



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário

Lorena Linhares

Rio de Janeiro  
2010

LORENA LINHARES

Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário

Artigo Científico apresentado à  
Escola de Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro, como exigência para  
obtenção do título de Pós-Graduação.  
Orientadores: Prof. Neli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2010

## CONTROLE DE POLITICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Lorena Linhares

Graduada pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O estudo realiza uma análise crítica acerca dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a possibilidade de controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ou seja, a legitimidade do controle exercido, tendo por base os direitos fundamentais, o surgimento e evolução do Princípio da Separação dos Poderes e por ultimo uma ponderação dos limites dessa atuação.

**Palavras-chaves:** controle, políticas públicas, poder judiciário, poder legislativo, poder executivo, separação dos poderes, direitos fundamentais, reserva de consciência, mínimos existência e reserva do possível.

**Sumário:** Introdução. 1. Concretização dos direitos fundamentais através das políticas públicas. 2. Princípio da separação dos poderes. 3. Os contornos do Controle. Conclusão. Referências.

### 1 - INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, ou seja, a legitimidade do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a própria atividade estatal,

determinando que os direitos de segunda e terceira dimensão sejam efetivados. Para tal, estabelece como premissa a reflexão doutrinária do liame entre os direitos fundamentais e as políticas públicas. Além disso, trata do controle das políticas públicas norteada pelo princípio constitucional da separação dos poderes, inicialmente na sua visão clássica para chegar à releitura dada pela Constituição Federal.

Diante desse panorama, trata do controle de políticas pelo Judiciário, sob enfoque da jurisprudência, apesar de forma tímida e não expressa, sinaliza pela possibilidade em situações excepcionais, tudo isso sob análise do caso concreto. Resta saber, o real limite da interferência do Judiciário sobre o Executivo e Legislativo.

Busca-se despertar atenção para atuação mais ampla da atividade do Poder Judiciário, na procura pela efetivação dos direitos de segunda e terceira dimensão, para alcançar os parâmetros fundamentais traçados na Constituição da República. Além disso, procura-se concretizar os direitos e valores insculpidos no texto maior, uma vez que ascende o efetivo descrédito da atuação parlamentar e o descaso social.

Objetiva-se trazer à tona discussão sobre a releitura do princípio da separação dos poderes, dentro do contexto do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Procura-se demonstrar uma visão positiva deste mecanismo de controle, o qual permite maior delimitação dos atos administrativos tendo como parâmetro a CRFB. Asseguram-se os objetivos e os princípios fundamentais traçados na Constituição.

No decorrer de todo o artigo, será analisado alguns pontos importantes, dentre os quais: a evolução histórica até se chegar à tripartição de poderes, vinculação dos atos administrativos à

Judicialidade constitucional, necessidade de limite ao Poder Judiciária na interferência ao Poder Executivo e Legislativo. Para esta pesquisa adotou-se o critério qualitativo, descritivo e parcialmente explicativo.

Por ultimo, será traçado o real limite de ingerência do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, ressaltando todas as peculiaridades e entendimentos relevantes para o caso.

## 1 - CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

É necessário, antes de tratar sobre a possibilidade de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário fazer uma análise geral dos direitos fundamentais, na medida em que as políticas públicas são formas de efetivação destes direitos.

Os direitos fundamentais solidificaram-se como categoria especial de direitos a partir da segunda metade do século XX. Trouxeram a idéia de direitos humanos e passaram a operar e explorar as possibilidades dos princípios constitucionais. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais são fruto dos direitos humanos, criados pelas declarações do Sec.XVIII, principalmente pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Historicidade indica que os direitos fundamentais são capazes de se transformações ao longo dos tempos, ou seja, de uma evolução histórico – jurídico - política, o que gerou uma classificação dos direitos em de primeira, segunda e terceira geração, segundo Mendes (2000), Moraes (2000) e Moraes (2008). Há autores que dividem os direitos em quatro, como é o caso de Bonavides (2001), outros chegam a mencionar até cinco ou mais gerações.

A doutrina, por outro lado, discute em torno da terminologia geração. O termo “geração” pressupõe a caducidade das gerações anteriores, ou seja, da idéia de sucessividade, uma geração substituindo a outra. O sentido adequado é o de que os direitos fundamentais serão acumulados, cada geração agrega valor à anterior. Neste sentido, Bonavides (2001) entende que não é correto adotar o termo gerações, melhor seria utilizar a expressão “dimensão”, por que o sentido é de cumulatividade.

As gerações de direitos fundamentais estão entrelaçadas com o lema da Revolução Francesa, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade. A primeira geração de direitos fundamentais é também chamada de direitos civis e políticos. Estão relacionados com as características do Estado Liberal, proteção aos direitos de liberdade, de autonomia da vontade. Implica num dever de omissão, limita o Poder do Estado, ou seja, uma barreira na intervenção do Estado na sociedade.

