

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA**

**CRISTIANO FREITAS DE CARVALHO**

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE EXERCIDO  
SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS**

**RIO DE JANEIRO**

**2016**

CRISTIANO FREITAS DE CARVALHO

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE EXERCIDO  
SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo com Foco no Judiciário – Área Jurisdicional, da pós-graduação da Escola de Administração Judiciária, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro  
2016

Dedico este trabalho à Christiane, minha querida esposa, que, com carinho e paciência, não mediu esforços em me apoiar.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pois, sem as suas bênçãos e misericórdias, nada seríamos.

A todos os Professores e Funcionários da Escola de Administração Judiciária e, em especial, ao Desembargador Jessé Torres, pela iniciativa e coordenação do curso.

A todos os familiares e amigos que contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

## RESUMO

Nesta monografia, objetiva-se estudar o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as políticas públicas, delimitando o seu conteúdo, limites e princípios norteadores, bem como abordando as divergências a respeito, buscando aprofundar o conhecimento sobre a natureza jurídica e as características do ativismo judicial. Pretende-se, ainda, estudar a doutrina da efetividade; analisar o constitucionalismo brasileiro e o papel do Poder Judiciário à luz do princípio da separação dos Poderes; pesquisar sobre a teoria da proteção do mínimo existencial, contrapondo-a com a teoria da reserva do possível, analisando ambas à luz do princípio da razoabilidade; fazer um estudo sobre o fenômeno do ativismo judicial; abordar aspectos referentes ao controle jurisdicional sobre as políticas públicas no Brasil. O problema elaborado para ser respondido é o seguinte: como conciliar a autonomia das políticas públicas com o controle exercido sobre elas pelo mecanismo da judicialização? Esse controle fere o Princípio da Separação dos Poderes? A hipótese primária com a qual se trabalhou foi de que, se não houvesse a possibilidade de controle judicial sobre as políticas públicas, isso representaria um risco ao Estado Democrático de Direito, instituidor de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Em relação à suposta ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, tem-se que esta não se concretiza, na medida em que a independência e harmonia não são afetadas quando da efetivação do controle jurisdicional das políticas públicas.

Palavras-chave: Políticas Públicas, Judicialização, Princípio da Separação dos Poderes.

## **ABSTRACT**

*In this monograph, the objective is to study the control exercised by the judiciary on public policies, defining their content, limits and guiding principles, as well as addressing the disagreement, seeking to deepen knowledge about the legal nature and characteristics of judicial activism. The aim is also to study the doctrine of effectiveness; analyze the Brazilian constitutionalism and the role of the judiciary in the light of the principle of separation of powers; research on the theory of protecting the existential minimum, contrasting it with the theory of booking possible, analyzing both the light of the principle of reasonableness; a study on the phenomenon of judicial activism; address aspects relating to jurisdictional control over public policies in Brazil. The problem designed to be answered is: how to reconcile the autonomy of public policies with the control exercised over them by the mechanism of legalization? This control hurts the separation of powers principle? The primary hypothesis with which it worked was that if there was the possibility of judicial control over public policies, this would represent a risk to the democratic rule of law, settlor of rights and guarantees to its citizens. In relation to the alleged offense to the separation of powers principle, it is that this does not materialize to the extent that the independence and harmony are not affected when the effectiveness of the judicial control of public policies.*

*Keywords: Public Policies, Legalization, Separation of Powers Principle.*

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2. JUSTIFICATIVA</b> .....	9
<b>3. FUNDAMENTAÇÃO</b> .....	11
3.1. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	13
3.1.1 Constituição de 1824.....	14
3.1.2 Constituição de 1891.....	15
3.1.3 Constituição de 1934.....	16
3.1.4 Constituição de 1937.....	17
3.1.5 Constituição de 1946.....	18
3.1.6 Constituição de 1967.....	19
3.1.7 Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 1, de 1969 .....	19
3.1.8 Constituição de 1988.....	20
3.2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO ATUAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO (ATIVISMO JUDICIAL).....	21
3.2.1 O princípio da separação dos poderes .....	28
3.3. A DOCTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE.....	32
3.4 PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL .....	36
3.4.1 O princípio da razoabilidade .....	44
<b>4. METODOLOGIA</b> .....	50
<b>5. DISCUSSÃO</b> .....	51
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	57
<b>7. REFERÊNCIAS</b> .....	59

## 1. INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho monográfico é “O controle jurisdicional exercido sobre as políticas públicas”. A delimitação a ele dada contempla uma análise do controle existente sobre as políticas públicas, mais especificamente daquele exercido pelo Poder Judiciário.

O problema elaborado para ser respondido é o seguinte: como conciliar a autonomia das políticas públicas com o controle exercido sobre elas pelo mecanismo da judicialização? Esse controle fere o Princípio da Separação dos Poderes?

Objetiva-se estudar o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as políticas públicas, delimitando o seu conteúdo, limites e princípios norteadores, bem como abordando as divergências a respeito, buscando aprofundar o conhecimento sobre a natureza jurídica e as características do ativismo judicial. Pretende-se, ainda, estudar a doutrina da efetividade; analisar o constitucionalismo brasileiro e o papel do Poder Judiciário à luz do princípio da separação dos Poderes; pesquisar sobre a teoria da proteção do mínimo existencial, contrapondo-a com a teoria da reserva do possível, analisando ambas à luz do princípio da razoabilidade; fazer um estudo sobre o fenômeno do ativismo judicial; abordar aspectos referentes ao controle jurisdicional sobre as políticas públicas no Brasil.

A hipótese primária com a qual se trabalhará, a ser confirmada ou refutada com este estudo, é a seguinte: se não houvesse a possibilidade de controle judicial sobre as políticas públicas, isso representaria um risco ao Estado Democrático de Direito, instituidor de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Para uma melhor apresentação, a fundamentação teórica foi dividida em quatro subcapítulos elaborados para atender aos objetivos delineados para a pesquisa.

Assim, no primeiro subcapítulo, se falará sobre o histórico constitucional brasileiro, buscando relatar a evolução no tocante aos direitos conquistados ao longo do tempo e retratando as características principais de cada Constituição.

O segundo subcapítulo será destinado a abordar aspectos referentes ao Constitucionalismo Brasileiro atual (Neoconstitucionalismo) e ao papel desempenhado pelo

Poder Judiciário em seu bojo (fenômeno do Ativismo Judicial), investigando a sua natureza jurídica e destacando as suas características. Neste momento, se falará, ainda, de forma breve sobre o princípio da separação dos Poderes e de sua importância para a harmonia constitucional entre os Poderes.

No terceiro subcapítulo, será abordada a doutrina brasileira da efetividade, pautando as considerações em estudo realizado por Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal à época elaborado por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

No quarto subcapítulo, será feito um paralelo entre as teorias da proteção do mínimo existencial e da reserva do possível, buscando analisá-las à luz do princípio da razoabilidade.

## 2. JUSTIFICATIVA

Nos últimos anos, observou-se, no Brasil, a conquista de força normativa e efetividade pela Carta Política do país. Neste cenário, as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Foi este o contexto no qual os direitos fundamentais do homem, em especial os direitos sociais, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

De fato, a intervenção do Poder Judiciário, por meio de determinações à Administração Pública, procura realizar a promessa constitucional de garantia da prestação dos serviços públicos à coletividade. Porém, há que se considerar que, como toda política pública exercida pelos Poderes Legislativo e Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou denominar “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado. Daí a importância social, jurídica e política deste controle exercido pelo Poder Judiciário. Deve-se destacar, ainda, que tal controle não elimina a autonomia dos demais Poderes, tendo em vista que o Estado é uno, e seus Poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados.

A judicialização de políticas públicas é uma questão contemporânea, dada a expressiva atuação do Poder Judiciário para fazer cumprir o que determina a Carta Maior do país, chegando, até, a se sedimentar entendimento no sentido de que não seria possível ao Estado invocar a Teoria da Reserva do Possível para tentar se justificar quanto a não efetivação de importantes direitos fundamentais, concebidos para conferir ao homem o mínimo de dignidade para a sua existência. Deste modo, tem se privilegiado o princípio da proteção ao mínimo existencial, sobrepondo-o à reserva do possível pelo Poder Público.

O citado controle jurisdicional possui base constitucional, notadamente no tocante ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, razão pela qual as políticas públicas se submetem a este controle, uma vez que nenhum ato do poder público, seja de qual esfera for, pode escapar do controle feito pelo poder judiciário.

Além da atualidade, o tema sob debate também possui relevância jurídica, na medida em que se trata de uma questão recorrente nos tribunais pátrios, dada a ineficiência constante e notória do Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal Brasileira.

Deste modo, a justificativa para a escolha do tema e elaboração deste estudo se finca na relevância do ponto de vista jurídico e político que o mesmo apresenta, interessando não somente à comunidade acadêmica, como, também, a profissionais atuantes na esfera dos três Poderes, bem como ao Estado como um todo e à coletividade.

### 3. FUNDAMENTAÇÃO

O Estado tem por desígnio a promoção do bem comum à sociedade. Em prol de tal função, desenvolve várias atividades, cada qual relacionada à satisfação de determinada necessidade pública. Neste âmbito de atividades, identificam-se dois grandes grupos: o das atividades primárias do Estado, também denominadas preferenciais, e o das atividades secundárias do Estado (Kiyoshi Harada, 2005).

As atividades primárias ou preferenciais do Estado são as correspondentes às necessidades básicas do homem, relacionadas à sua vida pessoal. Envolve aspectos relacionados à defesa externa, à ordem interna e à administração da justiça. Por envolverem o atendimento a tal tipo de necessidade tais atividades possuem caráter permanente, devendo ser atendidas pelo ente estatal independentemente de interpelação pelo particular, posto o seu atrelamento à necessária observância da soberania do Estado. As atividades secundárias, por sua vez, guardam relação com ideias políticas dominantes em um dado momento histórico do país. O seu caráter, então, é eventual. Um exemplo de atividade secundária é a relacionada à execução de obra pública (Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior, 2007).

Antigamente, o fomento destas atividades somente era possível mediante recursos oriundos dos bens dos súditos. O mesmo ocorria com os bens dos inimigos que eram derrotados nas guerras. Atualmente, a política implementada é de que a coletividade arque com a promoção do bem comum, por meio do pagamento de tributos, que caracterizam a atividade financeira do Estado.

Nas últimas décadas, o Brasil experimentou mudanças estruturais de grande relevância. Muitas delas, inclusive, originadas no período da ditadura militar, momento em que o governo expressamente promoveu a exclusão da população das decisões políticas mais importantes para o direcionamento do país. Isto ensejou o levante de movimentos sociais que objetivavam o retorno da democracia ao país, incluindo nestas perspectivas as eleições

regulares, objetivando, ainda, a ampliação da participação popular para além do processo eleitoral (Potyara Amazoneida P. Pereira, 2011).

Aliando-se a tais fatos, tem-se a constatação de que a forma como o Estado vinha atuando em questões que envolviam as camadas mais fragilizadas, assim consideradas especialmente em termos econômicos, não era apta a produzir a sua emancipação, tornando-as cidadãos conscientes de seus direitos, atuantes na vida social e política do país. Ao contrário, vislumbraram-se ações que as tornava apáticas nos cenários político e social do país, conduzindo-as ao conformismo com o cenário vislumbrado. O desfecho de tal situação culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 no final da década de 80.

Com a nova Carta, a Assistência Social, por exemplo, em conjunto com a Saúde e a Previdência Social, passou a compor o tripé da Seguridade Social, com regulamentação dada pela Lei Orgânica da Assistência Social, instituída pela Lei nº 8742, de 1993, figurando, a partir de então, como política pública. Sob esta roupagem, ela passou a ser responsabilidade do Estado e direito do cidadão, constituindo-se em política estratégica no combate à pobreza, essencial para a construção da cidadania das classes subalternas.

Deste modo, na Carta 1988, a Assistência Social ganhou nova institucionalidade, passando a se pautar no paradigma da cidadania ampliada, sendo construída como política pública, que visa à concretização de direitos sociais básicos de todos os cidadãos, mas, particularmente, dos ditos vulneráveis, tais como crianças, idosos, deficientes, pessoas social e economicamente vulneráveis, e famílias (Pereira, 2016).

Nos Estados democráticos modernos, o conceito de política pública guarda relação intrínseca com a definição de cidadania, contemplada esta como sendo o conjunto das liberdades individuais expressas por meio dos direitos civis. Deste modo, no cenário proposto, a concretização da cidadania ocorreria através do espaço político, consubstanciando-se no direito a ter direitos (Anita L.Néri, 2005).

No que tange ao judiciário brasileiro, durante muito tempo os tribunais se auto-limitavam, entendendo que não podiam adentrar o mérito do ato administrativo. Com a Lei da Ação Popular, contudo, passou-se a abrir o judiciário à apreciação do mérito do ato administrativo, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da legalidade.

