



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Controle Judicial de Políticas Públicas

Priscila Silva Trigueiro

Rio de Janeiro
2012

PRISCILA SILVA TRIGUEIRO

O Controle Judicial de Políticas Públicas

Artigo Científico apresentado
como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Neli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Guilherme Sandoval

Kátia Silvia

Rafael Iorio

Rio de Janeiro

2012

O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Priscila Silva Trigueiro

Graduada pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro. Advogada.

Resumo: Controle judicial consiste na atuação do Poder Judiciário, no sentido de fiscalizar os atos administrativos do Executivo, Legislativo e, também, do próprio judiciário. A procura por novos instrumentos que procurem impor limites a discricionariedade da Administração Pública tem o objetivo de coadunar a atuação da mesma aos comandos da Constituição, sobretudo no que se refere a implementação de políticas públicas. Nesse sentido, surge na doutrina e jurisprudência forte tendência a atuação do poder judiciário no sentido de permitir que o mesmo determine aos Administradores Públicos a efetivar os comandos constitucionais. A essência do trabalho é abordar esse novo prisma da doutrina e jurisprudência sobre o controle judicial de políticas públicas à luz do neoconstitucionalismo, teoria da separação dos poderes, reserva do possível, dignidade da pessoa humana e os métodos de controle.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Políticas Públicas. Controle Judicial. Separação de Poderes. Reserva do Possível. Dignidade da Pessoa Humana. Métodos de Controle.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos da Exigibilidade dos Direitos Sociais no Direito Vigente. 2. Controle Judicial de Políticas Públicas. 3. Métodos de Controle. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do controle judicial de políticas públicas e as questões relativas a exigência dos direitos sociais perante o poder judiciário. Um dos objetivos do presente estudo é identificar os parâmetros de controle, garantia de acesso à informação e determinar a extensão e os limites do Poder Judiciário na sua apreciação.

1. ASPECTOS DA EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO VIGENTE

O objetivo desta abordagem preliminar é demonstrar o conteúdo dos direitos sociais, a importância de sua previsão em âmbito constitucional, as dificuldades na caracterização de sua natureza, de direitos fundamentais ou não, e, em razão disso, sua exigibilidade.

De forma um tanto sintética, visa-se deixar claro que, sob a nova ótica constitucional, não há dúvidas quanto ao caráter normativo dessa esfera de direitos e, conseqüentemente, quanto a possibilidade de sua exigibilidade, mesmo que em diferentes proporções.

Vejamos.

1.1. DIREITOS SOCIAIS: BREVE HISTÓRICO E TRAÇOS FUNDAMENTAIS

A reivindicação de direitos tidos como fundamentais conheceu apogeu político com as revoluções liberais do século XVIII. Eram vistos como um feixe de liberdades que definiam a esfera individual de autonomia frente às intervenções do Estado.

Em decorrência do desenvolvimento industrial, milhares de pessoas migraram para os grandes centros urbanos em busca de postos de trabalho. A partir de então, criaram-se condições para que os indivíduos se organizassem em grupos de interesse, como sindicatos e associações, e, conseqüentemente, pleiteassem participação na vida política. Como a democracia traz enraizada em si a ideia de igualdade, houve, conseqüentemente, o reconhecimento de direitos de liberdade ao homem comum, tais como as liberdades religiosa e de associação.

Em que pese o aumento dos direitos de liberdade, o modelo liberal de Estado criou um quadro social marcado por intensas injustiças (pobreza, exploração da mão-de-obra). Este panorama fez com que se exacerbassem os conflitos e a demanda pela atuação estatal em prol

de uma sociedade mais justa.

Neste contexto nasce uma nova categoria de direitos fundamentais: os direitos sociais. Esses direitos têm como conteúdo principal prestações estatais que visam à garantia de condições dignas de sobrevivência aos que não possuem rendimentos próprios capazes de satisfazer suas necessidades.¹

Cabe aqui ressaltar que, em seu desenvolvimento histórico, os direitos sociais perderam sua característica original de proteção a certos grupos menos favorecidos pela sociedade e, gradativamente, passaram a ter cunho universalista.

Na mesma esteira, José Afonso da Silva² conceitua os direitos sociais como:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade

Em que pese ser o cunho positivo sua característica diferenciadora, vale destacar que os direitos sociais podem, eventualmente, englobar direitos que se caracterizem pela abstenção do Poder Público, como ocorre com as chamadas liberdades sociais. Assim, considerando o Estado como destinatário do dever e, quando este pressupor uma conduta de omissão, ter-se-ão os chamados direitos de defesa. São exemplos dessas liberdades o direito de associação, a liberdade de sindicalização, etc. Se contrapõem aos ditos direitos prestacionais, os quais ensejam uma ação estatal positiva.

Notamos, assim, que a evolução histórica dos direitos sociais acompanha o desenvolvimento industrial. Assim, foram consagrados, pela primeira vez, em nível constitucional, pelas constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919.

1 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 51-54.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286-287.