A segunda geração tutela a igualdade, também fruto do Estado Liberal. Fala-se em Estado Social, contextualizada pelo *Welfare State* Norte-Americano, Constituição Mexicana de 1917, pelas idéias da República de Weimar (Constituição Alemã - de Weimar de 1919), a Revolução Socialista Russa e na Constituição Brasileira de 1934.

O Estado do bem-estar social conhecido por garantir os provimentos básicos aos indivíduos para que tenham condições mínimas de vida digna. A finalidade maior é diminuir as desigualdades sociais. Prima pela igualdade material ou substancial e não apenas a formal. Em regra, este período é marcado por prestações, de modo que os direitos de igualdade sejam implementados por atuações, atendendo às necessidades sociais, econômicas e culturais para se atingir o bem-estar social.

Há uma mudança na concepção do papel do Estado, nos direitos de primeira geração, o Estado é visto como potencial violador tem como adversário o Estado Absolutista, para não violar basta que o Estado se abstenha. Nos de segunda geração o Estado é visto como principal protetor, estes direitos se realizam através de prestações positivas.

O grande óbice dos direitos fundamentais é a sua efetivação, uma vez que são prestacionais, identificam com as liberdades positivas, concretas, demanda do Estado à prática de políticas públicas, motivo pelo qual necessita de recursos financeiros.

A partir da segunda metade do Sec. XX começaram a surgir os direitos de terceira geração, identificada pela fraternidade ou solidariedade. Abrange direitos metaindividuais ou transindividuais, como a paz, o equilíbrio do meio ambiente, desenvolvimento e equilíbrio econômico, exploração dos próprios recursos naturais, do patrimônio genético e proteção do patrimônio artístico, cultural e paisagístico.

A titularidade é transindividual, o titular é uma coletividade e não um único indivíduo. Engloba os direitos difusos, que inclui uma pluralidade de pessoas indeterminadas, reunidas por uma relação de fato e não de direito e direitos coletivos que abrangem uma coletividade

determinada, reunida por uma relação jurídica base. Ambos são indivisíveis, visto que são entregues a todos os titulares de direito.

Como dito acima, a doutrina diverge quanto, a saber, quais direitos pertencem a que gerações e quantas são. No que tange a primeira, segunda e terceira gerações não há muita discussão, a controvérsia começa a surgir a partir da quarta.

Calmon (2001) entende que os direitos de quarta geração são os relativos à manipulação do patrimônio genético, tais como a clonagem, os alimentos transgênicos, a fertilização *in vitro* para a escolha do sexo do bebê. Bonavides(2001) aduz que estaria ligado à globalização econômica, como por exemplo, o comércio realizado entre os Estados diferentes via internet. Nogueira (2001) afirma que seriam direitos ligados à tributação justa. A quinta geração seria os direitos cibernéticos, segundo Motta (2009), mas não existe qualquer pacificação na matéria.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência predominante reconhecendo a existência de três gerações de direitos, a primeira compreende as liberdades clássicas, a segunda identifica as liberdades positivas, reais e a terceira como consagração da solidariedade.

Nestes termos é importante ressaltar ainda que os direitos fundamentais têm natureza dúplice, ao mesmo tempo pode ser analisado pela dimensão subjetiva e pela dimensão objetiva. As relações se complementam, uma vez que os direitos subjetivos limitam o arbítrio do Estado e os direitos objetivos, vedam as liberdades ilimitadas do particular.

Neste contexto, o trabalho enfocará os direitos de segunda e terceira gerações, visto que envolvem prestações do Estado, tendo por base os direitos transindividuais garantidos constitucionalmente, eis que são estes que determinam as políticas públicas.

Tais políticas públicas passaram a ser discutida a partir do Estado Social, no momento em que o Estado ficou responsável por implementar funções e atuar de forma diversa da exercida anteriormente. Foi com os direitos de segunda e terceira gerações que delimitam as funções do Estado para alcançar a justiça distributiva e as condições de uma vida digna.

Segundo Melo (2009), as políticas públicas são definidas de forma ampla, trata de toda forma de prestar atividade estatal, a fim de implementar os objetivos do Estado e disponibilizar às pessoas, os bens da vida e os serviços que são de competência do Estado, ou seja, significa ação estatal para atingir um fim que é a concretização dos direitos fundamentais.

Em regra, o Poder Legislativo e o Executivo através de suas funções típicas estabelecem as políticas públicas, seja por meio de leis, atos normativos, decretos ou por programas de governo. Todavia, a finalidade deste trabalho não é tratar dos programas de governo ou mesmo controle de leis, mas da implementação dos direitos fundamentais. Torna-se assim irrelevante a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, visto que é função do Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, controle da atividade estatal, sem que com isso viole o princípio constitucional da separação dos poderes.