Nesta esteira, por exemplo, a Carta de 1988 deu uma guinada, no tocante à Ação Popular, introduzindo em sua redação a moralidade administrativa. Assim, verifica-se que o controle da moralidade administrativa, feito através desse tipo de ação, não pode ser feito sem

o exame de mérito do ato impugnado, logo basta a mera lesividade, sem necessitar-se do requisito da legalidade, conforme já falado.

A Carta Maior também fixou, em seu art 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo certo que para o atingimento de tais objetivos, o Estado tem que se organizar num fazer/ prestar, incidindo sobre a realidade social. Assim, surgiu o Estado Democrático de Direito.

Logo, o Estado deve promover as ações necessárias para à implementação dos objetivos fundamentais estatuídos na Constituição Federal, cabendo aos interessados buscar a tutela jurisdicional correspondente, nos casos de descumprimento, por parte da Administração Pública, em efetivar tais objetivos em prol da sociedade.

Tendo este contexto por base, serão reproduzidos nesta parte do estudo, dedicada à apresentação da fundamentação teórica, aspectos relacionados ao tema sob debate, de modo a criar arcabouço suficiente para a discussão que se pretende fazer do tema no capítulo correspondente.

### 3.1. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Constituição representa, para um país, o seu documento legal mais importante. É nela que estão relacionadas as normas gerais a serem seguidas por todos, tanto pelos administradores públicos como pelos administrados.

É fato, ainda, que ela reflete o contexto de sua criação, na medida em que as normas serão elaboradas de acordo com o que as partes (ou uma delas, unilateralmente, em alguns tipos de governo) entendem como sendo o certo para ser seguido na nação.

Um fato curioso marca a história constitucional do Brasil: embora a Independência do Brasil tenha se dado em 1822, ensejando, a partir daí, a necessidade de se elaborar uma Constituição para reger as relações no país, a primeira Carta brasileira somente foi elaborada em 1824. Inicialmente, Dom João VI, por meio de um decreto, havia determinado que, até a elaboração da Constituição oficial, ficaria em vigor no Brasil a Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, liberal. No dia seguinte, porém, revogou a ordem (ou seja, ficou em vigor por apenas um dia) (Paulo Gustavo Gonet Branco; Gilmar Ferreira Mendes, 2014).

Ao todo, a história constitucional do Brasil já teve oito constituições<sup>1</sup> e quatro fases: 1ª fase, chamada liberal-centralizadora, da qual faz parte a Constituição de 1824; 2ª fase, denominada republicana, que englobou as Constituições de 1891 e 1934; a 3ª fase, autoritária, referente à Constituição de 1937; e a fase atual, denominada liberal-social, considerada a partir da Constituição de 1946, abarcando, além dela, as Cartas de 1967, 1969 e 1988 (Branco; Mendes, 2014).

Nesta parte da pesquisa, será feita uma breve apresentação do histórico das constituições brasileiras, a fim de abordar, sequencialmente, ao falar sobre a Constituição de 1988, atualmente vigente no país, aspectos referentes ao controle jurisdicional sobre as políticas públicas, estando tal medida atrelada principalmente aos direitos sociais.

### **3.1.1 Constituição de 1824**

A Constituição de 1824 foi a primeira elaborada para o país. Denominada “Constituição Política do Império do Brasil”, também conhecida por Constituição Imperial, esta Carta teve apenas uma emenda, no ano de 1834.

O primeiro fato que marca o início da história das constituições no Brasil é a Revolução Pernambucana de 1817, que já direcionava os ares para a necessidade de elaboração de uma legislação específica que fosse ao encontro das intenções de transformação, tanto no campo social como no político, propostas pelo citado movimento.

Em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, o Regente Pedro de Alcântara convocou aquela que seria a primeira Assembleia Constituinte e Legislativa do Brasil. Sua função: a de elaborar e aprovar a primeira Carta Política Brasileira. Contudo, a sua posse só se deu em 3 de maio de 1823 – ou seja, quase um ano depois, após a Independência.

O ambiente de uma Assembleia Constituinte, em especial a de 1823, imersa em uma conjuntura que exigia grandes mudanças no sentido de construir e reconstruir as instituições, remonta à necessidade de estabelecimento de diretrizes básicas de funcionamento do país em um novo contexto, uma nova ordem a ser estabelecida.

---

<sup>1</sup> Fala-se em oito Constituições porque os estudiosos da área têm na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, pós edição do AI-5, como uma nova Carta política do país (MASSON, 2015).

Ocorre, porém, que, desde o início dos trabalhos, os constituintes entraram em choque com a tendência absolutista de D. Pedro I. Insatisfeito, então, o imperador, em plena discussão do projeto da Constituição elaborado por Antônio Carlos de Andrada, ordenou o cerco do prédio da Assembleia, reunida em sessão permanente denominada “Noite da agonia”, e a dissolveu. A promessa feita era de “uma nova Carta mais liberal que a extinta” (Feronato, 2007, p. 49).

Mas não foi o que aconteceu. A Constituição de 1824 é espelho do caráter absolutista do imperador, que a outorgou (ou seja, impôs), destacando que a pessoa do imperador é inviolável e sagrada, não estando ele sujeito a responsabilidade alguma (artigo 99). Era ele quem nomeava os senadores, dissolvia a Câmara dos Deputados, nomeava e demitia ministros de Estado, e suspendia juízes por queixas feitas contra eles (Branco; Mendes, 2014).

Além disso, a Constituição Imperial instituiu: o voto censitário, reconhecido a pouco mais de 1% da população; a monarquia constitucional e o Estado unitário, com rigorosa concentração de toda a autoridade política na capital. Promoveu, ainda, a quadripartição de Poderes (além dos Poderes tradicionais – Legislativo, Executivo e Judiciário –, havia um quarto poder, que era o Poder Moderador, “chave de toda a organização Política, [...] delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação” – artigo 98) (Branco; Mendes, 2014, p. 117).

### **3.1.2 Constituição de 1891**

A Constituição de 1891, denominada “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, foi a primeira Constituição republicana, publicada após a proclamação da República, que se deu em 1889. Ao contrário de sua antecessora – a Constituição de 1824 –, que foi imposta pelo imperador, esta Carta foi promulgada – ou seja, elaborada a partir da vontade do povo.

É a mais concisa das Constituições, com apenas 91 artigos no texto principal e 8 nas disposições transitórias. Também foi emendada apenas 1 vez, em 1926, como a Constituição Imperial, de 1824. Foi esta a Carta que passou a chamar de “Estados-membros” as antigas províncias, sendo também reconhecida competência para se regerem por constituições próprias, respeitados, contudo, os princípios constitucionais da União, sob pena de

intervenção federal. Os Estados também eram livres para adotarem o regime legislativo bicameral, e muitos deles tinham deputados e senadores estaduais; reservou uma zona de 14.400 km<sup>2</sup> no Planalto Central para a fixação da futura Capital. Também foi em seu bojo que a Justiça Federal foi criada, ao lado da Estadual, situando o Supremo Tribunal Federal (STF) no ápice do Poder Judiciário (Nathalia Masson, 2015).

De modo geral, possui, ainda, as seguintes características, aplicáveis a todas as constituições republicanas brasileiras: consolida-se o regime republicano, com a adoção da República presidencialista, inspirada no presidencialismo norte-americano; o Estado passa a ser uma Federação; e vislumbra-se a presença da tripartição de Poderes, com a extinção do Poder Moderador (Masson, 2015).

### **3.1.3 Constituição de 1934**

A denominada “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” foi promulgada em 1934. O histórico que antecede a sua elaboração abrange frequentes crises da República Velha, culminando na Revolução de 1930 e na reclamação às forças exitosas, no ano de 1932, por uma nova Constituição em São Paulo. Em atendimento, nova Assembleia Constituinte foi reunida em 1933, culminando na aprovação e promulgação do texto daquela que seria a nova Carta Política do país.

Conforme Branco e Mendes (2014), a Constituição de 1934, que recebeu grande influência da Constituição de Weimar, de 1919, demonstrou preocupações com um Estado mais atuante no campo econômico e social. Foi o seu texto, também, que previu expressamente o mandado de segurança como remédio jurídico para a afronta a direito líquido e certo, bem como buscou resolver o problema da falta de efeitos *erga omnes* (ou seja, a todos os homens) das decisões declaratórias de inconstitucionalidade do STF, instituindo o mecanismo da suspensão, pelo Senado, das leis invalidadas pela Corte. Em relação ao controle de constitucionalidade, o texto incluiu a subordinação ao juízo de procedência, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República sobre a intervenção federal em Estados-membros por descumprimento de princípio constitucional.

Sua duração, portanto, foi curta, tendo sido substituída em 1937 por Carta outorgada por Getúlio Vargas.

### 3.1.4 Constituição de 1937

O Brasil vivenciou, no ano de 1937, um acontecimento inédito em sua história: o próprio Presidente da República – à época, Getúlio Vargas –, com o apoio de militares, dentre eles o General Góes Monteiro, perpetrou golpe de Estado visando permitir a continuidade do Presidente à frente do governo central do país além do prazo legal, que se esvairia em 1938. A nova Carta Política do país foi, então, outorgada, tendo sido denominada “Constituição do Estado Novo” e “Constituição Polaca”, em alusão à influência que recebeu da Carta ditatorial polonesa, de 1935 (Masson, 2015).

A Constituição de 1937 proporcionou um fortalecimento do Poder Executivo, colocando o Presidente da República como “autoridade suprema do Estado” (artigo 37). Ele podia adiar sessões do parlamento, legislar por decreto-lei e, até, dissolver o Legislativo, se assim lhe conviesse. Também eliminou a justiça federal de 1ª instância, reduziu os direitos fundamentais<sup>2</sup> proclamados na Constituição de 1934, e desconstitucionalizou tanto o mandado de segurança como a ação popular.

Em relação ao controle de constitucionalidade, retirou, por assim dizer, a autoridade máxima do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que o Presidente da República poderia submeter uma decisão da Suprema Corte que declarasse a inconstitucionalidade de lei à revisão pelo Parlamento, que poderia, a seu turno, afirmar a constitucionalidade do diploma, tornando sem efeito a decisão judicial (art. 96, parágrafo único).

Outras provas do autoritarismo consubstanciadas na Constituição de 1937 foram a insincabilidade em juízo dos atos praticados em estado de emergência ou de guerra, bem como a dissolução das casas legislativas (no período ditatorial, o Parlamento não funcionou, sendo as atribuições do Legislativo, inclusive a de desautorizar a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, desempenhadas pelo Presidente da República) (Branco; Mendes, 2014).

---

<sup>2</sup> Segundo Masson (2015), a referência aos direitos fundamentais no texto da Constituição de 1937 foi apenas simbólica, pois, no caso da pena de morte, esta voltou a ser adotada para crimes políticos e para certos homicídios. Também houve institucionalização da censura prévia da imprensa, e obrigatoriedade da divulgação de comunicados do Governo.

### 3.1.5 Constituição de 1946

O histórico que antecedeu a Constituição de 1946, também denominada “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” foi o seguinte: com o término da Segunda Guerra Mundial, experimentou-se uma derrocada dos regimes autoritários em todo o mundo. No Brasil, o ápice foi a deposição de Vargas em outubro de 1945, com a instalação, em fevereiro de 1946, de Assembleia Constituinte para elaborar nova Constituição.

O novo texto foi promulgado em setembro de 1946, e tinha por objetivo superar o Estado autoritário, reinstalando a democracia representativa, com o exercício do poder por mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável. Neste contexto, reavivou-se a importância dos direitos individuais e da liberdade política, voltando a considerar a fórmula federal do Estado, assegurando real autonomia aos Estados-membros. Ressalte-se que, embora fosse presidencialista, de setembro de 1961 a janeiro de 1963 vigou o parlamentarismo, implantado pela Emenda nº 4 para amenizar crise política que se seguiu à renúncia de Jânio Quadros à Presidência da República.

Suas principais características, conforme Branco e Mendes (2014), foram as seguintes: reservou somente ao Legislativo a função de legislar, salvo o caso de lei delegada; instituiu a representação por inconstitucionalidade de lei, reforçando o papel do Judiciário no concerto dos três Poderes; proclamou que nenhuma lesão de direito poderia ser subtraída do escrutínio do Poder Judiciário; excluiu as penas de morte, banimento e confisco; e ocupou-se da organização da vida econômica, vinculando a propriedade ao bem-estar social e fazendo dos princípios da justiça social, da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho as vigas principais da ordem econômica. Também foi a primeira Constituição a prever expressamente o direito de greve.

Observa-se que, nesse período, o poder judiciário ganhou espaço, notadamente na possibilidade de analisar qualquer demanda a ele formulada - princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – como, por exemplo, as políticas públicas.

### **3.1.6 Constituição de 1967**

A Constituição de 1967, denominada “Constituição da República Federativa do Brasil”, teve o seu nascedouro a partir de um período de forte conturbação política. A partir de março de 1964, as Forças Armadas intervêm na condução do país por meio de atos institucionais e sucessivas emendas à Constituição de 1946, que, por fim, acabou não mais correspondendo ao novo momento político vivenciado. Foi este o contexto, pois, que marcou a outorga da Carta de 1967.

