



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional**

ANTONIA NEUMA MOTA MOREIRA DIAS

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**FORTALEZA**  
**2014**

ANTONIA NEUMA MOTA MOREIRA DIAS

## **CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia submetida à banca examinadora do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Me. Flávio José Moreira Gonçalves

FORTALEZA  
2014

ANTONIA NEUMA MOTA MOREIRA DIAS

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Flávio José Moreira Gonçalves (ESMEC/UFC)

---

Prof. Me. Antonio Carlos Klein (ESMEC)

---

Profa. Esp. Maria de Fátima Neves da Silva (ESMEC)

“A verdade, posto que impotente e sempre perdedora em um choque frontal com o poder, possui uma força que lhe é própria: o que quer que possam idear aqueles que detêm o poder, eles são incapazes de descobrir e excogitar um substitutivo viável para ela”.

(Hannah Arendt, **Entre o Passado e o Futuro**, p. 320)

## SUMÁRIO

### **INTRODUÇÃO**

### **1 A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE DE LIBERTAÇÃO**

1.1 A função do Estado

1.2 Estado Liberal e Estado Social

### **2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DA SEGUNDA GERAÇÃO**

### **3 O QUE SÃO POLÍTICAS PÚBLICAS**

3.1 Distorções na formulação das Políticas Públicas

3.2 A efetivação dos direitos sociais frente à teoria da reserva do possível

3.3 O mínimo existencial

### **4 Controle Judicial das Políticas Públicas na Jurisprudência**

4.1 A posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

4.2 A posição do Supremo Tribunal Federal (STF)

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

### **REFERÊNCIAS**

## RESUMO

Com o advento do Estado Social, fruto da crise do Estado Liberal nascido após o movimento revolucionário que eclodiu no século XVIII, surgem os direitos fundamentais da segunda geração, que são os direitos sociais. A concretização desses direitos demanda a utilização de recursos financeiros por parte do Estado. A escassez de recursos dificulta a realização plena e satisfatória de todas essas necessidades. Surgiram, assim, as teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. A teoria da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado para se omitir de realizar o mínimo existencial. A Constituição Federal confere ao Judiciário o poder de tutelar qualquer lesão ou ameaça a direito, ainda que decorrentes de “políticas públicas” ou da falta delas, sem ignorar a necessidade de uma “prudente e responsável autolimitação funcional” por parte dos magistrados, que devem sempre observar o princípio da proporcionalidade em suas decisões, sobretudo aquelas que envolvam o controle judicial de tais políticas.

**Palavras-chaves:** Direitos Sociais. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Políticas Públicas. Controle Judicial.

**ABSTRACT**

With the advent of the welfare state, the result of the Liberal State crisis born after the revolutionary movement that broke out in the eighteenth century, there are fundamental rights of the second generation, which are social rights. The realization of these rights requires the use of financial resources by the state. The scarcity of resources hinders full and satisfactory completion of all of these needs. Thus arose the theories of the Possible Reserve and the Existential Minimum. The theory of reserve for can not be invoked by the State to omit performing the existential minimum. The Constitution gives the Federal Judiciary the power to protect any injury or threat to a right, albeit due to " public policy " or lack of them , without ignoring the need for a " prudent and responsible functional voluntary restraint " on the part of the judges , which shall always observe the principle of proportionality in their decisions , especially those involving judicial review of such policies .

**KEYWORDS** Social Rights. Possible Reserve. Existential min. Public Policy. Judicial control.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais surgem na Idade Moderna, a partir das grandes transformações políticas, filosóficas e econômicas vividas no século XVIII, objetivando libertar o homem da opressão imposta pelo absolutismo.

A civilização ocidental tem o seu marco de expressão inicial na Grécia. Os gregos vivenciaram a democracia direta, em que os cidadãos atenienses deliberavam sobre os assuntos de interesse da coletividade; não elegiam, porém, representantes do povo. Cabia ao cidadão, pessoalmente, a formulação das políticas de interesse da comunidade. Não participavam das deliberações as mulheres, os escravos, nem os estrangeiros. Com o domínio dos romanos sobre a Grécia, os gregos e uma parte significativa do mundo passou a viver sob as ordens de Roma, que utilizava a política de dominação, e exigia tributos dos povos subjugados.

Após o término do Império Romano, o seu território foi dividido em feudos, nos quais os senhores feudais mantinham exércitos com autonomia total sobre as áreas conquistadas.

No feudalismo, os senhores feudais tinham um papel preponderante, diante do poder estatal. As pessoas, inclusive, integravam o direito de propriedade, na condição de servos, fazendo parte da terra.

As pestes, que assolaram a Europa, as guerras e o florescimento da burguesia levaram ao enfraquecimento do sistema feudal, com o conseqüente fortalecimento dos reis, que implantaram o Estado Absolutista, no qual o monarca era a própria lei. A ele competia o direito de preservar a vida ou decretar a morte do súdito.

Na medida em que a burguesia se expandia economicamente, iniciou-se um questionamento sobre o limite do poder reconhecido ao monarca. Coube a John Locke demonstrar pela primeira vez ao mundo que Deus, na sua infinita misericórdia, não iria colocar um único indivíduo na terra para ser senhor dos demais. O seu questionamento despertou a atenção de muitos que passaram a

exigir mais liberdade e respeito aos direitos emanados da reta razão; direitos esses que a civilização consagraria como direitos fundamentais.

No capítulo II, do *Segundo Tratado Sobre o Governo*, Locke (2004, p.23), considerado um dos pais do liberalismo, põe em destaque a “lei da natureza” que, segundo ele, inspirou a formulação da primeira geração dos direitos. Como nos ensina Bobbio, ao comentar o pensamento de Locke, a lei da natureza ensinaria “a todos os homens, desde que desejem consultá-la, que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve provocar danos aos demais no que se refere à vida, à saúde, à liberdade ou às posses” (BOBBIO, 2013, p. 12).

As ideias sobre direitos naturais foram materializadas nas Declarações dos Direitos nos Estados Unidos (Virgínia, 1776) e na França com a Revolução. O art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assim consagra a boa razão na limitação do poder: “o objetivo de toda associação é a conservação dos direitos naturais e não prescritíveis do homem”.

Não bastava, porém, a exaltação, em textos, proclamando direitos sem garantia alguma de sua efetividade. Necessário se fazia a limitação dos poderes daqueles que agiam em nome do Estado porque, como constatara Montesquieu, todo homem investido em cargo público tende a cometer abuso. A consagração da separação dos poderes apresentou-se, assim, como mecanismo de contenção das autoridades que receberam do povo a atribuição de agir, em seu nome, e sempre na defesa de seus interesses.

Com abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica de natureza teórica e documental (legislação e jurisprudência), este trabalho faz um apanhado do que há na literatura jurídica acerca do tema controle de políticas públicas e encontra-se dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo abordou a Constituição como fonte de libertação, demonstrando a importância do advento do constitucionalismo moderno como instrumento inicial de limitação de limitação do poder dos governantes,

libertando os cidadãos do jugo do absolutismo, que os via não os titulares de direitos individuais, mas como súditos de uma ordem opressora.

No segundo capítulo, foram abordados os direitos sociais como direitos fundamentais da segunda geração, destacando a emergência do Estado Social e a necessidade de prestações positivas como forma de garantir concretamente o ideal de igualdade erigido à condição de bandeira das revoluções e movimentos sociais de trabalhadores, do campo e da cidade.

O conceito de políticas públicas, as distorções na formulação de tais políticas e a preocupação em efetivar os direitos sociais frente à teoria da reserva do possível e à noção de mínimo existencial foram tratados no terceiro capítulo.

Por fim, o capítulo quarto procurou abordar de forma mais detida o controle Judicial das políticas públicas, com análise da jurisprudência, sobretudo aquelas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a temática.

## **1 A CONSTITUIÇÃO COMO FORMA DE LIBERTAÇÃO**

O constitucionalismo moderno tem como marco inicial a Declaração dos Direitos da Virgínia, datada de 12 de junho de 1776. Nesse documento histórico, os homens celebraram um pacto definitivo que iria colocar cada indivíduo como titular de direitos básicos que, em tese, passariam a ser respeitados por todas as gerações. Ali, os direitos humanos, o governo representado, a soberania popular, a separação de poderes, o governo limitado e a responsabilidade dos atos do governo constituíam garantia de proteção às pessoas. Passaram estas, por força do reconhecimento da soberania popular, a assumir a condição não mais de súditos, mas de cidadãos. Foi, então, lançado o alicerce do constitucionalismo que reconhece, na constituição, a base de sustentação dos direitos e de contenção do poder. De fato, como consequência da prevalência do texto constitucional, limitando o poder e assegurando direitos fundamentais, o mundo reconhece a supremacia da constituição e a exalta como fonte de libertação e de garantia dos direitos fundamentais.