No Brasil, esse desenvolvimento tem sido tardio, em razão do peso histórico das grandes instituições da colônia, como a ordem escravista, o latifúndio monocultor e o estatuto de colônia, que caracterizaram grandes entraves ao acesso universal às prestações que compõem o conteúdo dos direitos sociais.

Apesar de a Constituição do Império de 1824 ter garantido o direito aos socorros públicos no artigo 179, inciso XXXI, e à educação primária gratuita no inciso XXXII, o legado colonial acarretou esse lento desenvolvimento. A assistência social era desenvolvida na sua grande parte por associações privadas, a maioria de caráter religioso, antecessoras dos sindicatos.

Posteriormente, os direitos sociais não foram citados pela Constituição Republicana. Predominava um liberalismo já superado em grande parte da Europa. A Carta declarava não reconhecia como deveres do Estado tanto a educação primária quanto a assistência social, havendo, portanto, claro retrocesso.³ De fato, a inauguração do reconhecimento das diretrizes do Estado Social foi implantada apenas com a Carta de 1934. A partir de então, o reconhecimento dos direitos sociais passou a ser uma constante nas Constituições seguintes de 1946, 1967 e Emenda Constitucional n.º. 1 de 1969.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, os direitos sociais foram amplamente consagrados, tendo sido inseridos em capítulo próprio (Capítulo II do Título II, artigos 6º a 11 da CRFB). O rol de direitos enumerados nos referidos dispositivos não é, contudo, exaustivo, vez que há menção a direitos sociais em vários outros títulos do texto constitucional.

Importante destacar que os direitos sociais aparecem como os meios através dos quais se faz possível a fruição e exercício de certos direitos individuais pela coletividade. A condição de haver um grupo de direitos funcionando como instrumento para a realização de

3 ALVES, Fernando de Brito. *Cidadania e direitos sociais*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7627/cidadania-e-direitos-sociais>>. Acesso em: 09 abr. 2012.

outros ocorre pelo fato de que, sem o oferecimento de um sistema educacional, de saúde, habitacional, de transporte, de lazer, de trabalho, inviabiliza-se o exercício pleno das liberdades de expressão, de informação, de locomoção, a igualdade de condições para a competição no mercado de trabalho.

Sem os direitos sociais, cria-se ocorrência de uma situação de hipocrisia social, sendo apresentados diversos direitos aos indivíduos que, no entanto, nunca poderão deles desfrutar verdadeiramente.

1.2. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Cabe, aqui, de forma sucinta, citar alguns fatores que desencadearam a evolução constitucional brasileira, bem como apresentar as principais bases do neoconstitucionalismo e suas implicações.

Segundo Luís Roberto Barroso⁴, foi a reconstitucionalização da Europa, iniciada após a Segunda Guerra Mundial, que definiu o novo papel das Constituições nos sistemas jurídicos, bem como disseminou a influência do direito constitucional nas instituições contemporâneas. No Brasil, os reflexos dessa alteração vieram com a Carta de 1988 e o processo de redemocratização por ela protagonizado.

O mesmo autor, em sua análise evolutiva, aponta, como marco filosófico do novo direito constitucional, o pós-positivismo, o qual é por ele ilustrado de forma absolutamente simples e esclarecedora, *in verbis*⁵:

[...] A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo

4 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>.> Acesso em: 09 abr. 2012.

5 Ibid., p.01.

abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, não desprezando o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Coloca, ainda, como marcos teóricos dessa nova realidade três grandes transformações:

a) O reconhecimento da força normativa da Constituição, a qual antes era vista somente como um documento político que guiava a atuação da administração. Este panorama retirava do Poder Judiciário qualquer atuação na concretização de seu conteúdo, o que, atualmente, é possível.

b) A expansão da jurisdição constitucional, notadamente com a ampliação do direito de propositura de ações diretas de controle da constitucionalidade.

c) O desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, decorrente do próprio reconhecimento de normatividade ao texto constitucional, com princípios próprios, tais como: o da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unicidade, da razoabilidade e da efetividade.

Assim, percebemos que o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional representa um conjunto de transformações na órbita do direito constitucional e do Estado, resultando em uma leitura “verticalizante” de todos os ramos da ciência jurídica, que se evidencia através da interpretação da lei conforme a Constituição⁶ e da sua direta aplicação às relações jurídicas. Esse processo de constitucionalização do direito infraconstitucional é definido por Barroso⁷ como um

⁶ O princípio da interpretação conforme a Constituição é aplicado quando há mais de uma interpretação para a lei devendo, neste caso, dar-se preferência à interpretação que lhe empreste aquele sentido que possibilite sua conformidade com a Constituição. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivim, 2007, p. 222).

⁷ BARROSO, op. cit. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 09 abr. 2012

[...] efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente, nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.