Marcada pela tônica da preocupação com a segurança nacional, seu eixo básico era a manutenção da ordem, sobretudo onde fosse vista a atuação de grupos de tendência de esquerda, especialmente comunista. Também tinha feição centralizadora, entregando ao Presidente da República copiosos poderes. Contrariando as conquistas obtidas anteriormente, permitia que os direitos individuais, embora previstos, fossem suspensos mediante a ocorrência de certos pressupostos, além de conceder ao Presidente da República, novamente, a faculdade de legislar, por meio de decretos-leis (Branco; Mendes, 2014).

### **3.1.7 Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 1, de 1969**

A Constituição de 1967 com a redação da EC 1/69, também denominada Constituição de 1969, foi outorgada pela Junta Militar.

O contexto que ensejou a sua elaboração foi o de agravamento da crise política promovida pela edição do AI-5 (Ato Institucional nº 5) em dezembro de 1968 pelo Governo. Este ato trouxe consigo, dentre outras, as seguintes disposições: ampliou ao extremo os poderes do Presidente da República; tolheu mandatos políticos; restringiu direitos e liberdades básicos; permitiu ao Presidente da República fechar as casas legislativas das três esferas da Federação, exercendo as suas funções enquanto não houvesse a normalização das circunstâncias; concedeu imunidade dos atos praticados com base no AI-5 ao controle pelo Judiciário (Branco; Mendes, 2014).

Sucessivamente, em 1969, declarou-se a incapacidade, por motivo de saúde, do Presidente da República, tendo sido o governo assumido por uma Junta composta por Ministros que chefiavam cada uma das três Armas. O Congresso Nacional foi, então, posto em recesso, e a Junta Militar elaborou uma alargada reforma na Constituição de 1967 (EC 01/69).

Em novembro de 1985, porém, a EC nº 26 deu forma jurídico-constitucional à exaustão do regime, e convocou uma Assembleia Nacional Constituinte livre e soberana. Os anseios de liberdade, participação política de toda a cidadania, pacificação e integração social ganharam preponderância sobre as inquietações ligadas a conflitos sociopolíticos, que marcaram o período que se encerrava.

### **3.1.8 Constituição de 1988**

A Constituição de 1988, atualmente vigente no país, foi promulgada, tendo sido nominada pelo Presidente da Assembleia Constituinte responsável por sua elaboração, Ulysses Guimarães, como “Constituição Cidadã” no discurso da promulgação, para expressar o cumprimento dos anseios do povo brasileiro nela atendidos.

O contexto mundial que deu ensejo à sua criação foi o de imposição da integração social, econômica e política, sob novo clima de liberdade, ao quadro de suspeitas dissolventes e de controle estatal rígido e centralizador da vida em coletividade, que a Guerra Fria inspirara na década de 1960. Também foi nesta época que o muro de Berlim caiu, representando a figuração perfeita dos anseios que se tinha neste momento histórico (Branco; Mendes, 2014).

No Brasil, a Carta de 1988 restaurou o respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. Também instituiu um compromisso do Estado na não interferência no que fosse próprio da autonomia das pessoas, bem como na não intervenção na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. Nesta esteira de ideias, foi a primeira a apresentar na história do constitucionalismo brasileiro o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o Título dos direitos fundamentais logo no início de suas disposições, antes das normas de organização do Estado.

Deste modo, pelo que foi visto, é possível ter na Constituição de 1988 o marco regulatório mais expressivo dos direitos sociais, consolidando o que até então se tinha como expressão do Estado Social. É nesta esteira de concepção, que eleva os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, adquirindo todas as características destes – historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, relatividade, universalidade, e aplicabilidade imediata (Masson, 2015) –, que se funda, pois, a Carta de 1988.

O direito à saúde, por exemplo, é um direito fundamental garantido a todos pela Constituição Federal de 1988, estando elencado como espécie de direito social. É o que se extrai da redação do artigo 6º, que assim dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Constituição do Brasil, 1988). Destaca, ainda, o texto constitucional que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (artigo 196 da Constituição Federal de 1988) (Brasil, 1988).

Como se pode verificar, a *mens legis* do constituinte foi a de proteger o ser humano, concedendo-lhe o mínimo de dignidade necessária, ao garantir-lhe, por exemplo, a saúde como direito seu e dever do Estado, motivo pelo qual poderá o judiciário, como veremos, intervir nas políticas públicas que não assegurem o mínimo de dignidade necessária ao ser humano.

Observa-se que a redemocratização do país, com a promulgação desta Constituição, fortaleceu o poder judiciário, e conseqüentemente os processos de “judicialização”, entre eles os referentes às políticas públicas, objeto do tema em estudo.

### 3.2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO ATUAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO (ATIVISMO JUDICIAL)

Conforme Ana Paula de Barcellos (2005), utiliza-se atualmente a expressão “neoconstitucionalismo” para identificar o estado do constitucionalismo contemporâneo, que,

por suas novas e destacadas nuances, experimenta diferenciação dos momentos anteriores vivenciados no direito brasileiro.

“O prefixo neo parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional”. (Barcellos, 2005, p. 83).

Ainda segundo a autora, do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual se finca sobre três premissas fundamentais: a primeira, da normatividade da Constituição, entendendo-se que as disposições constitucionais são normas jurídicas, e, por serem assim consideradas, são dotadas de imperatividade; a segunda, da superioridade da Constituição sobre as demais normas jurídicas do ordenamento vigente, denotando a concepção de uma Constituição rígida; a terceira, da centralidade da Constituição nos ordenamentos jurídicos, de modo que a compreensão de todos os demais ramos do Direito deve se dar a partir do que o texto da Carta do país dispõe. Tratam-se de características herdadas de um processo histórico que transmutou a Constituição de um documento com essência política e muito baixa imperatividade para uma norma jurídica suprema, com todos os aspectos decorrentes de tal concepção (Barcellos, 2005).

Em importante contribuição, destaca Humberto Ávila (2006) que é possível compreender que o fundamento normativo do “neoconstitucionalismo” estaria na instituição de princípios nas Constituições do pós-guerra, das quais a Constituição Federal Brasileira de 1988 é exemplo.

“Embora possa haver muita discussão a respeito de quais foram as teorias, métodos, ideologias ou movimentos jurídicos mais marcantes no período de vigência da Constituição de 1988, dúvida alguma existirá com relação ao fato de que o fortalecimento do que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil. É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”. Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais - ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade - desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes

Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta aplicação da Constituição em vez da lei)”. (Ávila, 2006, p. 2). (grifo nosso).

Verifique-se que, como destacado pelo autor, uma das mudanças fundamentais trazidas pelo neoconstitucionalismo foi a atuação do Poder Judiciário ao invés dos Poderes Legislativo ou Executivo. Tal afirmação é mais bem compreendida ao se analisar o conceito de ativismo judicial, ou judicialização, proposto por Luís Roberto Barroso (2009):

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação na sociedade”. (Barroso, 2009, p. 2). (grifo nosso).

Tem-se, deste modo, pela visão do autor, a sobreposição da atuação do Executivo e do Legislativo pelo Judiciário, na medida em que este atua em questões afins à área de atuação dos outros Poderes. Neste mesmo sentido, colaciona-se trecho de artigo produzido por Carlos Ari Sundfeld (2014), que assim dispõem:

“As crescentes demandas por políticas públicas e por direitos sociais, com a invocação de normas constitucionais ou legais programáticas, indeterminadas, são um autêntico desafio contemporâneo. Frustradas ou questionadas em outras esferas, essas demandas chegam ao Judiciário e muitas vezes vão parar no Supremo Tribunal Federal. Como se comporta o STF? Em geral, essas oportunidades são usadas pelos ministros para construir enfáticos votos de elogio a essas normas e de afirmação da existência, nos casos, de verdadeiros direitos subjetivos. É comum também a crítica veemente da omissão do legislador e da displicência da Administração Pública quanto aos direitos fundamentais ou sociais”. (Sundfeld; Domingos, 2014, p. 20). (grifo nosso).

É possível, pois, compreender o ativismo judicial como uma atuação do Poder Judiciário na decisão de questões que, em primeira análise, caberiam aos outros Poderes (Executivo e Legislativo). Não obstante, cumpre destacar que, como também dito por Sundfeld e Domingos (2014), o Judiciário assim tem atuado quando a Administração Pública e o Legislativo quedam-se inertes. “O ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (Barroso, 2009, p. 3).

Ainda, segundo Elival da Silva Ramos (2010), o ativismo judicial se caracteriza pelo exercício da função jurisdicional com extrapolação dos limites que o ordenamento jurídico

imputa, institucionalmente, ao Poder Judiciário. Neste sentido, segundo o autor, o Judiciário abandonaria a sua atuação para a resolução de litígios de feições subjetivas, que envolvem o conflito de interesses, e as controvérsias jurídicas de natureza objetiva, que abordam conflitos normativos, para adentrar à resolução de questões que, em um primeiro sentir, competem a outros Poderes. Trata-se, pois, para o autor, de uma desnaturação da atividade jurisdicional, função típica do Poder Judiciário, para exercer exasperadamente a seu modo aspectos que se tangeriam ao espectro de atuação dos outros Poderes. Aduz, ainda, sobre o referido tema:

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. (Ramos, 2010, p. 116-117).

Logo, ultimamente, tem-se verificado que algumas questões políticas e sociais estão sendo decididas pelo Poder judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder executivo.

Observa-se que a principal causa dessa “judicialização” foi a redemocratização do país, que teve seu ápice com a promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu o judiciário, aumentando-se a busca por justiça.

O ativismo judicial busca extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, contudo sem invadir o campo da criação do Direito.

Para Barroso (2011, p. 279), estaria o ativismo judicial relacionado à interpretação e aplicação da Constituição, sendo marcado pela aplicação direta do texto constitucional, com a declaração de inconstitucionalidade de leis com base em critérios pouco rígidos, e pela “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Observa-se, portanto, que o controle exercido por um Poder sobre outro se configura um importante elemento inibidor de arbitrariedade, pois ainda que um poder possua autonomia e independência, essa característica não o torna imune ao controle judicial, principalmente nos casos de omissão nas políticas públicas relativas aos direitos sociais consagrados na Carta Maior.

Dessa forma, não cabe o argumento que, assim agindo, o judiciário coloca em risco a autonomia dos poderes instituídos, conforme passaremos a discorrer no próximo item.

Cumprе salientar, ainda, que, em relação ao controle jurisdicional, como sendo aquele que envolve a apreciação, pelo judiciário, da juridicidade dos atos oriundos dos poderes

executivo, legislativo e do próprio judiciário, há dois sistemas desse controle da Administração Pública no Direito Comparado.

Há o sistema da dualidade de jurisdição, também chamado de sistema do contencioso administrativo, que possui origem na França e consagra duas ordens de jurisdição. A ordinária, exercida pelo judiciário sobre os atos dos particulares em geral. E a administrativa, exercida por juízes e Tribunais administrativos, que tem na cúpula o denominado Conselho de Estado, dotados de grande independência e integrantes do poder executivo.

De outro lado, existe o sistema da jurisdição una, de origem inglesa e norte-americana, onde se atribui ao judiciário o poder de decidir de maneira definitiva sobre a juridicidade de todos os atos praticados por particulares ou pela Administração Pública. Este é o sistema adotado no Brasil, através do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, disposto no art 5º, XXXV da Constituição Federal. Ressalte-se que este princípio ganha relevância com a divisão do Poder Estatal em três esferas, com a finalidade de se imporem limites internos ao exercício do poder político, no advento da república, após a Revolução Francesa e a independência norte-americana. A inafastabilidade do controle jurisdicional, portanto, é garantia inerente ao rol de direitos humanos, considerados internacionalmente como imperativos éticos do Estado Democrático de Direito.

Oportuno, ainda, destacar as tendências do controle jurisdicional, segundo Rafael Carvalho Resende de Oliveira (2015), segundo o qual a implementação do controle jurisdicional dos atos administrativos em harmonia com a legitimidade democrática e a eficiência administrativa, depende do reconhecimento de limitações institucionais do Poder Judiciário.

Há, segundo o referido autor, cinco tendências deste controle sobre a atividade administrativa.

A primeira é a relativização do formalismo e ênfase no resultado, havendo uma supressão de controles meramente formais e predomínio da verificação das consequências da ação administrativa.

A segunda, o predomínio do controle posterior em detrimento do controle preventivo, onde o objetivo é evitar que os órgãos de controle se transformem em administradores. Em relação ao judiciário, ainda que sejam ampliados os mecanismos de controle de eventuais omissões estatais, sua atuação deve limitar-se à fixação de prazos e parâmetros para que o administrador e o legislador formulem políticas públicas, evitando-se, assim, a instituição do juiz-administrador. Frise-se que, segundo o autor, não se quer dizer que o controle preventivo

não seja importante, mas não devem ser admitidos excessos que invertam a ordem da separação de poderes, como veremos mais a frente.