Deve-se destacar que é função dos Poderes Legislativo e Executivo estabelecerem os programas determinando atuação, objetivos e metas, tudo isso está no âmbito discricionário dos seus Poderes. Por outro lado, a própria Constituição Federal trás no seu texto os direitos e princípios que devem ser seguidos e é neste ponto que o Poder Judiciário poderá interferir para fazer com que seja sanada ofensa aos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário não controlara o ato administrativo, visto que este é de atividade discricionária do Poder Executivo, mas apenas os meios que utilizara para implementar as políticas públicas. As políticas públicas não necessariamente precisam de um ato administrativo, o que não impede que elas estejam condicionadas em algumas vezes a esses atos.

Sendo assim, conclui-se que os direitos fundamentais são aqueles que podem ser extraídos das normas constitucionais, mas não necessariamente previstos na constituição, mas que visam proteger, implementar a dignidade da pessoa humana. É um conceito aberto, analisado conforme o caso concreto, dando respostas distintas a realidades diferentes, tudo isso para assegurar o ser humano.

## 2 – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:

A Separação dos Poderes surgiu com os pensadores políticos do Iluminismo Europeu, no século XVII. Apesar de haver alguma menção sobre o tema na obra *Política* de Aristóteles, o precursor da Separação de Poderes foi John Locke, mais tarde aperfeiçoada por Montesquieu.

John Locke era um pensador contratualista ou jusnaturalista, para quem o Estado seria produto de artifício, ou seja, não surge naturalmente. Aparece através de um pacto entre humanos, para proteger o homem do próprio homem. O principal bem jurídico para Locke era a vida, sendo o homem naturalmente bom, motivo pelo qual é desnecessário o Estado tutelá-los. O

Estado nasce para proteger a propriedade ameaçada pela escassez e acúmulo da moeda, o que exigia um juiz imparcial e leis firmes que punissem eventuais transgressores. Assim, o Estado deve ter influência restrita, ser limitado, daí o liberalismo.

Na obra *Segundo o Tratado do Governo Civil*, Locke estabeleceu o formato desse contrato, no sentido de haver Separação de Poderes, quais sejam: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo, visto que a idéia de Poder Judiciário só surgirá no século XVIII, com Montesquieu. Atribuiu o poder de julgar ao Poder Executivo, que deve aplicar as leis produzidas pelo Poder Legislativo. Não havia a idéia de equipolência entre os Poderes, eles não eram separados, com funções distintas e independência, o Poder Legislativo se sobrepunha ao Executivo.

Nesta primeira etapa de construção do princípio da separação dos poderes objetivou-se o controle da tirania, o fim do poder soberano do Rei e a superação do Estado Absolutista, ou seja, instrumento de combate ao Absolutismo vigente a época. Além disso, foi fundamental para os primeiros passos do Estado moderno que consolidou definitivamente a separação dos poderes.

Entretanto, foi no tratado *Do Espírito das Leis*, que Charles – Louis de Sencondat, mais conhecido como Montesquieu, consolidou a Teoria da Separação dos Poderes. Baseou a tripartição de poderes na obra do filósofo Aristóteles e de John Locke. Era inconformado com o absolutismo, forma de governo que concentrava todo poder de um país nas mãos do Rei. Sustentava a necessidade de o Estado ser à prova de abuso do poder, para isto defendia aspectos democráticos de governo e o respeito às leis. Além disso, fez várias críticas ao clero católico, principalmente com relação a seu poder e interferência política. Reformulou a idéia de poderes de

Jonh Locke, defendendo a melhor conformação dos três poderes em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Alvitrou a separação do Estado em órgãos e funções distintos.

Segundo Montesquieu, para que haja legitimidade de cada um dos poderes não basta fracionar, entregar a órgãos distintos e dar à independência. É necessário a liberdade entre eles, isto é, que seja permitido que um poder desafie o outro. Sendo assim, o poder deve ser fracionado para se evitar o abuso. Além da separação dos poderes, propôs o controle mútuo destes, instâncias moderadoras, o que mais tarde será denominado de “teoria dos freios e contrapesos – *checks and balances*”.

Ato contínuo as idéias de Montesquieu, a matéria foi desenvolvida pelos federalistas americanos Alexander Hamilton, Jonh Jay e Madison, os quais arquitetaram a Constituição única dos Estados Unidos. Os norte-americanos criam o presidencialismo e o sistema federativo. Idéia do “trono comum”, afastando-se a vitaliciedade do sistema monárquico e incentivando a alternância no poder (presidencialismo). Aprofundaram a teoria da separação dos poderes de Montesquieu e incentivaram o que ela tinha de mais característico: controles recíprocos, pois a natureza humana é ruim, pelo que os homens precisam de governo.