Em 1776, a Declaração dos Direitos de Virgínia demarcou os traços do constitucionalismo moderno. Enumera Horst Dippel (2007, p. 10) o catálogo completo das suas características essenciais: direitos humanos, governo representativo, a constituição como direito supremo, soberania popular, princípios universais, separação de poderes, governo limitado, responsabilidade e sindicabilidade do governo, imparcialidade e independência dos tribunais, o reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da Constituição.

Surge, então, nesse contexto de ruptura com a opressão, o Estado Liberal que, sem levar em consideração a efetiva desigualdade dos homens, proclama a liberdade absoluta. Sob pretexto do seu exercício, porém, os economicamente mais favorecidos acabavam oprimindo os mais pobres.

A Revolução Francesa consagrou a liberdade, a igualdade e a propriedade como direitos fundamentais de primeira geração que passaram a ser disseminados no mundo, reconhecendo no homem não mais a condição de indivíduo, mas de cidadão apto à fruição de direitos protegidos pelo Estado, sobretudo, contra aqueles investidos no Poder. Essa investidura, por sua vez, objetivava não mais fazer aquilo que convinha ao governante, mas se destinava a realizar o melhor para a coletividade, observando diretrizes e normas, previamente estabelecidas pelos representantes do povo, legitimamente eleitos.

O governante não pode fazer o que lhe convém, mas, exclusivamente, aquilo que foi previamente autorizado. A lei, portanto, atua como um instrumento de demarcação da competência, estando essa diretriz, aliás, projetada na própria Constituição Brasileira, cujo artigo 37 consagra o princípio da legalidade, entre os mais relevantes, ao lado dos princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Na formulação da lei, deve ser captada a vontade do povo, informando aos governantes os rumos que a cidadania deseja seja por eles seguidos, configurando-se abuso as ações praticadas em descompasso com o interesse coletivo. O princípio da legalidade busca, assim, assegurar plena observância pelos governantes àquilo que os representantes do povo, no Legislativo, expressam em seu nome. Os excessos e os abusos configuram graves ofensas à própria soberania popular na medida em que desacatam a vontade do seu titular.

A impessoalidade, exigida na condução dos negócios públicos, por sua vez, impede o direcionamento da ação estatal em benefício de pessoa, individualmente considerada, desprezando o interesse superior da coletividade. Representa uma significativa conquista da civilização e a certeza de que o poder pertence a todos, não podendo o titular do mandato direcionar as ações do poder público para beneficiamento de parentes, correligionários ou amigos sem praticar ato nulo por ofensa à Constituição.

Nesse particular, se faz necessário um amplo debate na sociedade, objetivando a conscientização de todos os cidadãos para que, uma vez investidos quaisquer deles na função pública, respeitem efetivamente esse princípio, num atestado tal de evolução da cultura que provoque constrangimento naqueles que ousem desacatá-lo para beneficiar, com a marca do fisiologismo e do desvio de finalidade, alguns privilegiados.

Uma sociedade justa e solidária não pode tolerar a prevalência do nepotismo, do direcionamento das ações do Poder Público, na formulação das políticas públicas, para favorecimento de quem quer seja. Exige-se ação estatal permanentemente voltada para a realização dos anseios superiores da sociedade, sendo, para tanto, necessária a oitiva dos segmentos qualificados do grupo social, consagrando-se, em última análise, a democracia participativa. Esta nada mais significa do que o reconhecimento de que a titularidade do poder pertence efetivamente ao povo. A despeito da delegação de poderes aos seus representantes, não se retira dele a titularidade, devendo ser levado em consideração pelos governantes tudo aquilo que reputa com prioritário.

A transparência na administração da coisa pública, a obediência irrestrita ao princípio da legalidade e aos demais princípios constitucionais e o tempero de mecanismos de participação direta (iniciativa popular, referendo, plebiscito, orçamento participativo), quando efetivamente empregados pelos governos, afastariam a suspeita de predomínio das relações pessoais de compadrio, vizinhança e parentesco, denunciadas por Victor Nunes Leal (2012) e que ainda persistem na cabeça daqueles que exercem funções públicas no Brasil em pleno século XXI.

Aliás, o autorizado Sérgio Buarque de Holanda já em 1936 detectava o “patrimonialismo” como a praga que coloca o interesse coletivo em segundo plano no gerenciamento da coisa pública. A despeito da multiplicidade de escolas, universidades, e do aparato jurídico a exaltarem e eficiência, a impessoalidade e a moralidade, suas palavras, ainda hoje, são de espantosa realidade, *verbis*:

“Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. As escolhas dos homens que irão exercer funções públicas fazem-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.

[...] No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares, que encontra seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis, a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade”. (p. 146)

## 1.1 A função do Estado

O Estado tem como missão específica realizar aquilo que represente o melhor para a sociedade. A única finalidade do Estado deveria ser a de servir aos cidadãos. Não é e nem deveria ser o Estado um instrumento colocado à disposição dos grupos que, eventualmente, detêm o seu comando. Cabe àquele, precipuamente, a produção das leis, a solução dos conflitos e a realização do bem comum. Para a produção da lei, a sociedade deve qualificar as pessoas que serão investidas no poder legislativo, para, captando aquilo que seja necessário para a paz e a harmonia do grupo social, elaborar as normas de conduta que devem prevalecer sobre o interesse de cada um dos habitantes de seu território.

A qualificação dos homens para atuar como representantes do povo, no parlamento, deve ser uma questão prioritária para a edição de normas de interesse geral. A eles cabe a elaboração de regras que estimulem a sua observância pelos cidadãos que são os seus destinatários. Na idoneidade do legislador, encontra-se um fator essencial para a efetividade da norma.

A segunda grande atribuição do Estado é dirimir os conflitos entre as

pessoas que habitam o seu território. Para o desempenho dessa sublime missão, também deve a sociedade qualificar seus integrantes, conscientizando-os de que, na busca da concretização do ideal de justiça, reside um dos pontos de maior grandeza do ser humano. É a partir da isenção, neutralidade e dignidade dos seus magistrados que o Estado edifica as bases da harmonia na sociedade, gerando a segurança necessária e imprescindível à prosperidade e à paz no grupo social.

Por fim, como terceira finalidade da atuação estatal, destaca-se a realização do bem comum, que se resume no permanente compromisso, daquele que recebeu do povo a missão de governar em seu nome, de satisfazer aquilo que representa o melhor para a coletividade. A sociedade deve, para tanto, preocupar-se com a formação dos seus integrantes para que, dentre eles, possam surgir verdadeiros estadistas, pessoas de espírito superior que sejam capazes de colocar o seu interesse pessoal abaixo do interesse coletivo. Realizar o bem comum significa priorizar aquilo que representa o melhor para a coletividade, em determinado momento. Por exemplo, entre consumir parte significativa de recursos, na edificação de obras supérfluas e gastar o dinheiro público na construção de escolas, estradas ou hospitais, deve o governante bem formado optar por aquilo que melhor atenda o interesse do povo sob seu comando. No acerto da priorização do bem comum, resulta a prosperidade da própria nação, evitando-se desperdício inútil com obras suntuosas e rigorosamente desnecessárias, que punem os contribuintes, os quais acabam sendo obrigados a custeá-las, mesmo indignados com sua edificação. As gerações futuras pagam muito caro pelos equívocos dos governantes que não sedimentaram, na sua formação, o compromisso de realizar o melhor para o povo, deixando-se levar por interesses subalternos, fazendo apenas o que convinha aos seus caprichos ou, muitas vezes, aos objetivos escusos de apadrinhados.

A propósito das funções do Estado, observa Thomas Hobbes (1979, p. 107):

[...] um estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer

homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção tanto os que votaram a favor dele, como os que votaram contra eles deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens tal como se fossem próprios atos e decisão a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.

A realização da paz, portanto, constitui-se a grande missão do Estado. Sem a paz social, os homens retornam ao estado primitivo em que a força do mais forte prevalecia sempre. O reconhecimento do Estado, como apto a restringir direitos e liberdades por meio de leis, representa, assim, um necessário mecanismo para a contenção da predisposição do homem à agressividade. O Estado, porém, é uma ficção. Age, exclusivamente, por meio dos agentes públicos que são investidos nas respectivas funções. Nesse passo, quando se qualifica o Estado como autoritário se está a afirmar que as pessoas investidas no seu poder de comando são arrogantes, arbitrarias, não educadas para a democracia ou, em última análise, destituídas da grandeza de espírito que é necessária para o governante se tornar um grande estadista.

Para que o Estado possa cumprir suas atribuições de forma eficiente é imprescindível, convém repetir, que a sociedade tenha sua atenção voltada para a boa formação das pessoas, que, no futuro, serão investidas no comando das ações governamentais. Essa educação para a cidadania deve ser estimulada através do cultivo da ética; da aplicação efetiva da sanção a todo e qualquer ocupante do poder público que, através de comprovadas ações delituosas, violem as leis que disciplinam o exercício das respectivas funções na Administração e da educação política de governantes e governados.