Outra tendência, segundo o doutrinador, seria o controle judicial oblativo e não substitutivo, no qual a atividade judicial, em respeito às capacidades das instituições dos demais poderes e às próprias limitações institucionais do judiciário (como por exemplo, ausência de visão sistêmica das questões; falta de aparelhamento técnico adequado para análise de questões complexas que necessitam conhecimentos extra-jurídicos; exiguidade do tempo; e excesso de trabalho para decidir de forma célere, etc), deve ser predominantemente corretiva da atividade administrativa, sem substituí-la. Há um equilíbrio entre o controle judicial e a democracia, uma vez que o judiciário corrige os desvios das ações e omissões administrativas, sem, contudo, se afastar da reavaliação das decisões estatais pelas instâncias democráticas, principalmente nas questões que abarcam discricionariedade administrativa. Exemplificando, em relação ao controle dos atos regulatórios, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que não pode o judiciário se intrometer na decisão final da ANATEL de autorização para funcionamento de rádio comunitária, uma vez tratar-se de matéria eminentemente para que técnica. Contudo, o judiciário poderia conferir prazo para que a agência resolva requerimento de autorização de funcionamento de emissora, em razão de demora desproporcional na sua análise, em razão dos princípios da moralidade e eficiência.

Logo, vê-se que há situações extremas em que o judiciário deve suprir a omissão desproporcional dos demais poderes, notadamente no tocante à efetivação de direitos fundamentais. A exemplo disso, dentre outros, cabe ressaltar a orientação do Supremo Tribunal Federal que, em sede de mandado de injunção, afastou a omissão legislativa para reconhecer o direito de greve dos servidores públicos estatutários, a partir da aplicação analógica da lei que trata da greve dos empregados celetistas.

Na quarta forma de controle, há o reforço da legitimidade das decisões judiciais, segundo o qual há a necessidade de maior legitimidade democrática da atuação jurisdicional, com destaque para as exigências reforçadas de fundamentação das decisões judiciais e diálogo com a sociedade. Dessa forma, tem sido cada vez mais comum a presença de *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, assim como a realização de audiências públicas.

Finalmente, Oliveira (2015), discorre sobre os novos mecanismos de controle social e deferência judicial, asseverando que o ordenamento jurídico tem previsto, crescentemente, instrumentos de participação do cidadão na elaboração de políticas públicas, bem como no controle da ação administrativa. O exemplo seria a lei do processo administrativo federal (lei

9784/99), que dispõe sobre a realização de consultas e audiências públicas, bem como outras formas de participação do administrado na tomada de decisões em processos administrativos em geral. A participação popular em procedimentos administrativos permite a elaboração de decisão pública a partir das necessidades e expectativas da sociedade civil, logo a atuação administrativa torna-se mais adequada e legítima, evitando-se discussões futuras, que geram instabilidade social. Assim, conclui o autor que, quando provocado, o próprio judiciário deve assumir uma posição de maior deferência à legitimidade da decisão administrativa, apenas invalidando-a nos casos de notória ilegalidade.

Percebe-se, assim, que o controle judicial da discricionariedade administrativa evoluiu ao longo do tempo. Após o abandono da noção de imunidade judicial da discricionariedade, várias teorias procuram explicar e legitimar o controle judicial da atuação estatal discricionária, com destaque a três teorias.

A teoria do desvio de poder, ou desvio de finalidade, admite que o judiciário invalide ato administrativo em desacordo com a finalidade da norma. Como exemplo, cite-se a cessão de imóvel desapropriado para empresa privada que executa atividade econômica lucrativa, sendo certo que a desapropriação só pode ter por finalidade a utilidade pública, necessidade pública ou o interesse social.

Outra teoria é a chamada teoria dos motivos determinantes, que dispõe que a validade do ato administrativo depende da correspondência entre os motivos nele expostos e a existência concreta dos fatos que ensejaram a sua edição. Mesmo naquelas situações excepcionais em que a lei não exige motivação, ou seja, a exteriorização dos motivos, caso o agente exponha os motivos do ato, a sua validade dependerá da correspondência com a realidade.

Finalmente, a teoria dos princípios jurídicos e o controle de juridicidade exige a compatibilidade dos atos administrativos com os princípios consagrados no ordenamento jurídico. Ganhou relevância com o reconhecimento da normatividade dos princípios, no contexto da constitucionalização do Direito Administrativo dos Pós- Positivismo, abrindo a possibilidade do controle ampliado e dotado de maior efetividade do ato administrativo. De acordo com essa teoria, a legalidade deixa de ser o único parâmetro para verificação da validade da atuação administrativa. Trata-se do princípio da juridicidade, que não aceita a concepção da Administração vinculada apenas às regras previstas nas leis, mas sim ao próprio Direito, incluindo regras e princípios previstos na Constituição.

A juridicidade, portanto, amplia a margem de controle do ato discricionário levada a efeito pelo judiciário. E isso não para permitir a apreciação do mérito administrativo propriamente dito, pois importaria em inadmissível violação ao princípio da separação dos poderes, mas sim para garantir que o mérito da atuação administrativa não seja um artifício ou escudo à violação, por via transversa, da ordem jurídica pelo administrador.

Todavia, com o objetivo de evitar a troca da arbitrariedade administrativa pela judicial, é indispensável a justificação da decisão judicial, como elemento essencial para sua legitimidade, pois apenas assim há possibilidade do controle “final” pelos “donos do poder” (o povo).

Dessa forma, percebe-se que o princípio da juridicidade, ao mesmo tempo em que prestigia a atividade exercida pela Administração Pública, na concretização das normas constitucionais, gera também restrições à atuação do administrador, ampliando, por conseguinte, o controle judicial dos atos administrativos, uma vez que a atuação administrativa para ser válida, deve ser compatível com os princípios consagrados na Constituição, como o da razoabilidade, que será falado mais adiante.

### **3.2.1 O princípio da separação dos poderes**

A Constituição representa para um país o seu documento legal mais importante, na medida em que é nela que estão relacionadas as normas gerais a serem seguidas por todos, tanto pelos administradores públicos como pelos administrados, na melhor concepção do que seria o Estado Democrático de Direito (Matheus Carvalho, 2014). É fato, ainda, que ela reflete o contexto de sua criação, na medida em que as normas serão elaboradas de acordo com o que as partes (ou uma delas, unilateralmente, em alguns tipos de governo) entendem como sendo o certo para ser seguido na nação.

As principais características do constitucionalismo brasileiro, conforme já falado, são as seguintes: limitação do poder, que ocorre com a repartição deste, de modo a evitar que o poder fique todo nas mãos de uma só pessoa, como é no absolutismo, onde o poder é absoluto e autoritário; garantia dos direitos; e separação dos Poderes.

Conforme Manoel Messias Peixinho (2008), historicamente, o princípio da separação dos Poderes teria surgido como teoria política pela primeira vez com John Locke (1632-

1704), que identificou três poderes indispensáveis às sociedades políticas: o Poder Executivo, que cuida da execução das leis; o Poder Legislativo, com a competência de fixar as leis objetivando a preservação da sociedade política e de seus membros; e o Poder Federativo, assim compreendido o poder de paz e guerra, de promoção de alianças, da formação de ligas, responsável por todas as transações externas. Quase sempre, porém, os Poderes Executivo e Federativo estariam ligados a uma só pessoa, raramente sendo desempenhados em separado. Deste modo, para que a sociedade política seja preservada, há de existir um único poder supremo – qual seja, o Legislativo, ao qual os demais estariam subordinados (John Locke, 2001).

É em Montesquieu (1689-1755), porém, que se pauta a atual concepção da separação dos Poderes no direito moderno. Com base na teoria de Locke, Montesquieu propôs a identificação de três Poderes distintos, independentes, com destacada separação de funções: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Vislumbra-se na teoria tripartida dos Poderes proposta por Montesquieu o embrião da harmonia e independência dos Poderes dos Estados Modernos (Peixinho, 2008). Contribuições a esta concepção também podem ser extraídas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dispõe em seu artigo 16 que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição e das demais” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de França, 1789).

Para Nuno Piçarra (1989), porém, é possível vislumbrar aspectos da teoria da separação dos Poderes já no conceito de constituição mista trazido por Aristóteles em sua obra “Política”:

“[...] constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político”. (Piçarra, 1989, p. 33).

Em sua obra, Aristóteles também distinguiu três Poderes, quais sejam, o Executivo, o Deliberante e o Judiciário. Marsílio de Pádua e São Tomás de Aquino também difundiram a separação de Poderes na Idade Média. De todo modo, há que se considerar que a separação de Poderes, antes de tudo, se apresentou como uma tentativa de imposição de limites ao poder do rei, sendo, na forma hoje conhecida, fruto da experiência constitucional e histórica da Inglaterra, da qual Montesquieu retirou a sua concepção sobre a teoria de freios e contrapesos,

que proponha a tripartição dos Poderes. A essência da separação dos Poderes está, portanto, na necessidade de impor limites aos mesmos.

“Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita”. (Montesquieu, 1999, p. 165).

Desse modo, tem-se que o princípio da separação dos Poderes contempla uma estrutura tripartida dos Poderes estatais, consistindo, ainda, na base do Estado Democrático de Direito brasileiro, estando eivados das características de independência e harmonia (artigo 2º da Constituição Federal), não podendo ser objeto de deliberação de proposta de emenda tendente à sua abolição (inciso III do § 4º do artigo 6º da Constituição Federal).

Feitas tais considerações e correlacionando o referido princípio ao tema do presente trabalho, pode se verificar que as políticas públicas, quando subsumidas à análise pelo judiciário, não ferem o princípio da independência dos poderes insculpido na Constituição Federal de 1988, visto que num Estado Democrático de Direito não se admite que os atos praticados ou os omissos de um poder, não possam ser objeto de apreciação pelo poder judiciário. Neste sentido, a recente ementa do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORTES CHUVAS NO MUNICÍPIO DE NITERÓI EM 2010. ALUGUEL SOCIAL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O ESTADO E O MUNICÍPIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECURSO DO ESTADO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO REJEITADA. SOLIDARIEDADE ENTRE O MUNICÍPIO E O ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ART. 6º E 23, IX DA CR/88. DECRETOS ESTADUAIS Nº 42.406/10 E 43.091/11, BEM COMO O TERMO DE CONVÊNIO FIRMADO COM O MUNICÍPIO DEMONSTRAM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES. A MORADIA É DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL PROTEGIDO CONSTITUCIONALMENTE, COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, COMO CONDIÇÃO DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO SE CUIDA, AQUI, DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, MAS DE DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE NORMA ESTADUAL E MUNICIPAL, PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL. A ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL QUE SE AFASTA, UMA VEZ QUE ESSE ENCONTRA LIMITES NO MÍNIMO EXISTÊNCIA E O MUNICÍPIO NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR A EFETIVA IMPOSSIBILIDADE CUMPRIR SEU MISTER. INCIDÊNCIA DA Nº 241 TJRJ. TEM RAZÃO O MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO A LIMITAÇÃO DO BENEFÍCIO, NA FORMA DO DECRETO ESTADUAL Nº 43.091/11, MAS QUE DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS, DEVE SER DEFERIDO

PELO PERÍODO MÁXIMO. CONFORME O LAUDO DE INTERDIÇÃO RESTOU PROVADO O DANO E A OMISSÃO ESPECÍFICA DOS ENTES EM PROMOVER A INSCRIÇÃO DO AUTOR EM PROGRAMA HABITACIONAL, BEM COMO PAGAR O BENEFÍCIO DE ALUGUEL SOCIAL A QUE FAZ JUS, INCLUSIVE APÓS A CONCESSÃO DA LIMINAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, §6º. DA CR/88. DANO MORAL CONFIGURADO, QUE VISA A COMPENSAÇÃO PELA VIOLAÇÃO A DIREITOS AFETOS À PERSONALIDADE. ART. 1º, III DA CR/88. VALOR FIXADO EM R\$ 10.000,00, QUE OBSERVA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, MAS DEVEM SER ACRESCIDOS DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULAS 362 E 54 DO STJ E 97 DO TJRJ. POR FIM, TEM RAZÃO O ESTADO, QUANTO A ISENÇÃO DA CUSTAS E TAXA JUDICIÁRIA, BEM HONORÁRIOS QUE DEVEM SER REDUZIDOS PARA R\$ 1.000,00. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DO ESTADO, PARA EXCLUIR DA CONDENAÇÃO O PAGAMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA E CUSTAS E REDUZIR A VERBA HONORÁRIA, FIXADA EM R\$ 1.000,00. E, EM REEXAME NECESSÁRIO VOTO NO SENTIDO DE EXCLUIR A CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS, LIMITAR O BENEFÍCIO DO ALUGUEL SOCIAL AO PRAZO DE 24 MESES, CONFORME A NORMA DE REGÊNCIA, FIXAR A INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE A INDENIZAÇÃO, NA FORMA DAS SÚMULAS 362 E 54 DO STJ E 97 DO TJ, CONFORME O DISPOSTO NA LEI 9.494/97, NA INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, MANTIDA NO MAIS A R.SENTENÇA.(0061611-26.2012.8.19.0002 -1ª Ementa-DES. INES DA TRINDADE - Julgamento: 06/07/2016 - SEXTA CAMARA CIVEL)”. (grifo nosso)

Vê-se, assim, que as formas de expressão do poder estatal são meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si só, logo a teoria da separação dos poderes deve ser interpretada de modo a considerar-se o Estado como sendo único, assim como seu poder e que este é exercido por meio de formas de expressão. Ou seja, para a racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce uma atividade específica destacada na Constituição.

