva de controle formal em relação ao texto constitucional, ou seja, é imperioso avançar a interpretação, no modelo atual, com vistas à legitimação do processo decisório.

6 Conclusão

De tudo o que fora exposto, é de se notar que as políticas públicas são o mecanismo a ser utilizado pelo Estado com o intuito de assegurar, dentre muitos, os direitos prestacionais assegurados pelo texto constitucional de 1988. Por conseguinte, tem-se que os direitos fundamentais dispostos no referido texto não servem tão-somente como mandados de otimização, mas sim como incumbências estatais, não podendo, em hipótese alguma, o Estado se eximir de suas responsabilidades.

Questões como a escassez de recursos frente à reserva do possível foram flexibilizadas, uma vez que as prestações oferecidas pelo poder público traduzem-se como fundamento de legitimidade do próprio Estado. Por assim dizer, o mínimo existencial continua sendo um vetor que não pode ser olvidado pela Administração Pública.

De outro viés, a partir de uma revisão dos modelos de Estado, verifica-se que o Estado brasileiro passa por uma época de transição pela qual se introduz o modelo gerencial de Administração Pública, sendo repassadas à iniciativa privada muitas das prestações dantes públicas, mas isso não pode servir de justificativa para se eximir de suas responsabilidades.

Por conseguinte, ainda que se admita uma transformação no modelo de Estado, não se pode perder de vista que a Carta Política atua como instrumento norteador das prestações incumbidas ao Estado, assegurando os direitos sociais, que são compreendidos como direitos fundamentais, e, portanto, como cláusulas pétreas, não passíveis de alteração pelo poder constituinte derivado.

De qualquer sorte, não se pode perder de vista a cogência do Texto Constitucional, enquanto instrumento responsável por assegurar direitos aos cidadãos, sob pena de questionamento da própria existência estatal. Desta feita, a discricionariedade posta ao administrador quanto à escolha dos direitos a serem assegurados também será relativizada. Em assim sendo,

o próprio texto constitucional acabou por disciplinar as diretrizes básicas a serem “regulamentadas” pelo Administrador, vinculando-o às escolhas constitucionais.

Diante do quadro caótico, criou-se a possibilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas com o intuito de assegurar os direitos prestacionais a partir de uma revisão da teoria da separação de Poderes. Em que pese o questionamento da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário sobre a intervenção no âmbito das políticas públicas, constatou-se que enquanto responsável pela garantia de direitos fundamentais, e, pelo dispositivo constitucional que determina a possibilidade de intervenção do magistrado em qualquer lesão ou ameaça a direito, será lícita a escolha de políticas públicas visando assegurar os direitos aos cidadãos.

Enfim, o que será necessário, apesar das críticas apontadas no presente trabalho, é a análise das políticas públicas no caso concreto, não se deixando de ponderar a partir da tríade existente (necessidade, utilidade, proporcionalidade), a fim de que sejam otimizados os recursos sem deixar de atender os direitos fundamentais do cidadão. E, portanto, realizando-se um controle jurisdicional a partir dos mandamentos constitucionais, buscando atender os direitos resguardados no texto constitucional.

Abstract: It deals about one brief analysis to the duty of positive installments for the Brazilian State, from the devices in the Constitution. Diverse foreign theories had been received in the Brazilian laws, but this does not allow that the state if exempts of its responsibilities. Of this form, the responsible one for assuring this right will be the Judiciary Power, as guard of the Constitution.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 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.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003.
- ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 09 jun. 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo direitos fundamentais e controle das

políticas públicas. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 22 abr. 2006.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 119-134, jul./set. 2005.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CAPELETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de; LANIADO, Ruthy Nádia. Transição democrática, políticas públicas e movimentos sociais. In: MOURA, Alexandrina Sobreira de (Org.). *O Estado e as políticas públicas na transição democrática*. São Paulo: Vértice; Revista dos Tribunais, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Atualização do livro: *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/l/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244-260.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003.

FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2006.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito público*

moderno: homenagem especial ao Professor Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 97-118.

GASTALDI, Silvana. A implantação de políticas públicas como objeto juridicamente possível da ação civil pública. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=124>>. Acesso em: 02 jun. 2006.

GIOVANNI, Geraldo Di. Políticas públicas. Disponível em: <www.ead.fiocruz.br/comunidade/politicasenap/downloads/PP2.ppt>. Acesso em: 15 mar. 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle judicial das omissões administrativas*: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos CEDES*, Campinas, v. 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010132622001000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 mar. 2006.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito tributário e financeiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível*. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

OURIQUES, Nildo Domingos. Estado e políticas públicas na América Latina. In: NOGUEIRA, Francis Mary Guimarães (Org.). *Estado e políticas sociais no Brasil*. Cascavel: Edunioeste, 2001.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIANNA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *RAP — Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 5-30, mar./abr. 1996.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. O princípio de generalidade e o direito ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227, p. 111-130, jan./mar. 2002. p. 113.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PALADINO, Carolina de Freitas. Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 219-240, abr./jun. 2008.