No ano de 1791, na França, foi a primeira vez que o termo “Separação de Poderes” apareceu como princípio constitucional. Todavia, sua primeira aplicação pratica se deu nos Estados Unidos, com a Constituição de 1787, a partir, de então, se espalhando pelo mundo.

Nestes termos, em um segundo momento, a Separação dos Poderes ocorreu nos Estados Unidos, através do Constitucionalismo norte-americano, o qual o objetivo não era combater o absolutismo, visto que já havia a independência das treze colônias, mas uma ferramenta funcional

e de controle recíproco entre os órgãos. Ocasão em que se consolidou o sistema de freios e contrapesos.

No Brasil, a primeira previsão do princípio da separação dos Poderes foi na Constituição Republicana de fevereiro de 1891, com a queda do Império. Este ensinamento difundiu por todas as constituições posteriores, exceto a outorgada em 1937 e durante o período da Revolução de 1964. Atualmente a expressão “Separação dos Poderes” é muito criticada, uma vez que o poder é uno e emana do povo, conforme art.1º, parágrafo único da Constituição Federal. Os poderes são na verdade órgão com independência. No seu art.2º a Constituição brasileira reconhece o modelo norte americano de separação de poderes, os quais são independentes e harmônicos entre se.

Verifica-se com isso que as funções dos poderes estão divididas em típicas e atípicas. Cada Poder exerce funções típicas: a) o Poder Executivo administrar e aplicar políticas públicas; b) o Poder Judiciário exercer a jurisdição resolvendo conflitos de interesses e c) Poder Legislativo legislar e, segundo a doutrina moderna, fiscalizar. Nas suas funções atípicas: a) o Poder Legislativo exerce função executiva na administração das Casas Legislativas; função judiciária quando do julgamento de autoridades por crimes de responsabilidade; b) Poder Executivo exerce função legislativa na edição de medidas provisórias, além da incomum lei delegada e função judiciária exercida nos processos administrativos e c) Poder Judiciário desempenha função legislativa em relação à organização interna de seus serviços e função executiva na administração de seus serviços.

Como dito acima, há independência e harmonia entre os poderes, não se admitindo interferência entre eles, salvo nos casos autorizados pela própria constituição. Segundo Temer

(2008) a independência dos poderes está ligada às garantias que a CRFB/88 atribui ao funcionamento dos Poderes. A CRFB/88 estabelece competências bem definidas para cada Poder, além de prerrogativas aos seus titulares que garantirão a independência dos poderes, como a imunidade parlamentar; garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios aos magistrados.

O controle recíproco será exercido entre os poderes, como por exemplo a) Controle do Poder Legislativo pelo Poder Executivo (Montesquieu): mecanismos de sanção e veto (artigo 66, CRFB/88), a aceleração da apreciação dos projetos enviados pelo Executivo (artigo 64, §§1º e 2º CRFB/88) e a nomeação de 1/3 dos Ministros do TCU (artigo 73, I, CRFB/88); b) o controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo: Impeachment; CPIs; Convocação de Autoridades (artigos 58, III da CRFB/88); Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária (artigo 70, CRFB/88) e c) o controle dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário: controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e d) o controle do Poder Judiciário pelos Poderes Executivo e Legislativo: nomeação e sabatina dos Ministros dos Tribunais Superiores. Impeachment dos Ministros do STF.

Todavia, toda esta legalidade trazida por Montesquieu foi incapaz de impedir a manipulação em massa, pelo contrario serviu de base para a implementação do regime ditatorial nazista e terrorista. Com isso, as sociedades foram mudando, impondo novas necessidades, surgindo assim o Estado Social, o qual há uma maior intervenção do Estado na sociedade, ocorreu uma flexibilização da divisão das funções, bem como uma verdadeira colaboração entre os poderes para garantir a efetividade das políticas publicas.

No pós - positivismo prevalece o capitalismo, que se consolidou após a queda do Muro de Berlim e das crises contemporâneas do sec. XX, enfoca especialmente a máxima efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, coletivos *lato sensu*, para eficácia normativa da constituição, motivo pelo qual a repartição de funções do estado deve ser explicada por um modelo de superposição das funções, onde todos os poderes decidem sobre a mesma matéria, mas sobre enfoques distintos.

A partir de então, não se faz mais necessário proteção contra o absolutismo, os excessos do monarca, mas contra abusos dos legisladores, executores da lei e contra a inefetividade das normas constitucionais. Por isso, é necessária uma filtragem constitucional do principio da separação dos poderes, a fim de que se faça uma releitura, passando a norma por um filtro axiológico constitucional. A separação dos poderes como defendida pelos Iluministas não é capaz de atender os anseios da sociedade que luta por implementação do bem comum através de ações positivas.