Diante disto, o neoconstitucionalismo surge como um meio de suplantar o Estado Legislativo de Direito e consubstanciar o Estado Democrático de Direito, de modo que as condições de validade das normas jurídicas passaram a depender não só de seu aspecto formal, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios e regras constitucionais.⁸

Outra importante característica do novo direito constitucional é a incorporação explícita, em seu texto, de valores, notadamente no que diz respeito aos direitos fundamentais e a opções políticas específicas (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e saúde) e gerais (como a redução das desigualdades sociais) existentes dentro do próprio sistema constitucional.⁹

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do direito, como já mencionado, surgiu com a Constituição de 1988. De fato, a Carta Democrática se presta à plataforma de interpretações com nítido caráter neoconstitucional, uma vez que foi a partir dela que se iniciou a perspectiva de uma valorização material da Constituição, marcada pela normatividade de seus princípios e pela previsão de uma série de direitos e garantias fundamentais que visam o fortalecimento do sistema constitucional sobre todas as esferas do direito.¹⁰

8 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p.34.

9 BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2012.

10 Ao tratar sobre a efetividade da Constituição de 1988, ressalta o professor Luis Roberto Barroso: “O

É neste novo paradigma que se faz necessária a plena efetivação dos direitos constitucionais, ressaltando-se, pois, a importância da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, a todas as relações, conforme analisado neste trabalho.

1.3. A QUESTÃO DA FUNDAMENTALIDADE E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Embora não tenhamos nos proposto, como dito anteriormente, a discutir a fundamentalidade dos direitos sociais, vez que o debate principal deste trabalho toca a questão de sua exigibilidade, cabe aqui um breve comentário sobre o tema para justificar o posicionamento adotado, qual seja, de que os direitos sociais se inserem no âmbito dos direitos fundamentais.

Primeiramente, deve-se destacar que há critérios específicos para a atribuição da fundamentalidade a determinados direitos.

Pelo primeiro critério, poderiam ser caracterizados como direitos fundamentais todos aqueles assim nomeados pelo texto da constituição. Trata-se de um critério formal de caracterização.

Quanto ao segundo, o qual conta com a mesma formalidade do anterior, seriam fundamentais os direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança.

Por outro lado, é proposta também outra opção baseada no aspecto material, segundo a qual os direitos fundamentais se configuram “conforme ideologia, a modalidade de Estado,

Direito Constitucional no Brasil vive um momento importante de ascensão científica e política. De fato, a Constituição de 1988, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional”. (BARROSO, Luis Roberto. *Tutela e efetividade do Direito Constitucional à liberdade*. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18491-18492-1-PB.pdf>> .Acesso em: 09 abr. 2012.

a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”.¹¹

Cabe ressaltar que a Carta de 1988, no parágrafo 2º de seu artigo 5º, adotou critério material para caracterização dos direitos fundamentais não-expressos em seu texto. Vejamos:

Art. 5º (...)

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Torna-se, então, necessária, à medida que a Constituição admite a possibilidade da existência de direitos fundamentais não-expressos, a busca por um critério que atribuiria fundamentalidade aos direitos não previstos em sede constitucional. Em outras palavras, deve-se estabelecer um critério material para o reconhecimento dos direitos fundamentais em nosso ordenamento.

Segundo Gustavo Binimbojm¹², o grande desafio para a teoria constitucional, não é discutir se os direitos sociais são ou não fundamentais, mas delimitar a esfera da fundamentalidade material.

Considera-se como critério material mais acertado para a configuração dos direitos fundamentais o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Embora haja certa dificuldade em fixar critério único, devido à relevância assumida pelo princípio em referência no texto da Constituição, o qual se encontra inserido entre os fundamentos que regem o Estado brasileiro (artigo 1º, inciso III, CF, sendo explicitado também nos artigos 170, 226, §7º e 227, os quais tratam, respectivamente, da ordem econômica, do planejamento familiar e dos deveres do Estado em relação à criança e ao adolescente), este pode ser tido como critério, visto que consiste na verdadeira matriz para configuração de todos os direitos fundamentais. É a dignidade humana que qualifica o ser humano como tal. Assim, torna-se possível “sustentar o

11 SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, Unveraenderter Neudruck, 1954, Berlim, p. 163 a 173. *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p.514-515.

12 BINENBOJIM, Gustavo. *A Nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246.

ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana. 13

No Brasil, a principal categoria para encaminhamento desta questão é o “mínimo existencial”. Em sua versão principal, o conceito de mínimo existencial estabelece quais seriam os direitos sociais essenciais ao pleno exercício da liberdade e a estes atribui fundamentalidade. Vale dizer, segundo essa teoria¹⁴:

[...] Os direitos sociais não são considerados *prima facie* fundamentais: a sua fundamentalidade é derivada da liberdade, esta sim, por si só, fundamental. O conceito de mínimo existencial exhibe, assim, o “status positivus libertatis”. Parte-se da compreensão segundo a qual, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar de sua liberdade – elevada a critério precípua para a legitimação da organização social.