No exercício de tais funções, veda-se interferência recíproca a essas formas de expressão estatal e nesse sentido tem-se a independência dos poderes. Entretanto, além de independentes, os poderes são harmônicos entre si, ou seja, devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. Assim, cabe ao judiciário sempre investigar o fundamento dos atos estatais a partir dos objetivos fundamentais dispostos na Constituição Federal.

Desta feita, num Estado Democrático de Direito, o judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os objetivos do próprio Estado, encontrando-se vinculado à política estatal, podendo ser provocado para determinar medidas de efetivação de direitos fundamentais ligados às políticas públicas, não havendo que se falar em ferimento do princípio da separação dos poderes.

### 3.3. A DOUTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE

A definição de Constituição, segundo Barroso (2009), contempla a concepção jurídica e política do documento, abrangendo, por esta razão, a conceituação dada por Branco e Mendes (2014).

Deste modo, entende-se que a Constituição de um país é um documento que se presta a delinear o caminho a seguir para se alcançar a governabilidade do país, tendo em vista que busca disciplinar as relações entre os órgãos detentores do poder e entre estes e a sociedade, de modo geral, podendo, ainda, ser reconhecido como um documento definidor dos direitos e garantias fundamentais, atingindo a esfera do indivíduo, ao mesmo tempo em que limita o conteúdo das demais normas do ordenamento jurídico nacional aos seus ditames. É ela, pois, que dita as regras basilares para a regência do país, as quais devem ser seguidas pelas outras normas que forem elaboradas no país, o que lhe confere *status* de norma suprema.

Em relação ao seu conteúdo, Branco e Mendes (2014) destacam a possibilidade de segregá-la em duas grandes partes: uma parte orgânica, encarregada de cuidar da normatização de aspectos estruturais do Estado, com a determinação de competências dos órgãos tidos por essenciais à sua existência; e a parte dogmática, na qual restariam proclamados os direitos fundamentais, com a respectiva declaração e instituição de direitos e garantias individuais, além de direitos econômicos, culturais e sociais.

Embora as normas constitucionais, regra geral, sejam dotadas de eficácia, é certo que tal condição não é uniforme em todos os tipos de normas existentes no âmbito da Constituição do país. Neste sentido é a lição de Pedro Lenza (2012), que aponta a seguinte classificação para as normas constitucionais: normas de eficácia plena, assim compreendidas as que estão aptas a produzir todos os efeitos nela previstos; normas de eficácia contida, aquelas que, muito embora sejam auto executáveis, detendo igual aptidão para a produção plena de efeitos nas relações jurídicas, estão susceptíveis a restrições em sua abrangência em virtude de deliberação dada pelo legislador infraconstitucional; ou normas de eficácia limitada, também denominadas normas de eficácia reduzida, assim tidas as que possuem a produção de efeitos atrelada a um desenvolvimento normativo, que se encontra a cargo dos poderes constituídos.

Deste modo, conforme Branco e Mendes (2014), para que normas deste tipo produzam efeitos, é necessário que o legislador infraconstitucional atue, o que as faz serem compreendidas como normas de baixa densidade normativa, por restarem, por assim dizer,

incompletas. Estas normas de eficácia limitada podem ser subdivididas, conforme José Afonso da Silva (2012), em normas de princípio institutivo, também chamadas normas de princípio organizativo; e normas de princípio programático, ou normas programáticas.

As normas de eficácia limitada do tipo de princípio institutivo contêm um início de estruturação de institutos e instituições, entidades e órgãos (Branco; Mendes, 2014). Assim também compreende José Afonso da Silva (2012), que desse modo dispõe:

“[...] normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei”. (Silva, 2012, p. 126).

Como exemplos de normas constitucionais de princípio institutivo, pode-se citar o inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, que assim dispõe: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. O seu enquadramento como normas de princípio institutivo se dá na medida em que, muito embora seja possível falar sobre contratação excepcional de servidor, em flagrante exceção à regra de investidura em cargos públicos por meio de concurso público de provas e títulos ou de provas, é certo, porém, que, para surtir os efeitos pretendidos, é necessária a atuação do Legislativo, com a elaboração da lei à qual o texto constitucional atribuiu a disciplina da matéria (Branco; Mendes, 2014). Ou seja, ainda que haja a previsão, dando um início de estruturação de pessoal à Administração Pública, os seus efeitos somente se irradiarão quando a lei própria tiver sido elaborada. Além deste inciso, Pedro Lenza (2012) cita outros mais: artigos 18, § 2º; 22, parágrafo único; 25, § 3º; 33; 37, inciso XI; 88; 90, § 2º; 91, § 2º; 102, § 1º; 107, § 1º; 109, inciso VI; 109, § 3º; 113; 121; 125, § 3º; 128, § 5º; 131; 146; 161, inciso I; e 224, todos da Constituição Federal de 1988.

As normas de princípio programático impõem um dever ao poder público, por meio da prescrição de ações futuras (Branco; Mendes, 2014). Estão, pois, relacionadas a programas que devem ser implementados pelo Estado, visando a realização de fins sociais (Silva, 2012).

“[...] através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. (Silva, 2012, p. 138).

Na visão de Jorge Miranda (2002), tratam-se de normas dotadas de aplicação diferida, pois não consentem aos cidadãos a possibilidade de sua imediata invocação, ou, ainda, em momento que imediatamente sucede a entrada em vigor do texto constitucional. Tal constatação, contudo, não indica, por si só, que este preceito não tenha força jurídica (Branco; Mendes, 2014). Para José Joaquim G. Canotilho (1986, p. 184), elas são dotadas de “um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição”.

“Impedem comportamentos contrários a elas mesmas, podendo gerar pretensões a abstenção. Revogam normas anteriores incompatíveis com o programa que promovem e, se atrimam com normas infraconstitucionais posteriores, levam à caracterização de inconstitucionalidade. O dever de agir decorrente dessas normas marca-se, caracteristicamente, pela margem de discricionariedade dilatada, reconhecida aos poderes públicos para satisfazê-las em concreto, estando a sua eficácia dependente não apenas de fatores jurídicos, mas também de fatores econômicos e sociais”. (Mendes; Branco, 2014, p. 77).

Em uma perspectiva mais voltada ao constitucionalismo contemporâneo, Barroso (2009) dá importante lição, que bem se amolda às tratativas pretendidas ao objeto deste estudo:

“As normas constitucionais programáticas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa [...] Modernamente, já se sustenta a operatividade positiva de tais normas, no caso de repercutirem sobre direitos materialmente fundamentais, como por exemplo os que se referem ao mínimo existencial”. (Barroso, 2009, p. 202). (grifo nosso)

São exemplos de normas programáticas as contidas no inciso VII do artigo 170, que versa sobre a redução das desigualdades regionais e sociais; o artigo 215, sobre o apoio à cultura; o artigo 217, acerca do fomento das práticas desportivas; o artigo 218, sobre o incentivo à pesquisa (Barroso, 2009); o artigo 180 sobre a promoção e incentivo do turismo (Branco; Mendes, 2014); e os artigos 6º (direito à alimentação); 196 (direito à saúde); 205 (direito à educação); 215 (cultura); 218, *caput* (ciência e tecnologia); e 227 (proteção da criança) (Lenza, 2012), todos da Constituição Federal de 1988.

Na visão de Barroso (2008), o movimento de reconhecimento de força normativa às normas constitucionais pode ser tido como importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No país, o seu desenvolvimento se encontra atrelado, conforme o autor, a um movimento jurídico-acadêmico que ficou conhecido como doutrina brasileira da efetividade.

A essência de tal doutrina estaria na tentativa de conferir aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais, na extensão máxima de sua normatização. Deste modo, seriam as normas constitucionais, assim como as normas jurídicas de modo geral, dotadas do atributo da imperatividade (Barroso, 2008).

“Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a júízo postular reparação”. (Barroso, 2008, p. 15). (grifo nosso)

Segundo o autor, todas as normas constitucionais que tenham criado direitos subjetivos, sejam eles individuais, políticos, difusos ou sociais, seriam, em regra, pela doutrina da efetividade, direta e imediatamente exigíveis, quer do Poder Público, quer do particular, através de ações de natureza constitucional ou não, assim consideradas as que se encontram previstas no ordenamento jurídico pátrio. Nesse cenário, o Poder Judiciário passaria a assumir destacado papel na concretização do texto constitucional.

Trata-se, pois, de uma metodologia positivista, que contempla o direito constitucional como norma, partindo do critério formal para o estabelecimento da exigibilidade de determinados direitos previstos no texto constitucional, sob o manto da premissa de que “se está na Constituição é para ser cumprido” (Barroso, 2008, p. 15).

No mesmo sentido, também, o posicionamento de Humberto Ávila:

“É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do interprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o interprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o poder judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”. (ÁVILA, 2006, p. 34).

Assim, caso os poderes constituídos, principalmente o poder executivo, não atue de forma a concretizar os direitos constitucionais previstos na Carta Maior, abre-se espaço para o judiciário determinar a efetivação de tais direitos, tendo como um dos fundamentos a aplicação desta teoria, sem que se fale em afronta ao princípio da independência dos poderes consagrado na Constituição de 1988, conforme discorrido no tópico anterior.

### 3.4 PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL

Atualmente, verifica-se uma tendência do capitalismo para se tornar monopolista. É o que diz Paula Bonfim (2010), que destaca, ainda, que a fase atual do capitalismo monopolista exige uma redefinição dos espaços público e privado. Isso porque, conforme a autora, se, por um lado, observa-se ainda a permanência do setor estatal no enfrentamento das sequelas da questão social, por outro, verifica-se a expansão do setor privado, representado fundamentalmente pelo que se convencionou chamar de terceiro setor. Se na primeira etapa do capitalismo monopolista as políticas sociais privadas apresentavam-se de forma muito pontual, neste momento já não se pode dizer o mesmo.

Segundo José e Gambi (2016), não se vislumbra uma convergência em relação ao conceito de capitalismo monopolista; ao contrário, segundo o autor, eles divergem pontualmente. A definição geral, porém, mais simples e mais aceita é a seguinte: consiste o capitalismo monopolista em “um sistema em que há centralização e concentração de capital e em que uma empresa monopolista tem poder de influenciar e dominar o mercado” (José; Gambi, 2016, p. 6).

No âmbito deste conceito, José e Gambi (2016) o subdividem em capitalismo monopolista, inserido no âmbito de grandes empresas que se encontram em constante processo de centralização e concentração de capital, abarcando, também, os seus mecanismos de expansão; e capitalismo monopolista de Estado, assim entendido pelo fato de ter tido o ente estatal papel fundamental no processo de acumulação das grandes empresas, exercido por meio da implementação de políticas deliberadas com vistas a conquistar novos territórios, seja para fornecimento de força de trabalho barata e matérias-primas, seja para consumo.

As relações entre o público e o privado no capitalismo monopolista sofrem transformações significativas, passando o Estado burguês a interferir cada vez mais na economia, sob uma nova forma de intervenção social, porém. Nela, conforme a autora, o Estado assume a responsabilidade no enfrentamento das manifestações da questão social através de políticas públicas, ao mesmo tempo em que as ações profissionais continuam enfocando o âmbito privado via moralização da questão social.

Para Natalia C. Seves (2013), o surgimento dos monopólios revela uma espécie de lei geral que identifica o denominado estágio superior do capitalismo – o imperialismo, tido

como fase superior do desenvolvimento capitalista. Sobre o imperialismo, cite-se Lênin (2012, apud Seves, 2013), que assim sustenta:

“[...] sem esquecer o caráter condicional e relativo de todas as definições em geral, que nunca podem abranger as múltiplas relações de um fenômeno na integralidade de seu desenvolvimento, convém dar uma definição do imperialismo que inclua as seguintes cinco características fundamentais:

- 1) a concentração da produção e do capital alcançou um grau tão elevado de desenvolvimento que criou os monopólios, os quais desempenham um papel decisivo na vida econômica;
- 2) a fusão do capital bancário com o capital industrial e a criação, baseada nesse “capital financeiro”, da oligarquia financeira;
- 3) a exportação de capitais, diferentemente da exportação de mercadorias, adquire uma importância particularmente grande;
- 4) a formação de associações internacionais monopolistas de capitalistas, que partilham o mundo entre si;
- 5) conclusão da partilha territorial do mundo entre as potências capitalistas mais importantes”. (Lenin, 2012, apud Seves, 2013, p. 14).