O um dos grandes pontos de encontro entre os poderes é as políticas publicas, uma vez o legislador e o executivo autorizam, planejam e executam, enquanto o poder judiciário trabalha para que estas ações sejam implementas. Sendo assim, não há duvida que exista espaço para atuação do Poder Judiciário, sem que com isso interfira no âmbito de atuação dos demais Poderes. A sua função típica é garantir a segurança jurídica e a estabilidade do sistema. Aquela visão restrita, de exercer a jurisdição resolvendo conflitos de interesses, não se aplica mais.

Como tratado acima o que legitima os poderes são os próprios indivíduos, fortificando assim o princípio democrático, o qual o poder do povo é soberano, dando-lhes não apenas o

direito a elaboração das políticas públicas, mas também a garantia que será efetivada. Nestes termos pode-se falar que os juízes também exercem o poder em nome do povo e em favor da Constituição.

Segundo Melo (2009,p.68) “...não faz sentido falar em neutralidade do Poder Judiciário... ao contrário, deve submeter-se aos ideais democráticos e admitir uma maior participação popular no processo judicial, de controle dos demais poderes...”.

Nesse mesmo sentido afirma há independência política e jurídica dos poderes, a necessidade de ser preservada para garantir o próprio fundamento da democracia, o que não prejudicaria a interação desses com bases distintas, ou seja, atuando em espaços diferentes. Um sistema não atua sobre o mesmo objeto do outro.

Esta nova tarefa do Poder Judiciário não é para substituir o Poder Executivo no momento das devidas escolhas das políticas públicas, mas para efetivá-las, concretizando assim os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão assegurados constitucionalmente, impedindo em consequência a sua violação e descaso.

O Poder Constituinte Originário ao criar a Constituição inseriu direitos de segunda e terceira gerações, os quais o cumprimento é garantido pelo Judiciário, observando o princípio da razoabilidade. Todavia, este próprio Poder deixou margem a discricionariedade aos Poderes Legislativo e Executivo implementar, executar as Políticas Públicas de forma que se possa observar o contexto fático vivenciado pela sociedade e tomar medidas concretas para aquela realidade.

A força normativa do Poder Judiciário para fazer o controle das políticas públicas é a Constituição Federal, assim como dos Poderes Legislativos e Executivos. Todos eles emanam do povo, estes através do sufrágio direto e universal e aquele através do exercício do Poder Constituinte Originário no momento da criação da Carta Magna. Sendo assim, não se pode falar que os Poderes Legislativos e Executivos têm legitimação especial.

Em comentários ao assunto, a autor Melo (2009,p.85) afirma que “...a legitimidade do Poder Judiciário seria uma legitimidade meramente formal, enquanto os poderes legislativos e executivo teriam legitimidade material que decorre do voto, da escolha direta do cidadão”.

Democracia é um regime de governo no qual o poder de tomar as decisões é do povo, seja ele exercido diretamente ou indiretamente. A soberania popular é componente essencial da democracia, esta não escolhe nenhum modelo de governo, tanto pode existir no sistema presidencialista ou parlamentarista, republicano ou monárquico.

Em síntese, o juiz também é um representante do povo, seu poder emana do povo, e em nome dele é exercido. Esta conclusão ratifica o dito acima, que o Poder Judiciário é corolário do Estado Democrático, apresentando como garantidor dos princípios constitucionais.

Vale ressaltar ainda, outro argumento que vem corroborar a tese aqui defendida é a forma de escolha dos magistrados. A Constituição determina que os juízes sejam escolhidos por meio de concurso, uma análise de mérito pessoal muito minuciosa e eficaz. O art. 91, III, CRFB dispõe que o ingresso na magistratura será por meio de concurso, através de provas e títulos, exigindo que a pessoa seja bacharel em direito. Não há qualquer exigência de caráter pessoal para prestigiar a igualdade entre os candidatos.

Conforme se mencionou anteriormente, será lícito ao Poder Judiciário exercer função política, visto que a atividade jurisdicional também é uma atividade política. Todavia, não pode usurpar o papel reservado à atividade política do Executivo e Legislativo, definidos na Constituição.

Sobre o controle judicial, Binbenojm(2006) afirma não haver dicotomia entre o ato administrativo discricionário e vinculado, com o fim de impedir o controle. Todos os atos seriam vinculados a Constituição. O que pode ocorrer é uma maior ou menor vinculação do administrador a Constituição, em consequência, quanto maior o grau de vinculação, maior é o espectro de controle do Judiciário do seu ato.