A ausência de sanção aos infratores da lei estimula o descumprimento das normas de conduta, em todos os segmentos da sociedade; consolida uma cultura de desvio de verba pública, gravemente nociva à sociedade, pela completa subversão das diretrizes para a formulação das políticas públicas, levando a sociedade ao empobrecimento com o agravamento das desigualdades. Com a adulteração das prioridades, nas áreas da saúde e da educação, a população fica prejudicada em seus pontos vitais.

A consequência de tudo isso é o aumento das despesas com segurança, com o aparato repressor do Estado. Afinal, sem escolaridade, sem condição de prosperidade e sem capacidade para desfrutar do mínimo de dignidade, o cidadão, relegado a terceiro plano, não pode desfrutar de dignidade, justamente, um dos fundamentos da República, expressamente consagrado no art. 3º, I da Constituição Federal.

## **1.2 Estado Liberal e Estado Social**

Para que os homens se vissem livres do arbítrio do soberano, até então reinante no Estado absolutista, foi necessário que essa primeira versão do Estado constitucional nascesse impregnada de um legalismo excessivo, justificado pela necessidade de segurança jurídica, até então inexistente, de soberania e autonomia da vontade, tudo destinado a limitar o poder do Estado para não oprimir o cidadão. Estava criado, assim, o Estado Liberal, consolidando os direitos de primeira geração que, como destacado, são os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, entre outros.

Ao longo do tempo, entretanto, o que se observou é que em nome desse legalismo exagerado, o mundo assistia às atrocidades decorrentes de grandes guerras mundiais, além da escravidão social dos trabalhadores, em que estes morriam de fome e opressão, tudo isso justificado por uma pseudo-liberdade que era apenas formal e que, na verdade, encobria a gritante desigualdade de fato reinante entre as classes que dominavam e as que eram dominadas.

A propósito do assunto, ao tratar da formação da sociedade americana, que tanto exaltava e ainda exalta a liberdade, anotou Doris Kearns Goodwin, citada por Lincoln (2003, p. 41),

O tema escravidão tinha sido uma fonte de discórdia entre o norte e o sul desde o início da nação. Essa diferença estava incluída na própria Constituição, que estabelecia que um escravo seria considerado três quintos de uma pessoa, para fins de representação no Congresso, e que impunha a obrigação de restituir escravos fugitivos a seus legítimos senhores. Apesar de não ser mencionada na Constituição

pelo nome, a escravidão estava, conforme disse o congressista antiescravagista John Quincy Adams, “incluída no acordo”, o que significava que ele, como todo mundo, deveria “cumprir fielmente as obrigações ali previstas.

Não deixava de ser extremamente irônico que a nação proclamasse a liberdade como direito em seus documentos constitucionais e, por outro lado, convivesse tranquilamente com a escravidão.

A França, percebendo esta e outras contradições profundas do liberalismo, Anatole France, citado por Franz Wieacker (1957, p. 403) já destacava, com fina ironia, a “majestosa igualdade das leis, que proíbe, tanto ao rico como ao pobre, dormir sob as pontes, mendigar nas ruas e furtar o pão”.

Em consequência de tudo isso e das lutas das classes menos afortunadas por melhores condições de trabalho e dignidade, por direitos sociais e maior igualdade material, não apenas formal, o Estado Liberal teve suas diretrizes superadas, dando origem ao Estado Social, com o surgimento dos direitos da segunda geração, que são os direitos sociais.

## **2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO**

Em decorrência da influência das doutrinas socialistas e da Igreja, como consequência da grave crise social, advinda do período de industrialização do século XIX, onde os operários eram massacrados em jornadas extenuantes de trabalho, sem direito a salário digno e sem condições de salubridade, deitando por terra o ideal onírico de igualdade entre os cidadãos, surgiram os direitos da segunda geração, ou dimensão, como também são denominados, e que compreendem os direitos econômicos, sociais, e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades.

Foi no contexto social de opressão da classe trabalhadora, advindo da Revolução Industrial, que as ideias de Marx e Engels encontraram receptividade numa Europa marcada pela desigualdade e propícia a Revoluções, entre as quais a de 1848. Nigel Warburton (2012, p. 174-5) fez uma retrospectiva da sociedade ao tempo em que Marx apresentou o comunismo como solução:

No século XIX, havia milhares de fiações no norte da Inglaterra. As altas chaminés soltavam fumaça negra, poluindo as ruas e cobrindo tudo de fuligem. Nas fiações, homens, mulheres e crianças trabalhavam durante longas horas – geralmente catorze horas por dia – para manter as máquinas em funcionamento. Não havia muitos escravos, mas os salários eram muito baixos, e as condições eram precárias e muitas vezes perigosas. [...] Enquanto isso, os proprietários das fiações enriqueciam, sua principal preocupação era obter lucro. Eles detinham o capital (dinheiro que podia ser usado para fazer dinheiro); eram donos do prédio e das máquinas e, de certa forma, eram donos dos trabalhadores, que por sua vez não tinham quase nada. Tudo o que podiam fazer era vender sua capacidade de trabalho e ajudar os donos da fiação a enriquecer. [...] Quando o filósofo alemão Karl Marx (1818-1883) começou a escrever, na década de 1830, essas eram as condições que a Revolução Industrial havia produzido não só na Inglaterra, mas em toda a Europa. E isso o deixava furioso.

Embora reconhecendo o equívoco de Marx, em centrar na “luta de classes” o fator decisivo na construção da História, Fernando Gonzáles Rey (2004, p. 151) reconhece a sua contribuição por expor relações, até então ocultas, que passaram a receber a atenção do Direito:

A visão marxista foi de um extraordinário valor histórico e conserva esse valor até hoje, porque foi capaz de descobrir as relações ocultas entre uma ordem econômica e as formas jurídicas, políticas e sociais que se institucionalizam em nível social. Não há dúvida de que essa visão configura um sistema que, antes de Marx, era apresentado como uma ordem natural e com relação ao qual Marx nos traz uma representação que evidencia a organização desse sistema ao redor de formas dominantes de um modo de produção. Ao fazê-lo, representou pela primeira vez uma configuração teórica da ordem social que se foi transformando, depois de Marx, em um determinismo economicista sobre a representação da sociedade.

[...] O conceito de classe representa, a meu ver, uma primeira contribuição interessante para o desenvolvimento do conceito do sujeito social. Só que, para Marx, o que impulsiona a ação de uma classe era sua posição com relação ao processo produtivo, enquanto que a história nos mostra que os sujeitos sociais se configuram subjetivamente em determinados momentos históricos, sem excluir a participação do econômico nesses processos de subjetivação, mas

também não considerando o econômico como terminante privilegiado nem último.

Como reação às revoluções motivadas pela exploração dos trabalhadores, o mundo passou a prestar mais atenção na proteção dos menos favorecidos. A Constituição de México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 introduziram no universo do Direito a exigência da proteção social destinada a conter a exploração excessiva do homem. Surgem, então, os direitos sociais.

Esses direitos, consagrados como direitos fundamentais de segunda geração, são também denominados de direitos prestacionais, pois impõem ao Estado o dever de atuar positivamente, de modo a intervir na ordem econômica e social, para que sejam concretizados.

Num primeiro momento esses direitos tiveram eficácia duvidosa por exigir prestação material do Estado, que nem sempre podia dispor de meios e recursos adequados à sua concretização. Daí dizer-se que os direitos sociais constitucionais eram normas programáticas, necessitando de regulamentação através de lei infraconstitucional para produzirem efeitos, e que apenas os direitos da liberdade eram de aplicação imediata.

Atualmente não se pode mais conceber esse tipo de pensamento como regra. As mais recentes constituições do mundo contrapõem-se àquela visão que os enxergava como meras promessas do legislador a realizarem-se a longo prazo. A Constituição do Brasil, em particular, no seu artigo 6º, dispõe textualmente que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Não resta dúvida, portanto, que os direitos sociais são direitos fundamentais do homem. A mesma Constituição prevê no § 1º do artigo 5º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Valendo lembrar que os direitos e garantias individuais foram alçados à condição de cláusulas pétreas, não podendo, por conseguinte, ser abolidos, modificados ou transformados (art. 60, § 4º, IV).

Em palestra realizada no dia 15 de outubro de 2013, na sede do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), o jurista italiano Luigi Ferrajoli considerou a Constituição brasileira uma das mais modernas do mundo por elevar os direitos sociais à característica de direitos constitucionais e criar garantias de efetivação desses direitos. Após classificar o momento constitucional em que os Estados ocidentais vivem como “constitucionalismo de terceira geração” pela transformação dos direitos sociais em direitos fundamentais, observou:

Se as constituições do século XIX, dos Estados liberais, eram um freio ao poder do Estado, as constituições atuais são um passo à frente. São textos que criam, além de limites para o poder estatal, obrigações políticas aos cidadãos. [...] Os direitos fundamentais são de todos e de cada um, e não da maioria. São direitos pré-políticos, e, portanto, não estão à disposição da maioria para que decidam sobre eles.