Nessa esteira, Robert Alexy¹⁵ assevera que o principal argumento favorável aos direitos fundamentais sociais é o que afirma que os mesmos são promotores da liberdade. Afirma que a liberdade não deve ser apenas formal, mas uma liberdade de fato, de forma a permitir que o indivíduo se desenvolva livre e dignamente em sua comunidade.

Além deste, frequentemente, outro fundamento levantado para justificação do mínimo existencial é o já defendido princípio da dignidade da pessoa humana. Na realidade, contudo, o mínimo existencial estaria vinculado ao escopo de permitir que todos tenham condições mínimas de buscar sua própria dignidade.

Dessa forma, ao constatarmos que a concretização dos direitos sociais é essencial para que os indivíduos tenham condições elementares para gozarem plenamente da liberdade ou para que possam buscar sua dignidade, podemos concluir que tais direitos, por esses critérios, estariam colocados na esfera dos direitos fundamentais.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 100, 106, 117-122.

14 BINENBOJM, op. cit., p.247.

15 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 489.

Cabe, então, destacar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 22, considera a concretização dos direitos sociais indispensável à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade:

Art. 22. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Tal dispositivo serve como argumento a favor da máxima eficácia das normas que prevêm prestações estatais para realização dos direitos sociais.

Além da menção ao direito internacional, é de suma importância destacar que tais direitos estão previstos, na ordem interna, no artigo 6º da CRFB, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Esse artigo encontra-se inserido no Capítulo II do Título II da Constituição Federal, cuja intitulação é “Dos direitos e garantias fundamentais”. Em decorrência desta constatação, conclui-se que, mesmo sob a ótica meramente formal, os direitos sociais também devem ter sua fundamentalidade reconhecida.

Assim, direitos sociais, não obstante seu aparente caráter programático, algumas vezes afirmado por dependerem de prestações positivas e de autorização legislativa para sua satisfação, são de essencial importância para a defesa da dignidade das pessoas e, portanto, estão inseridos dentro da esfera dos direitos fundamentais.

Como consequência desta constatação, temos que essa gama de direitos, em maior ou menor grau, é dotada de aplicabilidade imediata, visto que as normas tidas como assecuratórias de direitos e garantias fundamentais devem ser imediatamente aplicadas,

conforme dispõe o artigo 5º, § 1º a CF. 16 Esse aspecto, entretanto, será melhor analisado no item seguinte, que tem por objetivo a questão da exigibilidade dos direitos sociais.

2. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Visto a elevação dos direitos sociais como categoria de direitos fundamentais, far-se-á uma análise sobre o controle jurisdicional no âmbito das políticas públicas.

Segundo Ana Paula de Barcellos¹⁷, no que se refere ao controle jurisdicional da administração pública com relação as políticas públicas, existem dois posicionamentos na doutrina, quais sejam a dos chamados procedimentalistas e substancialistas.

O grupo dos procedimentalistas sustenta que o poder judiciário apenas deveria ter o controle de legalidade dos atos. Isso porque à Constituição, somente caberia garantir o funcionamento do sistema de deliberação democrática, ou seja, ficaria a cargo da maioria a fixação de valores e opções políticas a serem efetivadas.

O grupo dos substancialistas, por outro lado, defende o controle da administração pública pelo judiciário, uma vez que a nossa carta magna exerce a função de impor ao cenário político um conjunto de normas e valores essenciais a serem perqueridos. Nesse sentido, competiria ao administrador público efetivar os comandos da ordem jurídica através de políticas públicas não ficando à margem nem da conveniência e oportunidade, na seara da discricionariedade. Sendo assim, o controle exercido seria mera fiscalização da constituição, poder que incumbe ao judiciário.

Percebe-se, portanto, que não existe deliberação majoritária adequada sem a garantia de direitos fundamentais dos participantes desse processo. É necessário que se proteja as liberdades individuais e que se conceda condições materiais para o exercício da cidadania

16 Ibid., p. 242-243.

17 BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas*. Revista Diálogo Jurídico. N 15. p. 09. Salvador. Jan/Fev/Março 07.

para haver um regime político democrático justo. Em um estado de direito, o regime político deve se submeter às regras jurídicas, que no caso, seria a Constituição Federal, sobretudo às cláusulas pétreas. Portanto, os atos administrativos, bem como as escolhas das políticas públicas devem se submeter ao crivo do guardião da Constituição, qual seja, o poder judiciário.

Não se trata de violação do princípio da separação de poderes, nem da violação ao princípio majoritário como sustentam os procedimentalistas. Esses afirmam, segundo Ana Paula de Barcellos¹⁸ que:

[...] (i) o Judiciário estaria invadindo competência do Legislativo e do Executivo, rompendo o equilíbrio que deve haver entre os Poderes; (ii) apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos etc., atributo que não caberia ao Judiciário; (iii) a decisão sobre onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que há recursos limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político; (iv) o Judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a Estrutura do Estado como um todo, mesmo porque não teria capacitação técnica para fazê-lo, dispondo de uma perspectiva apenas casuística e não global dos problemas etc.