As políticas públicas não estão definidas de modo taxativo na Constituição da República, é definida pelas Cortes Superiores, daí a necessidade de se traçar uma linha de pensamento do que sejam políticas públicas. O conceito vai abranger as mais variadas áreas: Política, Administrativa, Jurídica, etc. Apesar dos diversos conceitos trazidos pela doutrina pode-se concluir que políticas públicas seriam todas as questões que não sofrerem sindicabilidade judicial, ou seja, não podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Importante frisar que mesmo nas áreas de discricionariedade o Poder Legislativo e Executivo estão vinculados a constituição. Todavia, nesta região discricionária, também chamada de mérito administrativo, não pode haver controle judicial, uma vez que os critérios não estão positivados na lei nem na constituição.

Quando for possível o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, não será apenas no âmbito de proteção individual, mas incluirá sem sombra de dúvida os direitos coletivos em sentido amplo, abrangendo os coletivos em sentido estrito, difusos e individuais homogêneos.

De tudo isso pode concluir ser possível o controle de políticas públicas pelo poder Judiciário, através de uma releitura do princípio da separação dos poderes, o qual possibilita uma superposição dos poderes, fundamentado na Teoria dos freios e contrapesos, sempre que a atividade estatal violar a Constituição, para validar a efetividade dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões.

### 3 – CONTORNOS AO CONTROLE

Em um panorama geral de tudo exposto até agora, fica clara a possibilidade de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, para alcançar a efetivação dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão através de uma nova interpretação do Princípio da Separação dos Poderes. A partir desse momento será realizada uma análise fina sobre as delimitações, o verdadeiro alcance do controle.

Segundo Melo(2009) os limites estabelecidos ao controle das políticas públicas se dá por meio do exame de quatro fatores, quais sejam: haja ofensa a direitos fundamentais através de

implementação ou não da política pública; discricionariedade dos meios; reserva do possível e por ultimo o mínimo existencial.

Em primeiro lugar, é necessário analisar se houve efetiva violação dos direitos fundamentais, ou seja, só será permitido o controle se tiver constatado que os direitos fundamentais foram ofendidos. Em alguns casos torna-se muito difícil esta constatação porque não se trata em concretizar ou não um direito fundamental, mas o modo que ele será implementado. Normalmente esta violação é vista na face de execução das políticas públicas.

Para o autor Melo (2009,p.146) denomina esta análise de reserva de consciência e conceitua da seguinte forma : “a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar”. No mesmo sentido Moro (2004) exige que o julgador demonstre as incompatibilidades concretas com a Constituição.

Sendo assim, se torna imprescindível a demonstração dos objetivos da Constituição que não estão sendo respeitados pelo administrador, para que o julgador faça o controle, lógico que esta intervenção tem que trazer mais benefícios que prejuízos a sociedade.

O segundo elemento é a reserva do possível que consiste na análise feita pelo administrador da possibilidade ou não da implementação das políticas públicas dentro dos recursos materiais disponíveis. Santiago afirma "O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que coloca, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos."

A efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais encontra-se dentro de uma “reserva do possível” e esta dependendo de recursos econômicos. Como se disse acima trata-se de uma criação alemã que regula a possibilidade e a extensão da atuação Estatal no que diz respeito a implementação de direitos, mas condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Deste modo, os recursos financeiros não são ilimitados, deve-se privilegiar os direitos previstos segundo dispõe a Constituição Federal, ou seja, garantir a dignidade da pessoa humana. Em caso havendo recursos remanescentes, estes poderão ser destinados as opções políticas que o pluralismo político democrático reputa adequado.

Nestes termos pode-se afirmar que o princípio da “reserva do possível” tem limites traçados, mas haverá situações em que este prevalecera como no caso de envolver direitos materiais prestacionais; quando estiver diante de um grupo que mereça tratamento especial de proteção e quando estiver diante de violação do princípio da igualdade.

Além da apreciação dos recursos disponíveis é indispensável que se faça um juízo de proporcionalidade, não basta ter recurso, tem que ser adequada na medida para suprir a violação constatada, esse meio cause menos prejuízo e por ultimo se a implementação gerar mais benefícios que prejuízo.

Vale ressaltar por fim, que o princípio da reserva do possível não pode servir de injusto meio para o Poder Público se eximir do cumprimento da obrigação. Esta alegação só será permitida quando houver motivo justo, ou seja, quando comprovado concretamente a insuficiência econômico-financeira.