Também Roberto Castel (1998) sustenta ser o pauperismo o ponto de cristalização da questão social – muito embora, segundo o autor, o “Social” já exista desde o século XVI, por meio das intervenções públicas que compreendiam, dentre outros, a regulação pelo Estado da organização do trabalho e a assistência aos indigentes. O que diferencia este momento do vivenciado anteriormente é que, nele, a assistência pública poderia ser resumida basicamente a situações de indigência. Percebe-se, pois, conforme o autor, um retrocesso nas ações envidadas pelo Estado para fazer frente à questão social.

Deste modo, pode-se afirmar que, em seus primórdios, é possível vislumbrar as lutas de classes, que tinham por base reivindicações de melhores condições para a classe trabalhadora (proletariado), como expressões da questão social.

No Brasil, é possível, também, identificar semelhanças do movimento aqui ocorrido com o que se vislumbrou no cenário internacional (Marilda V. Iamamoto; Raul de Carvalho, 2006). A este respeito, veja-se o seguinte trecho, que demonstra aproximação das condições vivenciadas pela classe trabalhadora brasileira à época com as evidenciadas em outros países:

“Os operários vivem em condições insalubres, com carência ou falta de água, luz e esgoto. As condições de trabalho nas fábricas – essas em ambientes adaptados – são precárias, sem higiene e segurança. A subsistência familiar do operariado não pode ser efetivada com o nível baixo dos salários, mesmo com o trabalho de mulheres e crianças na busca do complemento de renda. O salário é sempre tensionado ao rebaixamento, devido ao exército industrial de reserva reforçado constantemente pelo êxodo rural, assim como pela inserção, no mercado de trabalho, de mulheres e crianças que, apesar do ritmo de trabalho extenuante e da extensa jornada de trabalho, possuem os salários substantivamente inferiores aos dos homens”. (Iamamoto; Carvalho, 2006, p. 32).

Também no Brasil as lutas por melhores condições de vida e de trabalho têm o seu início no século XIX, passando, a partir daí, a funcionar como elemento de movimentos sociais. Muito embora se experimente um reconhecimento pelo Estado de que a questão social é uma realidade, as mudanças são lentas, somente se tornando realidade a partir da década de 30, com a criação de um sistema de proteção social básico, composto por uma legislação trabalhista (CLT) e pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões. É neste período, também, que se vivencia uma tímida introdução à noção de Estado de Bem Estar Social, importando modelo europeu (Europa Ocidental), como resposta à questão social evidenciada.

Além da proteção do trabalhador, experimentou-se, ainda, avanços nas áreas da saúde, educação e assistência social. O mecanismo, porém, que direcionava a implementação destas novas políticas fez surgir uma nova questão social – qual seja, a desigualdade social, na medida em que tais medidas eram direcionadas à classe trabalhadora incluída no mercado de trabalho. Ou seja, não abrangiam desempregados, informais e trabalhadores rurais, que formavam um grande contingente à época. Massas pauperizadas que necessitam de moradia (habitação), reforma agrária, condições mínimas de saúde, vivem em condições miseráveis, sem que haja uma política social que garanta seus direitos.

Em 1964, o Brasil mergulha no processo da ditadura militar, em que as lutas sociais foram reprimidas e consideradas ilegais. A questão social, então, foi incorporada ao regime autocrático como ação estratégica de manutenção da estabilidade política e social do país. Nesse período, o Estado não se preocupava em reconhecer os direitos sociais. Somente na década de 80, com o declínio do modelo político e autoritário e o visível aumento da desigualdade social, é que os movimentos sociais reconquistam as lutas sociais, e a questão social volta à tona. A principal e mais importante resposta às lutas sociais desse período de transição democrática foi, sem dúvidas, a Constituição Federal de 1988, que garantiu os direitos sociais, e conferiu caráter político à questão social, conforme já assinalado anteriormente.

Contudo, a dinâmica societária no final do século XX engendra um conjunto de transformações sócio-históricas que incidem de modo particular na relação Estado e sociedade. Sobre esta relação, destaque-se a transferência de responsabilidades no enfrentamento das expressões da questão social para o mercado e o chamado terceiro setor em detrimento do Estado, acarretando um processo de profundas modificações nas respostas às sequelas sociais, oriundas da desigualdade histórica entre as classes.

Na contemporaneidade, a questão social não se expressa apenas em pobreza, miséria e exclusão, sobrevindo, simultaneamente, um processo de banalização humano, sobretudo devido à subordinação da sociabilidade humana às coisas (capital-dinheiro e capital-mercadoria), retratando, segundo ele, um desenvolvimento econômico que se traduz como barbárie social. Nesse contexto, surge o conceito de política social, assim consideradas, segundo Raquel Gentilli (2006), as

“[...] ações governamentais dos Estados modernos tendo em vista atender a redução das consequências da pobreza em diversas áreas de serviços, como educação, saúde, habitação, previdência etc. Essas ações visam equacionar, em alguns casos, ou minimizar, em outros”. (Gentilli, 2006, p. 77-78).

Feitas estas considerações e adentrando ao tema deste tópico, pode-se dizer que a teoria do mínimo existencial consiste num subsistema da teoria dos direitos fundamentais, cujo objetivo é dar respaldo jurídico às lutas sociais travadas contra a miséria e a exclusão social. Propõe-se, ainda, esta teoria, a fornecer suficiente teorização capaz de amparar os pleitos processuais em face do Poder Público, fornecendo, ainda, elementos para fundamentar escolhas políticas e decisões judiciais.

Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art 3º da CF/88) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, conforme mencionado anteriormente, apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana.

Assim, o mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado.

Também pode se considerar como o conjunto de prestações materiais indispensáveis ao exercício das liberdades básicas, correspondendo aos direitos fundamentais de concretização obrigatória a ser efetivada pelo legislador e administrador público.

Importante assinalar que, no que se refere ao mínimo existencial, a teoria da reserva do possível não pode ser aplicada a princípio, prevalecendo o primeiro, como se verá adiante.

Para Ana Paula de Barcellos (2011), o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância.

Inclui-se no mínimo existencial, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, o acesso à justiça, entre outros direitos.

É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do judiciário nas políticas públicas, corrigindo seus rumos ou implementando-as, levando-se em conta o princípio da razoabilidade, que será objeto de estudo no capítulo no próximo tópico.

No contexto do Estado Democrático de Direitos, o poder público tem o dever de implementar tais direitos, especialmente aqueles que o constituinte elegeu como o mínimo existencial. Essa função possui primazia em relação às demais atividades estatais. E, é justamente esse caráter de dever do Estado que justifica a intervenção do Poder Judiciário para garantir efetividade aos direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente.

Contudo, a aplicação e destinação dos recursos públicos são da competência dos Poderes Legislativo e Executivo, e sendo assim, seria invasão de competência e desrespeito ao sistema de freios e contrapesos – instituído pela própria Carta Magna – a possibilidade de o Judiciário determinar a aplicação de recursos em determinada área.

Assim, uma das grandes críticas à intervenção judicial para garantir efetividade aos direitos fundamentais está consubstanciada na argumentação de que feriria o princípio da Separação dos Poderes, contudo, conforme já verificado anteriormente, tal argumento não encontra sustentação.

Cabe, portanto, uma renovação da Teoria da Separação dos Poderes para se ver refletir na realidade fática aquilo que o próprio legislador constituinte determinou como parâmetro de um Estado Democrático. Há que se vencer velhos dogmas, dadas as novas condições que apresenta o moderno Estado.

Não obstante a necessidade de respeito à Separação dos Poderes, a realidade atual exige um Poder Judiciário muito mais envolvido e participativo, capaz de solucionar lides das mais variadas amplitudes, inclusive com questões intrinsecamente políticas, que modernamente são trazidas ao deslinde do Judiciário.

Em contraponto ao mínimo existencial, existe a teoria da reserva do possível que “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (Barcellos, 2011, p. 276).

A implementação de uma política pública depende de disponibilidade financeira, a chamada reserva do possível. Essa, portanto, é a justificativa mais usual da administração para

suas omissões, ou seja, o argumento de que inexistem verbas suficientes para implementá-las integralmente.

Todavia, esta alegação de falta de recursos deverá ser provada pela própria Administração, havendo portanto uma regra de inversão do ônus probatório, atribuindo-se a carga probatória à parte que estiver mais próxima dos fatos e com mais facilidade de prová-los. Confira-se, nesse sentido, o seguinte aresto do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública. 2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta. 3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente. 4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade. 5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. 6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexequibilidade dos pedidos da ação civil pública. 7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexequibilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos. Recurso especial provido. Processo REsp 1366331 / RS RECURSO ESPECIAL 2012/0125512-2. Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130). Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 16/12/2014. Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2014”. (grifo nosso)

Ressalte-se que, diante da insuficiência de recursos e da falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, o judiciário poderá determinar ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública, como, por exemplo, a construção de uma escola ou um hospital público.

Portanto, frequentemente a reserva do possível pode levar o judiciário a condenar a Administração Pública numa obrigação de fazer, ou seja, na inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação e, em seguida, na obrigação de se aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.

Nesta esteira, tem-se que a teoria da “Reserva do Possível” só pode ser usada como mecanismo limite para a efetivação dos direitos fundamentais, no caso de comprovação objetiva de insuficiência de recursos financeiros para tanto. Esse entendimento é reflexo da própria essência da teoria, uma vez que é indiscutível que as necessidades são ilimitadas e os recursos para supri-las é escasso.

Dessa forma, esta teoria deve ser compreendida sob a visão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a pretensão deduzida, qual seja a efetividade dos direitos constitucionais, e as possibilidades financeiras do Estado, como se verá no próximo tópico.

Importante ressaltar que na contraposição entre uma e outra teoria, especialmente no tocante à proteção de direitos fundamentais, tem se observado que a teoria da proteção do mínimo existencial se sobressai em relação à reserva do possível. Neste sentido, são as recentes ementas do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“CONSTITUCIONAL E EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERLOTAÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE DETENTOS POR DECISÃO JUDICIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO Oponibilidade. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No julgamento do RE 592.581/RS, com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a supremacia dos postulados da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial legitima a imposição, ao Poder Executivo, de medidas em estabelecimentos prisionais destinadas a assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível. 2. Não afronta o princípio da separação dos poderes a interdição, total ou parcial, de unidade penitenciária que estiver funcionando em condições inadequadas, uma vez que se trata de função atípica conferida ao Poder Judiciário pelo art. 66, VIII, da Lei de Execução Penal. Precedentes desta Corte Superior. 3. O Juízo de Direito da Vara de Execução Penal da Comarca de Goiânia observou, na carceragem da Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher, a ausência de condições para que os presos tomassem banho de sol ou recebessem visitas, e a superlotação do local, que, embora tenha capacidade para alojar 4 (quatro) detentos em 2 (duas) celas, abrigava 19 (dezenove) reclusos à época dos fatos, o que vinha causando frequentes rebeliões. 4. Constituído esse quadro, a intervenção judicial era medida que se impunha, para, de algum modo, fazer cessar ou, ao menos, amenizar, a situação de grave violação da dignidade humana dos presos, encontrada no DEAM de Goiânia. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 42.051 - GO (2013/0108841-0) data do Julgamento 05/04/2016 -Data da Publicação/Fonte-DJe 15/04/2016-Ministro RIBEIRO DANTAS”. (grifo nosso)

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA.

PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aquelles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, por meio da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstrato, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público, em que se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76. 10. Porém, é preciso fazer uma ressalva no sentido de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do

mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. 11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Agravo regimental improvido. Processo AgRg no AREsp 790767 / MG AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0248784-0 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)-Órgão Julgador-T2 - SEGUNDA TURMA-Data do Julgamento-03/12/2015.Data da Publicação/Fonte DJe 14/12/2015”. (grifo nosso)

Assim, observa-se que qualquer pleito que vise a garantir uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

Nessa linha de entendimento, cabe ao Judiciário assumir um papel mais politizado e ativo, onde questões de políticas públicas podem ser levadas a sua análise e este, tomando uma atitude ativista, decide pela efetividade de um direito fundamental constitucionalmente garantido, afastando o argumento da Teoria da Reserva do Possível, quando não devidamente comprovada a insuficiência de recursos financeiros, bem como rechaçando a alegação de violação do postulado da Separação de Poderes, já que o dever de promoção e proteção dos direitos fundamentais é de todos os órgãos e poderes Estatais.

### **3.4.1 O princípio da razoabilidade**

Antes de falar especificamente sobre o princípio da razoabilidade, cuja análise é primordial para o que se pretende neste estudo, há que se abordar aspectos referentes à base do regime jurídico administrativo, do qual deriva, dentre outros, tal princípio.

Normalmente, quando se menciona “Administração Pública”, faz-se ligação de seu sentido diretamente ao Poder Executivo. Contudo, como será demonstrado, o seu conceito não se esgota apenas neste poder estatal; antes, se apresentada bem mais abrangente do que esta singela apreciação.