Em primeiro lugar, a teoria da separação dos poderes teve como ideia central distribuir o exercício do poder político entre os três poderes, quais sejam Legislativo, Executivo e Judiciário afim de evitar eventual concentração de poder em uma das esferas de poder, eliminado, portanto, eventuais arbitrariedades e garantindo direitos individuais contra a tirania estatal. Assim, um poder funcionaria como contrapeso ou limite aos demais e, conjugado ao princípio da legalidade seria capaz de proteger a liberdade individual que é um dos pilares do nosso Estado. Além disso, a própria Constituição criou o Poder Judiciário, que juntamente com os Poderes Legislativo e Executivo compõe o poder político nacional, donde dela se extrai a sua própria autoridade. Dessa forma, não se trata de do exercício monolítico do poder judiciário, mas sim o controle da Constituição por este, dentro de suas funções típicas e

18 Id. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 208.

atípicas. Assim entendeu a Ministra Eliane Calmon¹⁹:

[...] O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado. Como cediço, a separação das funções estatais, prevista, inicialmente, por Rousseau e aprimorada por Montesquieu, desde que se concebeu o sistema de freios e contrapesos, no Estado Democrático de Direito, tem se entendido como uma operação dinâmica e concertada. Explico: As funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno, funcione em permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio. Assim, quando o Judiciário exerce o controle "a posteriori" de determinado ato administrativo não se pode olvidar que é o Estado controlando o próprio Estado. Não se pode, ao menos, alegar que a competência jurisdicional de controle dos atos administrativos incide, tão somente, sobre a legalidade, ou melhor, sobre a conformidade destes com a lei, pois, como se sabe, discricionariedade não é liberdade plena, mas, sim, liberdade de ação para a Administração Pública, dentro dos limites previstos em lei, pelo legislador. E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação." (art. 13, § 2º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e art. 2º, VII, Lei nº 9.784/99). - *grifamos*.

O STF20 também vem entendendo nessa linha:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Melhoria da qualidade do ensino público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido.

O controle pelo poder judiciário também não configura violação ao princípio majoritário. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário possui elevado grau de representatividade, uma vez que seus órgãos de cúpula são formados por representantes do Legislativo e Executivo. Já os magistrados possuem uma série de prerrogativas que garantem a

19 STJ, REsp 429570/GO; Relator(a).Min. ELIANA CALMON, Julgamento: 11/11/2003. Órgão Julgador: Segunda Turma.

20 STF, ARE 635679 AgR Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 06/12/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma

independência do judiciário. Por sua vez, as decisões são sempre com base na Constituição ou na Lei, fruto do sistema majoritário, além de serem motivadas atendendo ao princípio da transparência, ao contrário das decisões políticas que nem sempre são motivadas. Outrossim, os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao poder político, sempre terão acesso a justiça garantido por meio da Carta vigente. Isso porque a democracia exige mais do que a aplicação dessa regra. Como visto no início do presente trabalho, para que se garanta um processo democrático justo é necessário que se garanta os direitos fundamentais de todos e não apenas da maioria. Assim é que o princípio da igualdade consagra que as minorias sejam respeitadas em decorrência da sua condição humana e é assim que a maioria encontra limites, sob pena de ruína do próprio sistema.

Sendo assim, nenhum dos dois princípios acima referidos são absolutos, podendo ser limitados em prol dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

É importante salientar que não se trata do Poder Judiciário possuir competência para a fixação das políticas públicas, mas sim da possibilidade de coexistência da separação de poderes e princípio majoritário de um lado e a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana de outro, garantindo a fixação pelo poder judiciário do chamado mínimo existencial.

O mínimo existencial consiste, segundo Ana Paula de Barcellos²¹, em:

[...] um patamar mínimo de condições materiais abaixo da qual a dignidade humana foi violada.

Desse modo, há, de um lado, um espaço normativo da dignidade que diz respeito àquele consenso mínimo e que, por isso mesmo, poderá ser objeto de amplo controle judicial. Controle esse – repita-se – cujo propósito não é apenas impedir que as normas em questão sejam violadas, mas assegurar a produção dos efeitos por ela pretendidos. Esse é o campo de trabalho do direito e da Justiça Constitucional, não estando tais regras à disposição da deliberação política.

Nesse sentido, é que partindo dessa premissa chega-se a conclusão de que o sistema jurídico constitucional possui eficácia positiva, consistindo, portanto em um direito subjetivo

21 BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 233.

capaz de ser exigido pelos jurisdicionados.

Outro ponto a chamar a atenção é sobre a reserva do possível. Esta consiste no argumento principal dos administrativistas²² que sustentam ser correta a não ingerência do judiciário na Administração Pública. Resta evidente a falta de recursos do Estado para atender todas as necessidades. Dessa forma, segundo a posição do autor acima referido, deverão ser feitas escolhas trágicas, isto é, a Administração Pública deverá escolher investir recursos em determinada área em detrimento de outra.