O mínimo existencial é um direito constitucionalmente assegurado, uma vez que encontrado implícito no art. 3º, III, CRFB, o qual dispõe os objetivos da república, sendo um deles a dignidade da pessoa humana. É um princípio Constitucional, vinculado aos núcleos intangíveis dos direitos fundamentais, sendo inegociáveis, de aplicabilidade imediata, podendo ser exigidos imediatamente, o que permite um controle pelo judiciário. Este princípio deve ser analisado de acordo com a situação concreta e observando toda a realidade social e cultural da sociedade, uma vez que os recursos públicos são limitados.

Vale ressaltar que o “mínimo existencial” é um conjunto de situações materiais à vida digna, mas não apenas a existência física inclui também a espiritual, intelectual, ou seja, são condições que devem ser proporcionadas pelo Estado para que cada indivíduo possa se desenvolver e assegurar a sobrevivência digna.

Por conseguinte, a implementação dos direitos prestacionais está sujeita a vários limites, motivos pelo qual é fundamental a atuação do magistrado na busca da concretização das normas constitucionais. É equivocado acreditar que a efetivação ficara a cargo exclusivo do Poder Executivo e do Poder Legislativo, afastando o Judiciário. Na verdade a busca por um Estado Democrático de Direito reúne todos os Poderes do Estado, em uma atuação independente e harmônica.

Para a implementação do princípio da dignidade da pessoa humana se faz necessário que o Poder Público ofereça aos indivíduos condições mínimo. Daí este princípio, mínimo existencial, ter duas vertentes: a garantista, a qual assegura a não agressão aos direitos

fundamentais expressos ou não na Constituição e a vertente prestacional, uma vez que pode ser exigido do Estado a sua efetivação.

Apesar da possibilidade do Poder judiciário poder controlar as políticas públicas tem que observa a discricionariedade dos meios, ou seja, o meio que será utilizado para se alcançar a concretização dos direitos fundamentais é de atribuição dos Poderes Legislativos e Executivos, devido a estrutura de cada um dos Poderes.

Na verdade, neste momento o Poder Judiciário deverá exigir um plano de ação do administrador, que este apresente hipóteses para suprimir a violação aos direitos fundamentais. Além disso, é importante delimitar prazo razoável para que seja executada a atividade.

O problema começa a surgir a partir do momento que o prazo razoável se esgota e o administrador nada faça para a cessação da ofensa. Antigamente, o Poder judiciário por meio de sua Corte Superior em reiterados julgados reconhecia a mora do Poder Executivo ou mesmo do Legislativo, não admitia a implementação pelo judiciário. Todavia, devido a varias decisões reconhecendo o direito e a inércia dos outros Poderes em executar as determinações, o Supremo Tribunal Federal tem admitido o controle de políticas Públicas pelo Poder Judiciário como se depreende de varias decisões.

Para o Ministro Mello (2010) há legitimidade no controle de políticas públicas pelo Judiciário quando se vislumbrar hipótese de abusividade governamental. Afirma que “inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’...intangibilidade do núcleo consubstanciado do ‘mínimo existencial”.

Vale frisar por ultimo que a implementação das políticas públicas é assegurada na Constituição através de varias ações constitucional, principalmente por meio da ação civil pública que é um micro sistema de tutela coletiva, Lei 7.347, de junho de 1985, remédio necessário para a tutela de direitos coletivos em sentido lato, o qual é dado legitimidade ao Ministério Público para sua promoção. As ações constitucionais devem ser submetidas a um discurso democrático, procurando privilegiar a soluções debatidas e bem discutidas, formadas de um consenso.

A Constituição da República Federativa do Brasil no seu art. 129 previu dentre outras funções ao *parquet* a de zelo pelo efetivo respeito dos Poderes e dos serviços de relevância publica, para a proteção do patrimônio público social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, além de possibilitá-lo a promover o inquérito civil e a ação civil pública fazendo assim deste órgão uma ferramenta indispensável para proteção dos direitos fundamentais.

Nestes termos, Melo (2009,p.157) afirma: “a Constituição não só deu status constitucional à ação civil pública, mais importante ainda erigiu os direitos difusos e coletivos a direitos constitucionais exigíveis”.

Sendo assim, pode-se afirmar que a ação civil pública é um instrumento processual importantíssimo no controle das políticas públicas, na implementação e escolha dos modos, servindo de meio a garantir os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Apesar de não poder ser chamado de ação constitucional, tem status constitucional segundo a doutrina e jurisprudência.

Os interesses suscetíveis de tutela pela ação civil pública são tipificados como públicos, abrangendo os direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. A legitimação do Ministério Público deve ser lida conforme a Constituição Federal, ou seja, dentro da destinação da Instituição, sempre buscando a defesa de interesses indisponíveis ou que atinjam a sociedade como um todo.

Para que o Ministério Público realize esta importantíssima função a Constituição lhe forneceu um instrumento, qual seja, o inquérito civil. Este consiste em um procedimento administrativo investigatório da autoria e materializada de ameaça e lesão aos direitos acima mencionados. Seu objetivo fundamental é colher provas suficientes para que possa deduzir em juízo a ação civil pública.