Há de se ressaltar que a governabilidade, tão enfatizada e invocada pelos governantes para descumprir preceitos constitucionais ou propor sua modificação, é condição que precisa ser criada pela atuação mais efetiva do Estado e dos governos na garantia dos direitos sociais elencados na Constituição, cabendo ao Judiciário e aos demais poderes estatais dar a tais direitos a máxima efetividade possível.

### **3 CONCEITOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Não é tão fácil conceituar políticas públicas e, como diz Cesar Augusto Alckmin Jacob, em artigo escrito para obra sobre a temática, coordenada por Grinover e Watanabe (2013, p. 242),

“...tamanha é a variedade de sentidos do termo, que já se chegou a afirmar que ‘política pública’ poderia ser considerada uma abstração, com identidade e conteúdo a serem reconstruídos por agregação sucessiva, a partir de elementos empíricos, em cada orçamento ou organograma”.

Por Política Pública, conforme Maria Paula Dallari (op. cit., p. 161) entende-se:

“O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial- visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a Política Pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.

Os recursos financeiros do Estado são sempre escassos frente às reais necessidades da sociedade. Assim, é necessário planejar e estabelecer prioridades para os gastos públicos, sempre levando em consideração os fins sociais a que se destinam. Convém lembrar que as leis orçamentárias, às quais a Constituição Federal refere-se, são consideradas expressões de políticas públicas e vinculam os programas de ação dos governos.

Em suma, por políticas públicas entende-se o conjunto de providências adotadas pelo Estado para satisfação do interesse público. A quem compete a formulação de políticas públicas? Aos poderes que integram o Estado, dentro das respectivas esferas de competência, para cumprimento de suas atribuições.

### **3.1 Distorções na formulação de políticas públicas**

Um exemplo de distorção na formulação das políticas públicas encontra-se no excessivo gasto para a construção de estádios e obras para a copa do mundo no Brasil, em 2014. Segundo dados do Ministério do Esporte, aproximadamente R\$ 33 bilhões de reais serão consumidos com essas obras.

Num país que não fornece escola de qualidade para suas crianças, não tem leito para seus doentes, não cuida de seus jovens, nem de seus idosos, não tem lugar adequado para enclausurar seus detentos, não pode se dar ao “luxo” de incorrer nesses monumentais desperdícios.

Essa aplicação do dinheiro público em obras rigorosamente supérfluas, agrava o fosso da desigualdade entre as pessoas, acarretando maior procura do Poder Judiciário para compelir o Poder Público a dar efetividade aos direitos sociais, cuja fruição é dificultada pela aplicação sem critério razoável do dinheiro público.

O cidadão, que paga tributo, não é ouvido para sequer opinar quanto deve ser o gasto com a Copa. Isso representa uma afronta à democracia participativa prevista na Constituição. Quem paga as contas do Estado não pode deixar de ter voz no direcionamento do dinheiro público.

A propósito, discorrendo sobre os institutos da democracia semi-direta, observa Paulo Bonavides:

“A ingerência direta do Povo na obra legislativa fora doutrinariamente preconizada desde o século XVIII, quando Rousseau escreveu que ‘os deputados não são, nem podem ser, representantes do Povo; são apenas seus comissários: nada podem concluir em matéria definitiva’. E acrescentou: ‘toda lei que o povo pessoalmente não haja ratificado é nula: não é lei’.

Como dificilmente se poderia volver à solução política do governo direto, exequível naqueles Estados-cidade da Grécia, ‘onde do alto de uma acrópole se vislumbra todo o território’, o constitucionalismo democrático da idade contemporânea, mais intimamente ligado às inspirações da doutrina da soberania popular, elegeu alguns instrumentos de participação, que dão ao Povo, conservadas embora em parte as formas representativas, a palavra final relativa a todo o ato governativo. É o que ocorre com a democracia semidireta” (p. 302)

A questão não deve ser vista, portanto, apenas sob o ângulo da possibilidade de o Poder Judiciário intervir para dar efetividade aos direitos sociais. Deve a sociedade exigir que os cidadãos sejam ouvidos, que os governantes compreendam que quem exerce o poder por delegação deve fazer o melhor, não para o seu interesse e sim o que interessa ao bem comum.

Há unanimidade entre todos os especialistas no diagnóstico de que a educação de qualidade, sobretudo na infância, é a chave para o combate eficaz contra a desigualdade, contra a violência, enfim para garantir vida digna aos cidadãos. Não priorizar essa área, gastando os governantes valores expressivos com aquilo que é supérfluo, é absolutamente inútil. É punir a

população, aumentando, enfim, a perspectiva de mais demanda ao Judiciário, em decorrência do agravamento da crise na segurança pública e na saúde.

As políticas públicas, para a produção efetiva dos seus efeitos em favor da coletividade, devem ser elaboradas com propósitos comprometidos seriamente com o bem de todos os seus destinatários. Políticas públicas formuladas com objetivos puramente eleitoreiros, destinadas à captação de votos ou para a mera projeção dos governantes responsáveis por sua formulação são fadadas ao desperdício de verba pública por projetarem “desvio de finalidade” na meta a que se propõem.

A crescente convocação do Judiciário para dar efetividade aos direitos sociais é consequência das distorções graves na formulação e execução das políticas públicas. Isso decorre do excesso de fisiologismo e ineficiência da Administração Pública. A propósito, adverte o especialista suíço em recrutamento Egon Zehnder (2012, p. 17 a 21):

a falta de qualificação dos funcionários públicos nomeados por padrinhos políticos chega a ser mais danosa do que a corrupção.

[...] Um ministro sem credibilidade em seu campo de atuação ou sem habilidade para montar uma boa equipe pode paralisar os serviços públicos sob sua responsabilidade. Uma população bem-educada não toleraria isso.

[...] Na Suíça, onde moro, não existe um único cargo público que possa ser preenchido por alguém cuja única qualificação seja atender a critérios políticos.

Para a formulação de políticas públicas que busquem a satisfação do bem comum é necessário, como premissa básica, que os governantes, responsáveis por sua formulação, sejam dotados de efetivo “espírito público” e não apenas “disfarcem” seus propósitos escusos ou inconfessáveis nas “providências” que adotam para sua perpetuação no poder. Busquem efetuar nomeações para cargos relevantes, levando sempre em consideração a retidão do indicado, a sua competência e dedicação ao serviço. A realidade vivenciada por diferentes povos não deixa dúvida: sem preparar o homem para o exercício do poder, dificilmente a sociedade produzirá governante capaz de colocar o

interesse coletivo acima das suas ambições pessoais, no gerenciamento da Administração Pública.

Inaceitável se mostra o alijamento dos cidadãos da formulação das políticas públicas, máxime diante da consagração da democracia participativa no parágrafo único do art. 1º, da Constituição, ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ângela Vieira Neves mostra a necessidade dos cidadãos interferirem nas políticas públicas:

A agenda da Reforma do Estado e a crítica ao estado burocrático e centralizador passaram a ser direções tanto da esquerda quanto da direita. De um lado, atribui-se forte ênfase à minimização do Estado na ótica neoliberal, colocando-se o mercado como regulador das necessidades. Por outro, a crítica da esquerda à centralização e à burocratização do Estado traz a proposta de novo desempenho institucional na relação entre Estado e Sociedade mediante a construção de uma Reforma do Estado que buscasse a democratização e a construção de novo formato em processo de co-gestão. (Cultura Política e Democracia Participativa)

A esse respeito, Oliveira (1999, p.7). diz: “ao invés, portanto, da proposta neoliberal de que o Estado deixe de intervir na economia e na sociedade, a proposição agora é que a sociedade civil seja capaz de intervir no Estado”.

Ao ensejo de emprestar maior seriedade no trato da coisa pública, a Lei nº 9.504/97 que regula as eleições no Brasil dispõe no art. 11, § 1º, IX:

O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:

IX – *propostas* defendidas pelo candidato a Prefeito, a Governador de Estado e a Presidente da República.

Como se percebe, o legislador tentou impor aos futuros ocupantes da chefia do Poder Executivo, nos três níveis de poder, a especificação aos cidadãos daquilo que pretendem viabilizar após posse no cargo. Essas propostas devem ser elaboradas com seriedade, devendo conter as diretrizes das políticas públicas a serem implementadas pelo futuro governante.

Infelizmente, muitas dessas propostas são elaboradas pelos marqueteiros da campanha sem compromisso algum do candidato com a sua real execução. Daí o total descompasso entre as promessas de campanha e a realidade gerencial da Administração. Para muitos eleitos, parece que a única preocupação era apenas de ludibriar a boa-fé dos eleitores, com base em pesquisa, apontando as suas prioridades. Por certo, a previsão de sanção para aqueles que prometem durante a campanha e fazem exatamente contrário quando chegam ao Poder permitiria um amadurecimento maior daqueles que se propõem a exercer o poder político.