Alguns autores consagrados pela doutrina, como Ricardo Lobo Torres, afirmam que as prestações estatais para a concretização dos direitos sociais e econômicos dependem “da situação econômica do país e se submetem, portanto, à reserva do possível.” Para o autor, aqueles que defendem a fundamentalidade dos direitos sociais “falam em direito originário às prestações estatais, mas não conseguem superar a dificuldade representada pela necessidade de lei concessiva.”²³

Pela passagem ora transcrita, nota-se que o autor nega a fundamentalidade dos direitos sociais, posição esta cuja sustentação, atualmente, é bastante difícil, vez que, como dito anteriormente, estes se encontram positivados no Capítulo II, inserido no Título II da Constituição Federal de 1988, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Em razão do princípio da reserva do possível, não poderia ser exigida a prestação de ações positivas do Estado sem que houvesse a devida disponibilidade financeira para tanto. Sustenta-se no fato de que a possibilidade fática e jurídica do objeto sobre o qual a norma dispõe é condição essencial para a sua validade. De fato, a premissa de que parte tal argumento é verdadeira, entretanto não se pode esquecer que as normas jurídicas têm por finalidade orientar o mundo da vida. As relações estabelecidas devem estar sujeitas a regras

22 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.92.

23 TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 292-293.

que expressem os valores de determinada sociedade, os quais deverão estar contidos em seu ordenamento. “Em outras palavras, o direito é teleológico e toda norma jurídica alberga um fim a que se destina. Esse fim pode exigir a manutenção de uma dada realidade ou, ao revés, a mudança dessa realidade.”²⁴

Ocorre que a gestão de recursos financeiros envolvem basicamente dois tipos de ação, segundo Ana Paula de Barcellos²⁵: obtenção e dispêndio. A obtenção de recursos, tais como o poder de tributar, por exemplo, é amplamente regulamentado pela Constituição. Nesse sentido, se a obtenção é vinculada às disposições constitucionais, o mesmo deve ocorrer com as despesas. Para tal, a Constituição estabelece metas prioritárias visando o atendimento da dignidade da pessoa humana, conforme estabelece o Artigo 1, inciso III. Logo, a Constituição estabelece prioridades. Assim dispõe a referida autora:

[...] A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para e seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

Ingo Sarlet²⁶ rebate os argumentos da ausência de recursos públicos, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e na justiça:

[...] O que se pretende realçar, por ora, é que (...) o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.

24 CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinícius. *Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade*. In Revista Direito, Estado e Sociedade, publicação nº. 31, Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Jul-Dez de 2007, p. 82-83.

25 BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 240.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 302-303.

No mesmo sentido, Vieira de Andrade²⁷ afirma que os direitos sociais são juridicamente obrigatórios, posto que são explicitações do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é seu fundamento.

Alexy, por sua vez, complementa dispondo que a reserva do possível deve ser entendida como aquilo que o indivíduo pode, dentro dos padrões de razoabilidade, esperar da sociedade, sem, contudo, implicar na ineficácia do direito não prestado.²⁸

O STF, em importante julgamento assim decidiu:

E M E N T A: 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 - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - 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 - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

Diante do exposto conclui-se que deve-se coadunar o mínimo existencial com a reserva do possível. A administração, portanto, deve priorizar os recursos com o fim de atender os comandos constitucionais .

27 VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos. op cit., p. 105-106

28 ALEXY, op. cit., p. 498.

3. MÉTODOS DE CONTROLE

Não obstante a alegação da reserva do possível pelo Estado para se excusar do cumprimento dos mandamentos constitucionais e evitar o controle de seus atos, o mesmo não possui mecanismos de controle do orçamento que possibilitem a aferição da veracidade de tal alegação.

Nesse sentido, o presente trabalho reúne esforços para a identificação de parâmetros de controle que possibilitem saber a realidade econômica do ente federativo e, conseqüentemente, exercer a efetiva tutela jurisdicional sobre seus atos.

Segundo Ana Paula de Barcellos²⁹, seriam necessários três viéis, quais sejam, a identificação dos parâmetros de controle, a garantia de acesso à informação e a elaboração de instrumentos de controle.

No que se refere a identificação dos parâmetros de controle, primeiramente há que se partir da premissa que os atos administrativos, bem como a implementação das políticas públicas que são realizadas através dos mesmos, se encontram vinculados à Constituição Federal e se destinam a atender os fins colimados no mesmo. Entretanto, a problemática se infere de quais decisões políticas encontram-se vinculadas à Carta Magna.

O primeiro critério seria objetivo, partindo das normas constitucionais que dispõem sobre os recursos destinados a implementação das políticas públicas, quais sejam as normas dos arts. 195, 198 e 212 da CFRB:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais [...]

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

29 BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas*. Revista Diálogo Jurídico. N 15. p. 16. Salvador. Jan/Fev/Março 07.