Trata-se de um procedimento com caráter investigativo, não qualificado pelo contraditório, que busca fornecer ao titular da ação substrato probatório mínimo para a ação. Seu caráter é público.

Vale ressaltar ainda que o inquérito civil não é obrigatório, ou seja, a ação civil poderá ser instaurada independente deste, não se trata de procedimento essencial, se não fosse assim, restringiria os direitos dos co-legitimados, uma vez que dependeriam sempre da atuação do Ministério Público para poder ingressar com a competente ação civil pública, o que caracterizaria um abuso.

#### 4 – CONCLUSÃO

A partir do surgimento do Estado do Bem Estar-Social o Estado ficou responsável pela implementação de direitos fundamentais, ou seja, efetivar os direitos de segunda e terceira gerações para alcançar a justiça distributiva e as condições de uma vida digna. Ao Poder Judiciário foi oferecida a função de protetor dos direitos fundamentais, intervindo quando necessário para efetivar estes direitos e assegurar a eficácia normativa da Constituição.

O Princípio da Separação dos Poderes como forma de controle recíproco entre os Poderes sofreu uma evolução, é diferente daquele defendido pelos Iluministas, daí a necessidade da filtragem constitucional, a fim de que se faça uma releitura constitucional, uma vez que essa nova face do princípio possibilita uma valorização normativa e a inclusão no Judiciário no mundo político.

Todo esta atribuição fornecida ao Poder Judiciário são poderes próprios do indivíduo, o que corrobora ao argumento de que este controle do Judiciário é corolário do Estado Democrático, apresentando como garantidor dos princípios constitucionais. Com isso, é lícito ao Poder Judiciário exercer função política, visto que a atividade jurisdicional também é uma atividade política. Todavia, não pode usurpar o papel reservado à atividade política do Executivo e Legislativo, definidos na Constituição.

O controle de políticas públicas pelo poder judiciário é possível, não será apenas no âmbito de proteção individual, mas incluirá sem sombra de dúvida os direitos coletivos em sentido amplo, abrangendo os coletivos em sentido estrito, difusos e individuais homogêneos, o

qual possibilita uma superposição dos poderes, fundamentado na Teoria dos Freios e Contrapesos, sempre que a atividade estatal violar a Constituição, para validar a efetividade dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões.

Portanto o Poder Judiciário não pode tudo, sua função esta limitada na Constituição, deverá respeitar sempre o mínimo existencial e a reserva do possível, fazendo uma ponderação de interesses, intervindo apenas nos momentos em que ficar demonstrado a real violação do direito fundamental e quando ficar constatado que a intervenção alcançará mais benefícios do que prejuízos a sociedade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. *O Ministério Público e a Implementação de Políticas Públicas – Dever Institucional de Proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In. Ministério Público e Políticas Públicas. Patrícia Villella (coord). Rio de Janeiro:2009. Lumen Júris.

BANDEIRA MELO, Celso Antonio . *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo:1995. Malheiros.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro- São Paulo:2003. Renovar.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBONJ, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição Federal de 05 outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n 22.164. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DO 17.11.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 – AgR/ CE. Relator: Min. Celso de Mello, Publicado no DO 16.04.2010.

CALMON, Eliana. *Dimensões do Direito Contemporâneo*. 1 ed. São Paulo: IOB, 2001, p.79  
MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo:1995. Malheiros.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris.

CUNHA, Edite da Penha e Eleonora Schettini M. Cunha. *Políticas Públicas Sociais*. In: Políticas Públicas. Alysson Carvalho...(Et. Al) organizadores – Belo Horizonte:2002. UFMG.

DEGENNSZAJH, Rachel R. *Desafios da Gestão Democrática das Políticas Sociais*. In: Capacitação em serviço social e política social, módulo 3. Brasília:UnB/Cead, 2000.

DERBLI, FELIPE. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2009.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Bernado Gonçalves. *Remédios Constitucionais*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Concretizando a democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LIMA, Flávia Danielle Santiago . Em busca da Efetividade dos Direitos Prestacionais. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>> Acesso em 15.06.2010.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Ed Lumen Juris, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: 2009. Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Guilherme Pena. *Direito Constitucional. Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro:2008. Lumen Júris.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro:2006.Renovar.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*.21 ed. Elsevier:Campus, 2009, p. 78.

NOGUEIRA, Alberto Nogueira. *A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesse na Constituição Federal*. 1 ed. 2 Triagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: 2005 Lumen Júris.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e Controle de Políticas Públicas*, Direito Administrativo em Debate, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007..

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: 2009.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.