### **3.2 A efetivação dos direitos sociais frente à teoria da reserva do possível**

A implementação dos direitos sociais implica em custos econômicos significativos para o Estado e é exatamente neste ponto que surge o problema da sua efetivação. Como conciliar a limitação dos recursos do Estado, com a concretização dos direitos sociais, que são, como já visto, direitos fundamentais do homem, e reclamam aplicação imediata?

Essa limitação leva em consideração a real existência de recursos para o Estado cumprir com suas obrigações e também a possibilidade jurídica de dispor de verbas, quando existentes. Essas limitações deram origem à teoria que se denomina *Reserva do Possível*, que teve seu nascedouro na Alemanha, em decorrência de um caso que foi submetido à Suprema Corte Constitucional daquele país.

Conta-se que um estudante alemão exigia o direito de ter acesso ao ensino superior. No entanto, naquela época, todas as universidades alemãs eram públicas e limitavam o número de alunos por sala, para manter a qualidade de ensino. O Tribunal concluiu que o direito do estudante só poderia ser negado, dentro de determinados condicionantes, entre os quais a comprovada insuficiência de recursos financeiros do Estado para atender toda a demanda.

O conceito evoluiu e acabou sendo indevidamente ampliado, apesar de certo consenso na doutrina que a teoria não pode ser invocada quando estiver em jogo a realização de direitos sociais básicos, que constituem o núcleo elementar da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Celso de Mello (2013), do Supremo Tribunal Federal, votando sobre o tema, assim se manifestou:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo 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 e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das restrições das restrições”, segundo a qual – consoante observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso. Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), 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.

A reserva do possível concilia, em última análise, as carências daqueles que exigem uma posição do Judiciário e as disponibilidades do Tesouro; sempre tendo na devida conta a exequibilidade da ordem para não provocar ceticismo entre os jurisdicionados. A propósito, o ex-Presidente do *Federal Reserve* Allan Greenspan (2013, p. 23), ao ser questionado sobre o aumento das despesas do governo americano com benefícios sociais, observou:

[...] ao analisar os números dos Estados Unidos nos últimos cinquenta anos, cada dólar em aumento nos benefícios sociais levou à queda de 1 dólar na poupança total da economia. No momento, a poupança líquida (parte da renda das pessoas economizada depois de feitos os gastos) está próxima a zero. Se apresentamos ainda algum crescimento econômico é porque estamos fortemente calçados na poupança externa, dinheiro que vem do exterior. Há limites para o estado do bem-estar social. O crescimento anual dos gastos com benefícios tem sido de quase 10% ao ano, num número impressionante. Desde 1965, a participação dos beneficiários subiu de 5% para 15% do PIB. O avanço ocorreu tanto em governos democratas como em republicanos. Estamos sentindo hoje os sintomas dessa política. É o caso da grande batalha em torno do orçamento no Congresso. Chegamos ao limite. Na minha avaliação e na de qualquer pessoa bem informada, inclusive o presidente dos Estados Unidos, o volume de benefícios tem de ser reduzido. Mas isso é politicamente muito difícil. Existem forças políticas poderosas em jogo. Não sei como isso vai acabar. Gostaria de saber.

A efetividade das normas constitucionais, que garantem direitos fundamentais no plano prestacional e a limitada capacidade do Estado em prover as diversas necessidades decorrentes dos direitos sociais têm produzido inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência. Por um lado, há os que entendem que os direitos fundamentais sociais têm aplicabilidade imediata conferida pelas normas constitucionais. Por outro lado, há os que entendem que o Estado não está obrigado a cumprir tais direitos diante da escassez de recursos para suprir todas as necessidades sociais.

No entanto, parece haver um consenso de que o Estado, apesar de limitado pela escassez de recursos, tem o dever de atender pelo menos o “*mínimo existencial*” que garanta a dignidade humana.

Daí, surge outra questão: o que vem a ser exatamente esse “*mínimo existencial*”? Enfrentaremos esta questão no item que se segue.

### **3.3 O mínimo existencial**

Um debate acalorado gira em torno dos limites do mínimo existencial exigível do Estado. Os autores apontam que não se deve conceituar o “mínimo

existencial” de forma pronta e objetiva porque não de ser consideradas as peculiaridades de tempo e lugar de cada sociedade e o contexto onde a mesma encontra-se inserida.

Kazuo Watanabe (2013, p. 218), em obra que coordenou com Ada Pellegrini Grinover sobre a temática do controle judicial de políticas públicas, esclarece quanto as limitações ao uso do argumento da reserva do possível, afirmando que

a adoção do conceito ‘mínimo existencial’ é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da *reserva do possível*’.

Watanabe (2013, p. 219) conclui seu argumento sustentando o que entende ser o mínimo existencial. Para ele,

o ‘mínimo existencial’ diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância.

O mínimo existencial pode variar no tempo, em função do desenvolvimento das condições econômicas e sociais do país. O que hoje não é tutelado dentro da moldura do mínimo existencial poderá vir a ser no futuro, em decorrência desse desenvolvimento; sendo que pelo princípio da proibição do retrocesso, os direitos que constituem o seu núcleo não podem ser reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

O mínimo existencial deve corresponder à garantia de uma existência digna, que assegure à pessoa a fruição de todos os direitos fundamentais. De modo que o Poder Legislativo e o Poder Executivo não podem extrapolar esses limites, sob pena de ser necessário um controle judicial das políticas públicas, a ser exercido pelo Poder Judiciário.

A ministra Rosa Weber (2013), do Supremo Tribunal Federal, resume bem o seu entendimento do que podemos conceber como mínimo existencial:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança

#### 4 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Três, são basicamente as missões essenciais do Estado: 1) realizar o bem comum; 2) produzir as leis e 3) dirimir os conflitos entre os indivíduos. Em cada subdivisão do poder para cumprimento dessas atribuições, há necessidade de formulação de políticas públicas, objetivando exclusivamente realizar aquilo que a sociedade necessita em determinada época.

Nesse contexto, quando se diz, por exemplo, que o Poder Judiciário realiza um mutirão para concluir os processos que se iniciaram em determinada época, diz-se que esse poder está adotando uma política pública destinada a dar efetividade à exigência constitucional de celeridade na conclusão dos processos, em que as partes exigem solução para os seus litígios. Assim também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece, por meio de ato normativo, uma política pública de tratamento adequado de conflitos, com vista a ampliar ainda mais o acesso à justiça, ao editar a Resolução nº 125.

Noutro passo, ao trazer médicos de outros países para trabalhar em regiões carentes do Brasil, o Poder Executivo está a fazer política pública, objetivando garantir o acesso dos cidadãos ao tratamento da saúde, bem como quando estabelece uma política de ações afirmativas e quotas para facilitar o acesso de minorias à universidade pública.

Quando se vive em uma ditadura, em que o ocupante do Executivo atua como déspota, tem-se a investidura sem o aval do povo de uma autoridade “suprema” que, com respaldo na força, impõe o cumprimento das políticas públicas que formula sem qualquer oitiva dos segmentos da sociedade favorecidos ou prejudicados com a sua adoção.

Numa sociedade que consagra o pluralismo, a soberania popular e a separação de poderes, a formulação das políticas públicas não pode, porém, deixar de levar em consideração os reais interesses dos cidadãos, seja porque as suas prioridades devem servir de fundamento para adoção daquelas, seja

porque, além de destinatário, o cidadão é o grande pagador dos gastos necessários à sua viabilização.

Para que haja efetiva “sintonia”, entre as aspirações do povo e as providências adotadas pelo Estado por meio dos homens que o governam, é imprescindível, em primeiro lugar, que a sociedade trabalhe ou aprimore as pessoas para vivenciarem a democracia participativa, consagrada já no parágrafo único do art. 1º da Constituição.

Impossibilitado de exercer o poder exclusivamente por todos os cidadãos, foram eles autorizados a escolher os seus representantes, não para defenderem estes os seus interesses particulares, mas para atuar buscando sempre a satisfação do bem comum. Democracia indireta ou representativa não significa, porém, outorga de autonomia absoluta para agir o representante eleito contra o povo. A via eletiva é apenas uma forma de investidura no poder para que o escolhido realize aquilo que, em determinado momento, melhor satisfação propicie ao interesse coletivo. A concretização desse propósito se dá através da adoção de políticas públicas corretas, executadas sob o primado da eficiência.

Ao prever a Constituição a possibilidade do exercício do poder também pelo próprio povo, instituiu a democracia semidireta. Daí concluir-se que o nosso sistema consagra a democracia participativa, em que aos cidadãos é reconhecido o direito de atuar na implantação de leis, cancelar ou repelir a concretização de determinadas ações do poder constituído, não sendo esse direito privativo dos representantes do povo que são escolhidos através do voto direto, secreto e com igual valor para todos. Em síntese, o texto constitucional implantou no País a democracia semidireta ou participativa e representativa. O poder é exercido não apenas pelos eleitos, mas igualmente pelos eleitores nos casos especificados pela Constituição, especificamente por meio do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular (art. 14, incisos I, II e III da CF).