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Esse primeiro parâmetro é constituído basicamente de apurar e quantificar a receita proveniente dos impostos e contribuições e verificar se tais quantitativos estão sendo devidamente aplicados em políticas públicas vinculadas à CF. Para cumprir tal finalidade será necessário informações acerca da arrecadação e dos gastos. Além disso, é preciso definir quais as reais consequências para o não cumprimento dessa meta. A respeito das informações e das consequências veremos adiante.

O segundo parâmetro consiste em aferir quais os bens mínimos que serão ofertados pelo Estado, sob a ótica constitucional. Para isso, segundo a autora retromencionada³⁰ “[...]A construção desses parâmetros envolve um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais, efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidos em caráter prioritário pela ação do Poder Público”. Assim é que, por exemplo, ao analisarmos os artigos da Constituição, extrai-se do artigo 208, I, que o Estado tem o dever de prestar educação infantil, que assim dispõe:

Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria

30 Ibid., p. 20.

Assim é que enquanto essa meta constitucional não for atingida, outras metas prioritárias terão que aguardar, vinculando, portanto a atividade do Administrador aos comandos da CFRB/88.

É válido ressaltar que se, mesmo arrecadando e aplicando os recursos em educação infantil, esta não for suficiente a prestar o serviço de forma eficiente, outros recursos ficarão obstados até que se consiga efetivamente implantar uma política pública de educação satisfatória. Nesse sentido, prossegue a autora³¹:

[...] Se esse investimento, porém, não for suficiente para produzir o resultado esperado – a oferta de educação fundamental gratuita para toda a população - , outros recursos além desse mínimo terão de ser aplicados em políticas públicas até que a meta seja alcançada. Por outro lado, se o resultado em questão for atingido com um investimento menor do que o previsto constitucionalmente, o restante dos recursos continuará a ser aplicado em educação, agora na realização de outras metas previstas pelo texto constitucional, como e.g., a progressiva universalização do ensino médio.

Outra problemática a ser enfrentada nesse contexto seriam os meios empregados pelo Administrador Público para que essa prestação seja feita de forma eficiente. A pergunta que emana de tal reflexão seria, basicamente, o que seria um meio eficiente de prestação de políticas públicas. Como já se viu, é necessário o devido cuidado para não se adentrar dentro do mérito administrativo.

Embora se exija essa atenção especial, é possível conceber parâmetros que eliminem da esfera do administrador os meios comprovadamente ineficientes para a concretização das metas constitucionais. O princípio da eficiência encontra-se previsto no artigo 37, da CFRB/88 e foi trazido à baila pela EC 19/98. Nesse contexto, segundo José dos Santos Carvalho Filho³² “O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que

31 Ibid., p. 21.

32 CARVALHO Filho, op. cit., p.27.

impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Assim é que o deve o administrador adotar medidas que alcancem maior grau de efetividade com menor dispêndio dos recursos públicos.

Uma vez estabelecidos os parâmetros, para garantir que esses sejam efetivados, é necessário a garantia do acesso à informação, sobretudo no que tange aos recursos públicos disponíveis, previsão orçamentária e execução orçamentária. Ocorre que, conforme salienta Ana Paula de Barcellos³³:

[...] No campo das receitas públicas, diversos orçamentos não distinguem a arrecadação prevista por tributos. Na mesma linha, os relatórios acerca da arrecadação efetivamente verificada, quando disponíveis ao público, nem sempre discriminam as receitas por espécie tributária. Ora, se os parâmetros de controle objetivos já previstos no texto constitucional, e.g, para investimentos mínimos em saúde e educação devem ser calculados com base em um combinado de receitas oriundas de tributos específicos, a ignorância acerca de tais informações dificulta a aplicação do parâmetro.

No campo das despesas a dificuldade é ainda maior, tanto no que dizem respeito às previsões orçamentárias, quanto no que toca à execução do orçamento, isto é, as despesas de fato realizadas. Diversos orçamentos, de diferentes níveis federativos, aprovam apenas uma verba geral para as despesas, sem especificação; outros veiculam uma listagem genérica de temas, sem que seja possível identificar minimamente quais as políticas públicas que se deseja implementar.

Assim, é que as despesas ficam submetidas à meras rubricas gerais, sem a menor especificação, como por exemplo, “Encargos Especiais” ou “Aos órgãos Públicos”, sem que se possa saber exatamente onde os recursos foram aplicados e quais políticas públicas os administrador buscou atender.

Sabe-se que no âmbito da União federal, existe o SIAF – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal, que individualiza as despesas do Executivo. Entretanto, de acordo com a Lei 11086/04, o acesso é restrito à deputados e senadores.

Diante desse panorama se extrai a problemática da transparência dos gastos públicos,

33 BARCELLOS, Ana Paula de. op cit., p. 25.

sobretudo porque o mencionado princípio e o dever de prestar contas encontram-se previstos em sede constitucional nos artigos 37 e 70, respectivamente. Apesar de serem institutos de natureza jurídica, as informações acerca da aplicação dos recursos públicos dizem respeito ao próprio regime democrático, uma vez que o titular do poder político – povo, tem direito de saber o quanto for a arrecadado, o quanto for a gasto e aonde for a gasto, o seu dinheiro proveniente dos tributos, pelos seus representantes. Portanto, soma-se ao controle judicial, o controle político que deve ser feito pelo povo e pelos seus representantes.