É o que se extrai da leitura de Hely Lopes Meirelles (2013, p. 70), para quem a Administração Pública contempla “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”. Nesta definição, vê-se que o sentido de Administração Pública não se esvai no Poder Executivo e em seus órgãos subordinados, indo, porém, muito além, englobando todo o aparelhamento estatal posto para prestar serviços públicos à coletividade, atendendo ditames do interesse público primário.

Maria Sylvia Z. Di Pietro (2014, p. 71), por sua vez, a contempla como o “conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”. Estaria, pois, o seu sentido atrelado ao exercício da função administrativa, que consiste, conforme Carvalho (2014), na implantação daquilo que a lei determina, visando o atendimento às necessidades da população – como, por exemplo, a prestação de serviços públicos.

Entretanto, conforme Carvalho (2014), ao se relacionar a definição de Administração Pública ao exercício puro e simples da função administrativa não se contempla toda a sua complexidade, tendo em vista que, segundo o autor, não é só o Poder Executivo que exerce a função administrativa: ela também é exercida atipicamente pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Em resumo, pois, a Administração Pública se ocupa da gestão da coisa pública, mantendo observância estrita ao interesse público, na medida em que a sua atuação deve ser em prol da sociedade.

Desta noção, extrai-se aquela que se pode considerar a base do regime jurídico administrativo, que é a submissão da atuação administrativa ao interesse público, assumindo este para o agente público caráter de norma indisponível, que lhe autoriza, por tal característica, a, até, sobrepor o interesse do particular, caso este venha a afrontar o interesse público. A base do regime jurídico administrativo está pautada, pois, nos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público (Carvalho, 2014).

Pelo princípio da supremacia do interesse público, entende-se que este interesse, cujo atendimento estaria a cargo do Estado, encontra-se em posição de vantagem jurídica em relação ao interesse do particular. Para Marcus Bittencourt (2011), o Estado seria munido de determinadas prerrogativas para poder fazer prevalecer o interesse da coletividade sobre o interesse individual. São, portanto, determinados direitos conferidos ao Estado, que o coloca em uma posição de destaque em relação ao particular. Mas não para cumprir os seus próprios

interesses, e sim o do povo, titular do poder constituinte originário, detentor do interesse público primário.

Um exemplo da efetivação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é a desapropriação, em que se sacrifica o direito à propriedade do indivíduo em prol de um interesse maior, que é o da coletividade (Carvalho, 2014).

Já o princípio da indisponibilidade do interesse público, contempla limitações à atuação do agente público com vistas a evitar que este exerça as suas atividades em busca de vantagens indevidas. Compreendem, pois, um poder-dever de agir do agente público, que o obriga a atuar sempre em prol do interesse público primário (do povo), não se quedando a interesse particular (Carvalho, 2014). Isto se deve ao fato de que, segundo Celso Antônio B. de Mello (2014), na gestão pública, os interesses não se encontra à livre disposição do agente público, que deve cumpri-los de acordo com a finalidade (pública) a que estejam relacionados.

Por este princípio, então, a atuação do agente público se encontra adstrita à consecução da finalidade pública, devendo se pautar apenas no cumprimento do interesse do grupo social em sua totalidade, sob pena de ser a atuação fora destas limitações considerada desvio de finalidade, conduta esta que não estaria amparada pelo direito (Carvalho, 2014).

Destes importantes princípios basilares do regime jurídico administrativo derivam outros mais, estando alguns expressos no texto constitucional e outros implícitos no mesmo. Também na legislação infraconstitucional vislumbram-se importantes princípios a regerem a atuação administrativa (Meirelles, 2013); contudo, para esta pesquisa, o foco será dado apenas nos princípios constitucionais implícitos, notadamente o princípio da razoabilidade.

Os princípios constitucionais expressos estão enumerados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, e são os seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Brasil, 1988).

Já os princípios administrativos ditos implícitos são aqueles que, embora possam ser extraídos do sentido das normas constitucionais existentes, não foram positivados no texto da Carta Magna do país (Meirelles, 2013).

Segundo Carvalho (2014), dentre os princípios administrativos implícitos estão os seguintes:

a) princípio da **autotutela**, assim considerada a prerrogativa que a Administração Pública tem de rever os seu próprios atos, devendo proceder à sua anulação quando eivados de ilegalidade (ou seja, quando forem nulos), e revogá-los por questões de conveniência ou

oportunidade. Não se deve, porém, confundir o princípio da autotutela com a tutela administrativa, assim compreendido o controle feito pelos entes da Administração Pública direta sobre os da Administração Pública Indireta;

- b) princípio da **continuidade**, que dispõe sobre o dever de ser a atuação administrativa ininterrupta;
- c) princípio da **razoabilidade**, que impõe à Administração Pública, no exercício de discricção, à observância de critérios aceitáveis sob uma análise racional, estando esta em consonância com o senso de pessoas equilibradas, respeitando, também, as finalidades que guiam a outorga da competência exercida;
- d) princípio da **proporcionalidade**, assim entendida, conforme Paulo Bonavides (2015), a presunção de que existe uma relação adequada entre os fins determinados e os meios utilizados para levá-los a termo;
- e) princípio da **isonomia**, também denominado princípio da igualdade, representa o ponto cerne da democracia;
- f) princípio da **finalidade**, segundo o qual o ato deve ser praticado sempre tendo como fim o interesse público (Meirelles, 2013); e
- g) princípio da **segurança jurídica**, segundo o qual a atuação administrativa não pode retroceder para prejudicar direitos adquiridos.

Destes, interessa a este estudo o “princípio da razoabilidade”. Para iniciar as considerações, veja-se o seguinte trecho que se transcreve

“O princípio da razoabilidade, independente das interpretações que lhe sejam atribuídas, regula na Carta Constitucional indubitavelmente o princípio expresso do devido processo legal, inspirando-se de forma notória na redação encontrada no constitucionalismo norte-americano.

Dessa forma, o princípio do devido processo legal, juntamente com a separação dos poderes, constitui-se em fundamento essencial do regime democrático e sua abrangência ultrapassa a condição de simples garantia processual, tornou-se ainda objeto de intenso estudo doutrinário e jurisprudencial, e, tanto a doutrina quanto a jurisprudência utilizam-se do princípio da razoabilidade na busca de garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal.

O princípio do devido processo legal, aliado à separação dos poderes, constitui-se em fundamento essencial do regime democrático, uma vez que sua abrangência ultrapassa a condição de simples garantia processual. Incorporado à Constituição norte-americana de 1787, através das emendas 5ª e 14, o referido princípio tornou-se prontamente objeto constante de intenso trabalho doutrinário e jurisprudencial, principalmente no que tange à interpretação dada pela Suprema Corte americana, pois se hoje o mesmo pôde alcançar o reconhecimento e o prestígio que lhe são devidos, tal se deve ao enunciado flexível sobre o qual foi esculpido e às possibilidades abertas pelo case system, emblema maior do sistema da *Common Law*”. (PEIXOTO; QUEIROZ; MENDES, 2004, p. 100).(grifo nosso)

Na percepção dos autores copiados – Peixoto, Queiroz e Mendes (2004) –, o princípio da razoabilidade estaria intimamente relacionado ao princípio do devido processo legal, expresso no texto constitucional no inciso LIV do artigo 5º, e, de certa forma, também à separação dos poderes, representando este conjunto a base na qual se funda o regime democrático. Trata-se, pois, por esta perspectiva, de um princípio basilar para a invocação de direitos em face de eventual atitude arbitrária por parte do Estado.

A razoabilidade está, pois, para o devido processo legal assim como este se encontra para o princípio da separação dos Poderes. Vislumbra-se, deste modo, um entrelaçamento de conceitos, que conduz à constatação da intrínseca relação existente entre eles, que convergem nas tratativas dadas às garantias e direitos fundamentais no Brasil.

Cabe trazer à baila o também entendimento de que negar-se a importância da razoabilidade equivale à negação da evolução dos controles sobre a Administração Pública, bem como deixar sem controle atos que, para concretizar ao interesse público, apenas se medem pela lógica do razoável. Logo, esta é uma das chaves para que o controle judicial da Administração busque o justo, o legítimo e o viável, sob a ótica da relação custo-benefício. A rigor, portanto, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, antes de ser um princípio, se trata de uma técnica integrativa de interpretação jurídica (Jessé Torres P. Junior, 2005).

No tocante ao tema em estudo, tem-se, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio das regras de proporcionalidade e razoabilidade, o magistrado analisará a situação, em concreto, e dirá se o administrador público responsável pelo ato impugnado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. Dessa forma, estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da sua pretensão individual/ social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, se a escolha do agente público foi desarrazoada.

Nesse sentido segue o recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Apelação Cível. Ação de Procedimento Comum Ordinário, proposta em face do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, por meio da qual objetivou a autora o recebimento gratuito de medicamento, para o tratamento de doença grave. Sentença de procedência do pedido. Inconformismo dos réus. Cabe ao juiz determinar a produção das provas necessárias à instrução do processo. A documentação médica acostada aos autos, com a indicação do medicamento pleiteado pela autora, torna prescindível a realização da prova pericial. A saúde é, ao mesmo tempo, um direito fundamental e social. Constituição Federal que deve ser interpretada, por meio do fenômeno da mutação constitucional, com o fito de dar efetividade a tal direito, sem, contudo, colidir com o inciso I do seu artigo 167, o que impõe a ponderação de tais valores, tendo, como fio condutor, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Interesses financeiros da Administração Pública que devem ceder frente ao direito em questão, diante da solidariedade social.

Entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal. A responsabilidade dos entes públicos é solidária e decorre dos artigos 23, inciso II, e 196, ambos da Constituição Federal. Inteligência que se extrai da Súmula 65 deste Tribunal de Justiça. Quando o Poder Judiciário atua no controle de políticas públicas, inexistente ofensa ao princípio da separação dos poderes. Tal entendimento vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de coibir os abusos constantemente praticados pela Administração Pública, que, ao instituir as suas prioridades, inviabiliza o estabelecimento e a preservação, de condições materiais mínimas de existência. O Estado tem o dever de prestar os medicamentos requeridos, mesmo que não padronizados, pois necessários ao tratamento da autora, de acordo com o artigo 2.º da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que não traz qualquer limitação. Aplicação da Súmula 180 desta Corte. Possibilidade de entrega de medicamento que contenha o mesmo princípio ativo (genérico), mediante prescrição médica. Inocorrência de ofensa ao princípio da correlação. Inteligência que se extrai da Súmula 116 deste Tribunal de Justiça. No que tange às despesas processuais, tem-se que deve ser excluída a condenação do Estado ao pagamento da taxa judiciária, sob pena de confundirem, na mesma pessoa, credor e devedor, nos termos do artigo 381 do Código Civil. Isenção concedida, no que tange ao pagamento das custas processuais, que não abrange a taxa judiciária em relação ao Município. Entendimento consolidado na Súmula 145 deste Tribunal de Justiça e no Enunciado 42 do seu Fundo Especial. Honorários advocatícios corretamente fixados, nos termos da Súmula 182 desta Corte. Desprovimento dos recursos, nos termos do artigo 932, inciso IV, alínea "a" do Código de Processo Civil, excluindo-se, de ofício, a condenação do Estado do Rio de Janeiro ao pagamento da taxa judiciária, com a manutenção da sentença nos seus demais aspectos” (0138096-36.2013.8.19.0001 - APELACAO -1ª Ementa - DES. GEORGIA DE CARVALHO LIMA - Julgamento: 25/07/2016 - VIGESIMA CAMARA CIVEL). (grifo nosso).

Portanto, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o magistrado pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Verifica-se, ainda, que a referida intervenção do poder judiciário, sob o manto do “ativismo judicial”, deve se pautar no controle jurídico da razoabilidade do ato do poder público, devendo intervir com a carga coercitiva e justa medida para a consecução dos fins pretendidos.

#### **4. METODOLOGIA**

Para a realização da presente pesquisa foram utilizadas as seguintes técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa descritiva, explicativa, com base em revistas jurídicas, sites de pesquisa e literatura específica sobre o tema, sendo fornecidos os conceitos dos principais pontos a ser enfrentados, sua natureza jurídica, origem, história e divergências a respeito.

A técnica de pesquisa jurisprudencial foi pautada pela análise dos acórdãos encontrados sobre o tema no período definido para a pesquisa Também foi feito levantamento jurisprudencial nos tribunais pátrios para demonstrar como o controle das políticas públicas pelo judiciário vem sendo entendido por este Poder, utilizando-se palavras-chave padronizadas. Os acórdãos catalogados foram selecionados, a partir dos critérios estipulados pela delimitação dos objetivos da pesquisa, descartando-se os acórdãos impertinentes ao tema.

No âmbito doutrinário foram consultados doutrinadores tradicionais (geralmente os manuais) e doutrinadores especializados no estudo do presente tema.