O art. 37, § 3º, I, II e III, além dos arts. 10, 11 e 31, § 3º, bem como os arts. 74, § 2º, 194, VII, 206, VI e 216 § 1º da Constituição vigente, consagram mecanismos viabilizadores da democracia participativa. Não consagrou, porém,

o texto constitucional de 1988, como forma de democracia participativa, o direito de revogação do mandato nem o veto popular. O cidadão, mesmo destinatário de todas as ações do Estado não pode sequer convocar referendo, plebiscito; não pode propor emenda à Constituição; enfim, não se consolidou, ainda, a essência da soberania popular. Para que isso ocorra, não basta apenas enumerar no texto constitucional os seus instrumentos de efetivação, mas é necessário avançar do “povo-ícone” para o “povo-ativo”, na feliz expressão de Friedrich Müller (2003).

É necessário que cada cidadão tenha consciência de que, o eleito, por mais votos que receba no certame eleitoral, não é dono do poder. O seu titular é sempre o povo, que não pode ser relegado à condição de mero pagador de despesas públicas, mas deve, sim, ser alçado a um protagonismo maior para a plena compreensão da soberania popular e para que possa participar efetivamente nas escolhas das políticas públicas.

A propósito, cumpre lembrar com Horst Dippel em seu livro *História do Constitucionalismo Moderno Novas Perspectivas* (2007, p. 7), ao analisar a Declaração dos Direitos de Virgínia de 1776, que reside na própria ideia de direito natural o fundamento primeiro da soberania popular:

[...] Esta linguagem revolucionária consubstanciou-se nas duas primeiras seções do documento, as quais desvendaram a fonte de todos os direitos declarados: *a natureza*. O direito natural não se limitou a conferir ao povo “certos direitos inerentes à natureza humana, de cujo exercício não podem, por nenhum pacto estabelecido no momento da passagem para o estado sociedade, privar ou desapossar a sua posteridade. Aquele direito provou também “que todo o poder pertence ao povo e, conseqüentemente, todo o poder deriva do povo”. Sem recorrer às palavras da Constituição inglesa ou à ideia de recuperação de antigos direitos subvertidos, a Declaração dos Direitos de Virgínia proclamou ao mundo a soberania popular, os princípios universais e os direitos inerentes à condição humana, declarados numa constituição escrita como “a base e o fundamento do governo”. Ela marcou, por isso, o verdadeiro nascimento daquilo que hoje entendemos ser o constitucionalismo moderno.

Cumpre ressaltar que, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, o positivismo perdeu força, florescendo a principiologia com o propósito precípua de assegurar a prevalência da dignidade humana, razão

determinante da própria existência do Estado e da sociedade. A partir dessa necessidade crescente de colocar o homem como centro do universo, de dotar o direito de mecanismos capazes de dar efetividade às diretrizes que objetivam proteger os direitos fundamentais, o juiz não mais poderia ser mantido na condição de “boca da lei” adstrito ao cumprimento de regras rígidas, insuficientes, muitas vezes, para garantir a própria fruição da cidadania.

Aliás, Marshall, em estudo pioneiro sobre a evolução da cidadania, separou-a em três etapas: a) conquistas dos direitos civis (século XVIII), b) conquista dos direitos políticos (século XIX) e c) conquistas dos direitos sociais.

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado. (p. 18)

Esse catálogo de direitos compreendidos na cidadania foi enfaticamente proclamado já no Preâmbulo da Constituição de 1988, ao destacar o constituinte a implantação do Estado Democrático de Direito com a expressa destinação de:

assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A partir da constitucionalização dos direitos sociais (art. 6º), da explicitação dos fundamentos da República: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a soberania e o pluralismo (art. 1º), o Poder Judiciário passou a ter um papel de grande relevo para a concretização dos direitos assegurados, sobretudo, para impedir

que a Carta se convertesse “numa simples folha de papel”, na resplandecente advertência de Ferdinand Lassalle (2010, p.44):

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: “Esta árvore é uma figueira”. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desses frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos. Igual acontece com as constituições. De nada servirá o que se escreve numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.

Nesse passo, se há lesão a um direito pelo particular, pela ação ou omissão do Estado, ao ser o Judiciário convocado para restabelecê-lo não há como se furtar ao dever de prestar a tutela jurisdicional, sem ofensa ao art. 5º, XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Observa a este respeito Sadek, na obra já citada, organizada por Grinover e Watanabe (2013), em capítulo escrito sobre *Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política*, o que segue:

Muitas políticas públicas têm encontrado ressonância no Judiciário, quer na forma de contestação, quer na de exigência de realização, quer ainda no questionamento de sua execução. Dificilmente se encontrarão áreas de política pública em que não tenham sido notáveis os impactos provocados pela atuação do Judiciário. A participação de juízes, desembargadores e ministros no âmbito das decisões políticas, próprias da competição político-partidária, desperta reações dos mais variados atores e nas mais diversas direções. Essas respostas, tanto as favoráveis como as contrárias – inteiramente previsíveis, já que tangem interesses –, reiteram a consolidação de uma arena de disputas, na qual o protagonismo judicial apresenta-se como componente essencial. Dentre as áreas de política pública, a de saúde tem recebido publicidade. A atuação de juízes concedendo liminares obrigando o poder público a fornecer gratuitamente remédios que não constam das listas do Sistema Único de Saúde tem instigado fortes reações por parte de administradores públicos, da imprensa e de algumas associações da sociedade civil. As demandas que chegam até o Judiciário bem como as decisões judiciais têm por base o entendimento de que a saúde é um direito. Invoca-se o art. 196 da Constituição, que define a saúde como “direito de todos e dever do Estado”. O texto diz explicitamente que é obrigação do poder público garantir esse direito “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso igual e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A convocação do Judiciário para garantir a fruição de direitos sociais assegurados na Constituição é uma decorrência da ausência de formulação de políticas públicas voltadas para a viabilização desses direitos. Por certo, a raiz do problema reside na falta de compreensão do significado da expressão “Poder Político”, sua finalidade e ausência da disseminação das ideias de que seu exercício deve ser sempre voltado para a realização do bem comum.

O poder político é um instrumento para ser utilizado pelos governantes para estabelecer as prioridades da população e para a satisfação do bem comum. A falta de educação para a cidadania, notadamente, a ausência de compreensão da finalidade do mandato resultam no exercício distorcido da função pública, acarretando déficit na prestação do serviço sob responsabilidade da Administração, a resultar na não disponibilização de meios para a fruição dos direitos sociais previstos na Constituição.

Michael Walzer (2003, p.386) parece explicar a dificuldade de os governantes implementarem o princípio da eficiência que contribui para o aprimoramento na qualidade do serviço público:

Agem ostensivamente por nós ou em nome (sem nosso consentimento). Mas, na maioria dos países e na maior parte do tempo, os governantes funcionam, de fato, como agentes dos maridos e dos pais, das famílias aristocráticas, dos diplomados ou dos capitalistas. O poder do Estado é colonizado pela riqueza, pelo talento, pelo sangue ou pelo sexo; e depois de colonizado, raramente é limitado.

Justamente na falta ou má condução das políticas públicas reside a causa da procura pelo Judiciário para assegurar os direitos sociais previstos na Constituição. Floresce daí as seguintes questões: o juiz que não foi eleito, não participou da elaboração do orçamento, não tendo responsabilidade na sua execução, tem legitimidade para intervir na atuação da Administração, determinando que forneça, por exemplo, remédio, hospital, etc. aqueles que necessitam? Em caso afirmativo, quais os parâmetros que devem balizar a atuação do Juiz ante a separação dos poderes e previsão constitucional dos direitos sociais?

Direitos assegurados, só mantêm essa qualificação quando o Estado disponibiliza a garantia de sua fruição pelo indivíduo através do Poder Judiciário. Estado de Direito é estado dotado de um órgão independente, que atuando com imparcialidade, possa garantir a fruição dos direitos previstos na ordem jurídica e conter os excessos dos governantes. Logo, ao juiz compete, sim, garantir efetividade aos direitos assegurados na Constituição.

A visão decorrente do Estado Liberal, de neutralidade do Poder Judiciário, em face do positivismo reinante da época, hoje não encontra mais ressonância. O juiz antenado com as questões socioeconômicas de seu tempo deve atuar de forma a exercer seu amplo mister de agente político de transformação social. Sua legitimidade é respaldada na própria Constituição Federal. No Estado Democrático de Direito, o juiz não pode mais ser um mero aplicador da lei, ou o “boca da lei”, como era tido no liberalismo clássico. Cumpre ao juiz, sim, interferir nas políticas públicas de forma responsável e coerente, obedecendo a critérios justos e racionais, e sempre utilizando o princípio da proporcionalidade.