Assim dispõe a consagrada autora já mencionada³⁴:

[...] O direito à informação de que se acaba de tratar sumariamente não está ligado apenas – e a rigor sequer primariamente – à possibilidade de controle jurídico das escolhas do Estado em matéria de políticas públicas. Seu vínculo direto é com a prerrogativa assegurada ao povo, em um Estado democrático, de exercer controle político sobre a atuação do Estado, seja na via periódica das eleições seja na via contínua de protestos e pressões sobre os representantes eleitos. Em suma: a sonegação de dados sobre receitas e despesas públicas inviabiliza os controles jurídico e político e nessa medida poderá exigir soluções jurídicas que assegurem, coativamente, se necessário, o acesso à informação.

Por fim, diante da identificação dos parâmetros de controle e da garantia do acesso à informação, o presente trabalho busca elaborar instrumentos de controle dos atos administrativos, sobretudo no que diz respeito a implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, poder-se-ia falar basicamente em três medidas, quais sejam: o estabelecimento de sanções ao descumprimento dos mandamentos constitucionais, proibição do Estado de gastar recursos em publicidade governamental e autorizar o poder judiciário a impor aos demais poderes públicos o investimento nas disposições constitucionais, como já observado em algumas decisões constantes desse artigo.

No que tange ao estabelecimento de sanções ao responsável por não atender os fins colimados na Constituição, já é possível vislumbrar na própria Carta algumas penalidades

34 Ibid., p. 27.

cabíveis, tais como a responsabilidade pessoal da autoridade competente, constante do artigo 208 e a figura do crime de responsabilidade consagrada no artigo 85 do mesmo diploma legal. Ademais, é possível a averiguação do fenômeno da Intervenção Federal nos Estados e dos Estados nos Municípios, conforme previsão dos artigos 34, VII e 35, III. Já na seara infraconstitucional, temos a lei de responsabilidade fiscal, qual seja LC 101/00 e a lei de improbidade administrativa – Lei 8429/92.

Por outro lado, no que se refere as propagandas governamentais, não há qualquer legislação que estabeleça como sanção ao descumprimento das metas constitucionais, a sua vedação até que sejam efetivadas tais políticas públicas, donde se extrai a urgente necessidade do trabalho legislativo nesse sentido.

Dessa forma, não resta outra alternativa, como instrumento de controle jurídico e pelos outros argumentos já expostos na presente dissertação, senão a autorização ao poder judiciário de impor aos outros entes políticos a implementação das metas constitucionais.

CONCLUSÃO

A partir das ideias apostas nesse presente trabalho, conclui-se que o controle judicial das políticas públicas se faz possível. Isso porque, primeiramente, com o chamado neoconstitucionalismo, houve em nossa Carta Magna, a incorporação de valores e opções políticas intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana.

Além disso, a Constituição estabelece metas a serem concretizadas pelo Administrador Público, não sendo instrumento de absoluta deliberação política. O controle da Constituição e a análise de direitos fundamentais em conflito incumbem ao poder judiciário. Nesse sentido, este exerce um controle sobre os demais poderes, dentro de suas funções típicas e atípicas. É apenas o exercício do chamado sistema de freios e contrapesos entre os poderes, não

representando, portanto, violação ao separação dos três poderes.

Ademais, viu-se que a reserva do possível não se sustenta diante do chamado mínimo existencial, núcleo do princípio da dignidade humana. O mínimo a ser feito a atender os comandos constitucionais deve ser feito. Até a realização dos mesmos, outros gastos que não sejam prioritários devem ficar sobrestados.

Assim, na forma de possibilitar um controle jurídico das políticas públicas, chegou-se a conclusão de que é necessário estabelecer parâmetros de controle, - afim de se saber quais políticas públicas serão ofertadas de acordo com as disposições constitucionais – garantir o acesso à informação sobre receitas e despesas dos recursos públicos e, por fim, estabelecer penalidades para aqueles que descumprirem as metas previstas na CFRB.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Fernando de Brito. *Cidadania e direitos sociais*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7627/cidadania-e-direitos-sociais>>. Acesso em 09 abr 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 1 Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

_____. Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. Revista Diálogo Jurídico.Salvador. N 15. p. 09. Jan/Fev/Março 07.

_____. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>.Acesso em 09 abr 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acesso em 09 abr 2012.

_____. *Tutela e efetividade do Direito Constitucional à liberdade*. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18491-18492-1-PB.pdf>> .Acesso em 09 abr 2012.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed: Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2012.
- CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinícius. *Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade*. In Revista Direito, Estado e Sociedade, publicação nº. 31, Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Jul-Dez de 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivim, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.