## 5. DISCUSSÃO

Uma terminologia utilizada para se referir aos direitos humanos é de direitos do homem. Contudo, o uso não está correto, tendo em vista que os direitos do homem se relacionam com a natureza humana, apresentando, deste modo, uma relação jusnaturalista, na medida em que se tratam de direitos inerentes à condição humana, mas que ainda não foram positivados. Há que se destacar, contudo, que, tendo em vista a positivação de muitos direitos, atualmente, não se fala muito nestes direitos naturais. Os direitos humanos, assim como os direitos fundamentais, por sua vez, já se encontram positivados, respectivamente, em âmbito internacional e, também, em documentos da ordem interna de um país. (Paulo H. G. Portela, 2016).

Para Ingo W. Sarlet (2012), contudo, os direitos fundamentais figuram como exigências e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, posto no texto da Carta de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil – inciso III do artigo 1º da Constituição Federal (Brasil, 1988). Assim, logicamente, sendo a sua essência intimamente relacionada à concretização deste importante princípio, corolário que é do Estado Democrático de Direito, tem-se que dele não se deve abrir mão, em nenhum momento, sob pena de se estar abrindo mão da própria dignidade de pessoa humana.

“Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (Sarlet, 2012, p. 62). (grifo nosso).

É cediço que, muitas vezes, contudo, os cidadãos que se veem privados de usufruir determinados direitos, por ineficiência do Estado. Um exemplo bem presente é o direito à

saúde, frequentemente negligenciado pelos governantes, em todas as esferas do Poder Executivo (municipal, estadual e federal).

Essa é uma das formas que o Judiciário vem atuando de forma contundente, relembrando, pode-se assim dizer, ao gestor público, da relevância dos direitos fundamentais, bem como das garantias que o texto constitucional instituiu como deveres para o Poder Público conceder, com vistas à efetivação daqueles e à obtenção de uma vivência digna pelo cidadão.

Neste sentido, vários são os julgados, inclusive no âmbito das Cortes superiores, sobre a determinação dada pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo, primordialmente, para fazer cumprir os ditames constitucionais, concedendo ao jurisdicionado e administrado aquilo que ele pleiteia, sem se aceitar a invocação de insuficiência de recursos como forma de justificar a inatividade administrativa. Não se admite, pois, a princípio, como colacionado no estudo, a invocação da teoria da reserva do possível para tentar o Estado se eximir de sua responsabilidade de fazer frente ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

Além das ementas já colacionadas ao longo do trabalho, soma-se a elas a seguinte, exarada no mesmo sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).

2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.

3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, **RE: 642536 AP**, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DJe-038, Divulg 26/02/2013, Public 27/02/2013)”. (grifo nosso)

Verifique-se que, nesta ementa, elaborada quando do julgamento do RE 642536 AP, que teve como relator o Ilustre Ministro Luiz Fux, é possível verificar uma ponderação dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, culminando na constatação de que, como se trata, *in casu*, de discussão que envolve o direito à saúde, poderia o Poder Judiciário atuar, não configurando tal atuação inovação na ordem jurídica, mas apenas cumprindo o seu papel de determinar ao Executivo o cumprimento das políticas públicas que foram previamente estabelecidas.

Ou seja, segundo o Ilustre Ministro, a inovação jurídica, que caracterizaria violação à separação dos Poderes, não ocorre porque o Judiciário não elabora políticas públicas, tampouco edita leis, limitando-se a determinar ao Executivo o cumprimento daquilo que ele mesmo, por meio do estabelecimento de políticas públicas oriundas do dever constitucionalmente a ele imposto, se obrigou a fazer.

Nesse mesmo sentido, entretanto em relação ao direito à educação infantil, tem-se a elucidativa ementa, que ora se colaciona, elaborada no julgamento do ARE 639337 SP, a qual teve como relator o Ministro Celso de Mello:

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – [...] OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006)- COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL [...] POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL .

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

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e

atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

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

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, 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 impregnados de estatura constitucional.

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 - transgide, 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.

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).

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”. [...] (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 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). (grifo nosso)

Nas brilhantes considerações do Ilustre Ministro Celso de Mello na ementa ora colacionada, cujos argumentos se aplicam à atuação jurisdicional para fazer frente aos direitos fundamentais básicos do indivíduo, tem-se que a reserva do possível, em se tratando de aspectos relacionados a políticas públicas e ao cumprimento de mandamento constitucional, é teoria que não pode ser invocada, sob pena de, segundo as palavras do Ministro, se estar fraudando o próprio texto da Carta Maior do país. Por esta razão, não se vislumbra intervenção do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas pelo Executivo, tendo em vista que o controle exercido pelo mecanismo da judicialização somente se dá para fazer com que aquele Poder cumpra com aquilo que ele próprio se comprometeu a realizar.

Tal atuação, como também asseverado, não infringe a separação dos Poderes, base do Estado Democrático de Direito brasileiro, na medida em que, repise-se, o Judiciário não

adentra na esfera de atuação dos demais Poderes, não lhes retirando, portanto, qualquer autonomia, mas fazendo-os cumprir aquilo que lhes é imputado pelo texto constitucional a que estão obrigados pela elaboração de políticas públicas pertinentes ao atendimento das necessidades oriundas da coletividade.

## 6. CONCLUSÃO

Como foi ao início delineado, o objetivo geral deste trabalho monográfico era estudar o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as políticas públicas, delimitando o seu conteúdo, limites e princípios norteadores, bem como abordando as divergências a respeito, buscando aprofundar o conhecimento sobre a natureza jurídica e as características do ativismo judicial. A questão central posta para discussão foi a seguinte: como conciliar a autonomia das políticas públicas com o controle exercido sobre elas pelo mecanismo da judicialização? Esse controle fere o Princípio da Separação dos Poderes?

Para atingir o propósito do estudo, pretendeu-se, ainda, estudar a doutrina da efetividade; analisar o constitucionalismo brasileiro e o papel do Poder Judiciário à luz do princípio da separação dos Poderes; pesquisar sobre a teoria da proteção do mínimo existencial, contrapondo-a com a teoria da reserva do possível, analisando ambas à luz do princípio da razoabilidade; fazer um estudo sobre o fenômeno do ativismo judicial; abordar aspectos referentes ao controle jurisdicional sobre as políticas públicas no Brasil.

Os resultados obtidos com o estudo realizado confirmaram a hipótese primária delineada, tendo em vista que restou demonstrado que a possibilidade de controle judicial das políticas públicas fortalece o Estado Democrático de Direito, assim como não adentra a esfera dos demais Poderes, não se podendo cogitar, por esta razão, de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. Também há que se destacar que o Judiciário somente assim atua quando o Executivo e o Legislativo – o primeiro, principalmente – não atua, quedando-se inerte ao atendimento das necessidades básicas do povo, que clamam por atendimento e satisfação imediata.

Ademais, verificou-se que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, até mesmo as denominadas normas de eficácia limitada, das quais as normas programáticas são espécie, classe à qual pertence, por exemplo, o direito à saúde, expresso no artigo 196 da Constituição de 1988.

Deste modo, pela doutrina da efetividade, invocada no constitucionalismo contemporâneo para justificar a atuação do Judiciário, buscando o atendimento às necessidades básicas dos cidadãos, oriundas dos direitos fundamentais a ele garantidos, tem-se que as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade direta e imediata, sendo exigíveis de pronto, na medida em que criam direitos subjetivos.

Observou-se, também, que atualmente a jurisprudência brasileira posiciona-se no sentido de que questões de políticas públicas podem ser levadas a análise do Poder Judiciário, e este tomando uma atitude ativista decide pela efetividade do direito fundamental, constitucionalmente garantido, afastando o argumento da Teoria da Reserva do Possível, quando não devidamente comprovada a insuficiência de recursos financeiros.

Verificou-se, ainda, que descabe o argumento de violação do postulado da Separação de Poderes, já que o dever de promoção e proteção dos direitos fundamentais é de todos os órgãos e poderes Estatais.

Pelas razões apresentadas, pode-se concluir que, se não houvesse a possibilidade de controle judicial sobre as políticas públicas, isso representaria um risco ao Estado Democrático de Direito, instituidor de direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos. Quanto à suposta ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, tem-se que esta não se concretiza, na medida em que a independência e harmonia não são afetadas quando da efetivação do controle jurisdicional das políticas públicas, não se eliminando a autonomia dos demais poderes constituídos.

## 7. REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, vol. 240, p. 83-103, Abr./Jun. 2005.

BARCELLOS, A. P. de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In MIRANDA COUTINHO, J. N.; FILHO, R. F.; LOBÃO, R. (org.). Constituição & ativismo judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 276-278.

\_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. R. Jur. UNIJUS, Uberaba-MG, vol. 11, n. 15, p. 13-38, novembro/2008.

BITTENCOURT, M. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Fórum Editora, 2011.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONFIM, P. Entre o público e o privado: as estratégias atuais no enfrentamento à questão social. Revista Katálysis, Florianópolis, Vol. 13, N. 2, 2010.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Promulgada em 05/10/1988.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, Recurso em Mandado de Segurança 42.051/ GO (2013/0108841-0), Relator: Min. Ribeiro Dantas, Data do Julgamento: 05/04/2016 - Data da Publicação: DJe 15/04/2016.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ Processo AgRg no AREsp 790767 / MG Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0248784-0, Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Data do Julgamento: 03/12/2015, Data da Publicação: DJe 14/12/2015.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, REsp 1366331 / RS Recurso Especial 2012/ 0125512-2, Relator: Min. Humberto Martins, Data de Julgamento: 16/12/2014, Segunda Turma, Data da Publicação: DJe 19/12/2014.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, RE: 642536 AP, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DJe-038, Divulg 26/02/2013, Public 27/02/2013

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 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.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CARVALHO, M. Manual de Direito Administrativo. Salvador: JusPODIVM, 2014.

CASTEL, R. Metamorfoses da questão social. Petrópolis: Vozes, 1998.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERONATO, C. A historiografia educacional sobre a Assembleia Geral Constituinte e legislativa do Império do Brasil - 1823. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n. 27, p. 47-64, set. 2007.

FRANÇA, DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789.

GENTILLI, R. Representações e práticas. São Paulo: Veras, 2006.

HARADA, K. Direito financeiro e tributário. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

IAMAMOTO, M. V.; CARVALHO, R. de. Relações sociais e serviço social no Brasil: esboço de uma interpretação histórico-metodológica. 19. ed. São Paulo: Cortez; [Lima, Peru]: CELATS, 2006.

JOSÉ, C. R.; GAMBI, T. F. R. Capitalismo monopolista: de Baran e Sweezy ao debate brasileiro. In: IV Conferência Internacional de História Econômica & VI Encontro de Pós-Graduação em História Econômica. Disponível em: <[http://cihe.fflch.usp.br/sites/cihe.fflch.usp.br/files/Caio\\_Renno.pdf](http://cihe.fflch.usp.br/sites/cihe.fflch.usp.br/files/Caio_Renno.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2016.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. Fundamentos de Metodologia Científica. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed. Saraiva, 2012.

LOCKE, J. Dois Tratados sobre o Governo. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MASSON, N. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, C. A. B. de. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. Malheiros, 2014.

MIRANDA, J. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. 6. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERI, A. L. As políticas de atendimento aos direitos da pessoa idosa expressa no Estatuto do Idoso. A Terceira Idade, v. 16, n. 34, p. 7-24, 2005.

OLIVEIRA, R. C. R. Curso de Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Método, 2015.

PEIXINHO, M. M. O princípio da separação dos Poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, Anais.

PEIXOTO, A. S.; QUEIROZ, T.; MENDES, F. C. O princípio da razoabilidade. Revista Jurídica UNIGRAN, vol. 6, n. 11, Dourados, MS, Jan./Jul. 2004.

PEREIRA, P. A. P. Política de assistência social para a pessoa idosa. Disponível em: <[http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/\\_eixos/4.pdf](http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_eixos/4.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PERERA JUNIOR, J. T. Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PIÇARRA, N. A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PORTELA, P. H. G. Direito Internacional Público e Privado - Incluindo Direitos Humanos e Comunitário. 8. Ed. Jus Podivm, 2016.

RAMOS, E. da S. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO DE JANEIRO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJ/RJ, Apel. 0061611-26.2012.8.19.0002, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Ines da Trindade, Julg. 06/07/2016.

RIO DE JANEIRO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJ/RJ, Apel. 0138096-36.2013.8.19.0001, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Georgia de Carvalho Lima, Julg. 25/07/2016.

ROSA JÚNIOR, L. E. F. da. Manual de direito financeiro e direito tributário. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEVES, N. C. Capitalismo monopolista no Brasil: a implantação do novo padrão de acumulação do capital e a redefinição da hegemonia política no seio do bloco no poder. In: Anais do V Simpósio Internacional Lutas Sociais na América Latina, GT 4. Imperialismo, nacionalismo e militarismo na América Latina, 10 a 13/09/2013.

SILVA, J. A. da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, C. A.; DOMINGOS, L. Supremocracia ou administrocracia no novo direito público brasileiro? Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 18-23, maio 2014.