O enfoque é bem delineado por Sarlet e Figueiredo (

o que mais importa, ao fim e ao cabo, é que não se confunda a necessidade de se levar a sério todas as dimensões e conexões da reserva do possível (embora sempre com reservas, como bem destacou o já lembrado Juarez Freitas) com a inaceitável obstaculização da plena eficácia e efetividade do mínimo existencial, inclusive no que diz com a sua exigibilidade, não apenas na condição de um direito derivado (de igual acesso às prestações já estabelecidas na legislação infraconstitucional), mas também como direito subjetivo originário e definitivo a prestações, o que se revela ainda mais premente em matéria tão sensível como a da saúde e da vida humana.

**SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner.** *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.* *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)> Acesso em: 24 mar. 2014.

Ainda tratando sobre o Poder Judiciário, entendem os mesmos Sarlet e Figueiredo que a inafastabilidade do controle jurisdicional previsto na Constituição Federal dá aos Juízes poder para tutelar qualquer lesão ou ameaça a direito, ainda que decorrentes de “políticas públicas” ou da falta delas, sem ignorar a necessidade de uma “prudente e responsável autolimitação funcional” por parte dos magistrados.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça bem como a do Supremo Tribunal Federal caminham na mesma direção no sentido de que o Poder Judiciário dispõe de competência para examinar e controlar a legitimidade do ato administrativo, seja omissivo ou comissivo, verificando se há desvio de finalidade da ordem social constitucional, sem que isso implique em ofensa ao princípio de separação de poderes.

#### **4.1 A posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ)**

A Ministra Eliana Calmon, em lúcido voto no âmbito do Recurso Especial nº 493.811-SP, demonstrou o papel do Judiciário, no controle das políticas públicas, merecendo destaque esta passagem de seu voto no Acórdão que apreciou este processo:

*A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo do Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito.*

*No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.*

*Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.*

*As transformações no modo de atuar do Estado alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e a sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, ‘o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas independentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna’.*

*O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão em normas legais de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.*

*Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.*

[...]

*O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente.*

[...]

*Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/0169619-5)*

Com coragem e independência, exigências éticas inafastáveis do exercício da função judicante, a ministra entrou no exame da conveniência e oportunidade dos atos do poder público, sem o receio de afrontar a propalada separação de poderes, mas com a segurança de quem ousa questionar as próprias razões da administração para elencar em legislação e em seus programas algo que não poderia cumprir.

Inúmeras vezes, a administração vem alegar a reserva do possível para imiscuir-se de seu dever de fornecer as prestações positivas exigidas pela Constituição e pelas leis vigentes. A determinação para que se inclua previsão no orçamento visa inibir tal conduta, pois muitas vezes gastos supérfluos, inclusive com propaganda governamental e obras faraônicas, acabam ceifando a verba que deveria ser destinada às prestações sociais, pelas quais deveria o Estado cumprir suas finalidades precípuas.

## **4.2 A posição do Supremo Tribunal Federal (STF)**

Na mesma linha da posição do STJ, o Supremo Tribunal Federal (STF), em várias oportunidades, reconheceu a legitimidade da atuação do Poder Judiciário para compelir o Poder Público a implementar políticas públicas sempre que o Estado, por omissão ou desvio de finalidade, vier a comprometer a eficácia dos direitos fundamentais.

Em inúmeros de seus julgados, o STF tem decidido que, embora seja inquestionável residir, 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 impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais elevados à estatura constitucional.

A título de ilustração, registre-se o posicionamento da Suprema Corte em aresto da lavra do Ministro Celso de Melo.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL . - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. . - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

Como se observa, o STF tem explicitado a necessidade de integral cumprimento do texto constitucional que assegura os direitos sociais básicos e necessários à fruição da dignidade da pessoa humana.

Tem enfatizado, o Sumo Pretório, o dever de o judiciário intervir, inclusive, para implementação de políticas governamentais voltadas para a educação infantil. Na verdade, nação alguma alcança a prosperidade sem dispensar especial atenção às suas crianças. Aliás, na base da crise da violência que atormenta a vida de todos, reside justamente a total ausência de políticas públicas voltadas para a infância.

É com fundamento na dignidade da pessoa humana que o Supremo declara que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada com o propósito de fraudar, frustrar ou inviabilizar o mínimo existencial. A manifestação do Ministro Celso de Melo é muito elucidativa para a compreensão da matéria aqui examinada.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes . - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir

condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

Na busca de fazer prevalecer a força normativa da Constituição, o STF não tem relutado, inclusive, em impor a multa cominatória prevista no artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil, ao Poder Público recalcitrante. Esse Acórdão é ilustrativo.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS . - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive . - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES” . - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

(STF - ARE: 639337 SP , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)”

O ministro Celso de Mello ratificou, em outro julgamento, a determinação de aplicar as “astreintes” sempre que ocorrer inescusável omissão estatal na implementação de políticas públicas que visem assegurar o mínimo existencial.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é lícito, ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da

Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal...

(STF - AI: 764969 RS , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 17/06/2013, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 20/06/2013 PUBLIC 21/06/2013)”

Na mesma linha de pensamento, o Ministro Ayres Britto, ao proferir voto em Recurso Extraordinário, deixa claro que a omissão do Poder Público tem obrigado a Suprema Corte, mesmo levando em consideração as dificuldades financeiras invocadas pela Administração, à fixação do ‘mínimo existencial’ para garantir efetividade à determinação constitucional de preservação da dignidade da pessoa humana.

“...Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada é que cumpre reconhecer o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que as crianças e os adolescentes fiquem protegidos de situações que as coloquem em risco, seja sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão, situações que confiscam o mínimo existencial sem os quais a dignidade da pessoa humana é mera utopia. E não se há de admitir ser aquele princípio carente de efetividade constitucional, sobre o que não mais pendente discussão, sendo o seu cumprimento incontornável pelos órgãos estatais competentes. 11. Reitere-se que a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança.” 8. Nesse mesmo sentido, vejam-se a ADPF 45 e os AIs 583.587, 583.596 e 583.264, da relatoria do ministro Celso de Mello; os AIs 583.136 e 583.594, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; bem como os REs 482.741 e 503.658, da relatoria do ministro Eros Grau. 9. À derradeira, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos Poderes. Isso porque é firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes...” (MS 23.452, da relatoria do ministro Celso de Mello).

(STF - RE: 587863 SP , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 16/12/2011, Data de Publicação: DJe-026 DIVULG 06/02/2012 PUBLIC 07/02/2012)”

No mesmo passo, a posição da Ministra Rosa Weber, ratificando o entendimento de seus pares. Vê-se, assim, que ao impor, o Judiciário ao

Executivo, a adoção de políticas públicas está simplesmente zelando pelo cumprimento da Constituição que, de forma expressa, assegura os direitos sociais. Registre-se que nem todas as constituições garantem de forma enfática a observância desses direitos. Daí a dificuldade ou impossibilidade, nesses países, de ordem judicial para seu cumprimento. A crise econômica, por sua vez, agravou sobremaneira a efetivação desses direitos nas nações mais afetadas. É comum, por isso, a alegação de que todo direito para ser assegurado tem um custo, devendo o Estado manter o orçamento equilibrado para assegurá-lo, sendo, porém, em muitos casos, impossível esse cumprimento pela escassez de recursos.

O STF contornou essa alegação através da invocação do “mínimo existencial” que deveria ser observado em todos os países do mundo, independentemente do silêncio de suas Constituições, em relação aos direitos sociais. Afinal, há um consenso universal da destinação do direito à preservação da dignidade da pessoa humana.

E nesse sentido, o STF tem sido enfático:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos

constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV) (STF - AI: 838032 MS , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 11/02/2013, Data de Publicação: DJe-039 DIVULG 27/02/2013 PUBLIC 28/02/2013)”

Portanto, já não há dúvida, na jurisprudência pátria, acerca da possibilidade de intervenção judicial no controle de políticas públicas, sobretudo quando esta se destine a corrigir distorções que tornem a atuação do poder público incompatível com os ditames da Constituição. Afinal, a força normativa há de ser garantida em sua máxima efetividade, contra toda tentativa de reduzir o texto constitucional a uma mera “folha de papel”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na verdade, não se pode usufruir a igualdade aclamada como direito fundamental, muito menos garantir dignidade à pessoa humana se o Estado não cumpre seus deveres mais elementares, como, v.g., deixar de oferecer creches às crianças e remédios para os necessitados. É na atenção às suas crianças que uma sociedade se credencia para a fruição da paz e é no cuidado com seus idosos que se expressa a justiça de um agrupamento social. Sem essa preocupação, os gastos com penitenciárias se maximizarão sem que a segurança possa ser usufruída.

A realidade do Brasil deste início do século XXI é marcada por espantosa violência, justamente por falta de políticas públicas voltadas para a infância, reproduzindo situações de desigualdade que inquietam a todos.

A simples alegação de escassez de recursos por parte do Estado, sem demonstração da correta aplicação dos recursos existentes, não pode eximi-lo de implementar políticas públicas para concretização dos direitos fundamentais. O Judiciário, por sua vez, não deve ficar restrito à ideia ultrapassada de que não pode adentrar no exame da discricionariedade do administrador, sob pena de transformar-se em mero legitimador da situação de violação da Constituição.

Ao destacar o art. 3º, I, da Constituição como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o legislador constituinte originário deixou explícita a grande missão reservada ao Judiciário de efetivação do ideal de justiça, inclusive, através de determinação para observância pelo Poder Público dos direitos sociais. Tornou-se o Poder Judiciário uma espécie de “guardião das promessas”, na expressão de Garapon, depositário, em última instância, das expectativas sociais de concretização do texto constitucional.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que a crescente procura da cidadania para implementação desses direitos é decorrência da falta de compromisso dos governantes em geral para com a educação da população. A falta de maior atenção, na formação das crianças e dos jovens; o desestímulo ao cultivo de valores que são essenciais ao convívio social e à prosperidade agravam a situação de indigência do povo, fazendo imperiosa a atuação do Poder Judiciário para minimizar-lhe as carências.

Cadeias superlotadas, hospitais sem leito, comunidades sem transporte público, enfim, o grande déficit estatal que resulta na violação dos direitos sociais, tudo isso é consequência da absoluta falta de priorização na educação de qualidade da população. Diretores de escolas públicas nomeados por indicação política, verbas desviadas destinadas à merenda escolar, compras superfaturadas de livros escolares, escolas edificadas sem preocupação alguma com o conforto dos alunos são aberrações que impossibilitam a propagação de uma educação de qualidade, gerando empobrecimento e crescente violação não apenas aos direitos sociais de segunda geração, mas aos direitos fundamentais como um todo. De fato, violação do direito à vida, à propriedade e a igualdade é uma constante, a despeito do prestígio que esses direitos receberam no texto constitucional.

No contexto dessa realidade sombria, ao Poder Judiciário cabe com prudência, diante de cada caso concreto, encontrar meios para buscar dar concretização aos direitos sociais assegurados na Constituição. Não pode, obviamente, o juiz “investir-se” no cargo do gestor que foi eleito pelo povo para, em seu lugar, gerir a Administração. Por igual, não pode abster-se o magistrado, diante de gritante afronta a um direito social enfaticamente assegurado na Lei Maior, de assegurar-lhe concretude, buscando, como assinalado, a partir dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, justiça, solidariedade encontrar mecanismos que possam dar-lhe efetividade, como desejado pelo constituinte originário.

Ao consagrar a Constituição o Estado Social, deixou claro aos governantes, aos magistrados e aos cidadãos que a grande preocupação do

governo não é com o fortalecimento do Estado, mas com a satisfação dos interesses da sociedade. Para a concretização desse objetivo, já no art. 37, enumera os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como vetores dos quais não pode afastar-se a Administração para viabilização do exercício dos direitos sociais, individuais e do “bem-estar” expressamente almejado no Preâmbulo da Constituição de 1988. A participação popular torna-se, assim, imperiosa para a sua concretização. A este respeito, pontuou o jurista Norberto Bobbio (2013, p. 96):

Quando no século passado se manifestou o contraste entre liberais e democratas, a corrente democrática levou a melhor, obtendo gradual (vitória), mas, inexoravelmente, a eliminação das discriminações políticas, a concessão do sufrágio universal. Hoje, a reação democrática diante dos neoliberais consiste em exigir a extensão do direito de participar na tomada das decisões coletivas para lugares diversos daqueles em que se tomam as decisões políticas, consiste em procurar conquistar novos espaços para a participação popular e, portanto, em prover à passagem – para usar a descrição de várias etapas do processo de democratização feita por Macpherson – da fase da democracia de equilíbrio para a fase da democracia de participação.

Não pode, assim, o administrador, sob o fundamento de que foi eleito pelo povo, realizar apenas o que lhe convém, subestimando a opinião pública e deixando de cumprir aquilo que a Constituição qualifica como direito social. Ao consagrar a democracia participativa, no parágrafo único do seu art. 1º, deixou claro que o texto constitucional, por mais voto que um governante venha a obter, ele jamais deixará de ser um delegado do povo. Deve governar, não de acordo com o que lhe convém pessoalmente, mas conforme as prioridades estabelecidas pela sociedade. Deve, por isso, buscar suprir as carências, priorizando o enfrentamento das necessidades básicas da população, sob pena de intervenção do Poder Judiciário, a quem compete assegurar a efetividade à ordem jurídica vigente.

Lê-se no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948:

#### Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembleia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

#### Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Apesar de proclamada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e incorporada às constituições de todas as nações democráticas, a concretização dos direitos fundamentais sociais ainda é um tema bastante problemático e desafia constantes reflexões de todos os agentes da sociedade.

Parece inquestionável que a concretização desses direitos não pode ser adiada, inclusive porque a dignidade humana, princípio norteador da Constituição Federal de 1988, só pode ser plenamente alcançada com sua efetivação no plano material.

No entanto, o grande percalço para a concretização desses direitos são as distorções das políticas públicas, implicando na escassez de recursos nos cofres do Estado para atender satisfatoriamente o mínimo existencial.

A doutrina esbarra na dificuldade de definir o que se compreende como mínimo existencial. Porém ninguém nega que a implantação de políticas públicas deve garantir ainda que minimamente, a assistência social, educação, saúde, moradia, previdência social aos desamparados.

O Estado não pode simplesmente argüir a escassez de recursos como justificativa para a não concretização dos direitos fundamentais, sem demonstrar claramente que os recursos de que dispõe são utilizados com a devida prioridade estabelecida nas leis orçamentárias, sobretudo quando se percebe existirem gastos excessivos e desproporcionais em outras áreas não tão necessárias para viabilizar o mínimo existencial, tais como publicidade, propaganda, shows musicais e *buffets* suntuosos.

É importante que todo governante saiba: sempre que o exercício do Poder Político contrariar os valores constitucionais, por ação ou omissão, será viável de apreciação pelo Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário cabe exercer o controle judicial das políticas públicas, abandonando o antigo papel do juiz de ser apenas “o boca da lei” para ser agente de transformação social com a legitimidade que lhe confere a Constituição Federal.

É claro que, no exercício desse mister, o juiz deve usar de toda cautela e responsabilidade para se certificar acerca das circunstâncias em que foram adotadas as políticas públicas, bem como os motivos que levaram o poder público a se omitir, aplicando sempre o princípio da proporcionalidade com o exame de seus requisitos já conhecidos, quais sejam: 1) adequação: o Estado deve buscar meios que sejam adequados ou aptos a realizar os objetivos pretendidos; 2) necessidade: o Estado deve buscar o meio menos gravoso para atingimento dos fins; 3) proporcionalidade em sentido estrito: ponderação da relação custo-benefício para se justificar a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 6ª ed. 11ª reimpressão. São Paulo. Brasiliense: 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Atlas: São Paulo, 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.504/97**.

BRASIL. **STF - AI: 764969 RS , Relator: Min. CELSO DE MELLO**, Data de Julgamento: 17/06/2013, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 20/06/2013 PUBLIC 21/06/2013.

BRASIL. **STF - AI: 838032 MS , Relator: Min. ROSA WEBER**, Data de Julgamento: 11/02/2013, Data de Publicação: DJe-039 DIVULG 27/02/2013 PUBLIC 28/02/2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno – Novas Perspectivas**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constituição Brasileira é das mais avançadas do mundo. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de outubro de 2013.

GOODWIN, Doris Kearns. **Lincoln**. 7 ed. Record: Rio de Janeiro, 2013.

GREENSPAN, Allan. **Revista Veja**, 30 de outubro de 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013.

GUIMARÃES, Renata Catacci. *Controle judicial das políticas públicas e a atuação do ministério público na efetivação dos direitos fundamentais*. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, 2009.

GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *O princípio da dignidade humana e o mínimo existencial*. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, nº 9. 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 1ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã: matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. . 2 ed. S. Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. 40ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9 ed. 2ª tiragem. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 4ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Neumann. 3ed. Max Limonad: São Paulo: 2003.

NEVES, Ângela Vieira. **Cultura, Política e Democracia Participativa**. Editora Gramma: 2008.

OLIVEIRA. **Cultura Política e Democracia Participativa**: Um Estudo sobre o Orçamento Participativo, Gramma, Rio de Janeiro, 2008.

REY, Fernando Gonzáles. **O Social na Psicologia e a Psicologia Social** : a 'emergência do sujeito. Vozes: Petrópolis, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Os Fundamentos do Direito**. 1<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. **Revista de Doutrina da 4<sup>a</sup> Região**. Edição especial. Jul 2008

WARBURTON, Nigel. **Uma Breve História da Filosofia**. L&PM Pocket: Porto Alegre, 2012.

WIEACKER, Franz. **Historia Del Derecho Privado de la Edad Moderna**. Trad. Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguillar, 1957

ZEHNDER, Egon. **Revista Veja**. 17 de outubro de 2012.