

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO JUDICIÁRIO

CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POLÍTICAS PUBLICAS: LA POSIBILIDAD DE REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES POR EL JUDICIARIO

Andréia Garcia Martin¹

RESUMO: Pretende-se, com o presente trabalho, demonstrar que apesar de haver uma grande gama de direitos positivados constitucionalmente a mera declaração destes não enseja sua realização. Assim, torna-se premente a plena tutela dos direitos fundamentais de índole social, fulcrado em sua característica principal, a justiciabilidade, que diante da inércia do Poder Público em implementar as devidas políticas públicas que os viabiliza. Adquire o Poder Judiciário o dever de realizar tal mister, concretizando os direitos fundamentais sociais. Atentando-se, ainda, para algumas balizas possíveis para a (in)viabilidade deste Controle Jurisdicional.

RESUMEN: Se piensa, con el actual trabajo, demostrar que aunque tenga una gran gamma de derechos positivados en la constitución, la mera declaración de éstos no intenta su realización. Así, la tutela completa de los derechos fundamentales de naturaleza social llega a ser acuciante, fulcrado en su característica principal, la justiciabilidade, que delante de la inercia de los poderes publicos en poner las debidas políticas públicas en ejecución que las hacen posible. Adquiere el Poder Judiciário el deber de llevar con tal necesidad, materializa los derechos fundamentales sociales. Pongo atención, todavía, para algunos faros posibles para la (en)viabilidad de este control jurisdiccional.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS; POLÍTICAS PÚBLICAS; JUSTICIABILIDADE; CONTROLE JURISDICIONAL

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto. Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP. Sub-Coordenadora e Docente Universitária do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Advogada.

PALABRAS CLAVE: DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES; POLÍTICA PÚBLICA; JUSTICIABILIDADE; CONTROL JURISDICCIONAL

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos”.

Hannah Arendt

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o prelúdio da instauração do Estado Constitucional Democrático de Direito no Brasil, tendo em seu âmago os direitos e garantias fundamentais lugar privilegiado. Tais direitos fundamentais têm gravados em si o estigma da historicidade, ou seja, advém da evolução da sociedade desde a instauração do Estado de Direito, com o fim do absolutismo no século XVIII, até o constitucionalismo contemporâneo do século XXI.

No início do Estado de Direito fundado nos ideais liberais, contava apenas com direitos de defesa, que buscavam a restrição estatal da intervenção nas relações privadas e na propriedade, eram os direitos de primeira dimensão, as liberdades negativas. Posteriormente, diante da complexificação da sociedade, insurgiram novas necessidades, assim, tomanram vida os direitos sociais vindo e completar os anteriores, instituindo-se direitos à prestação.

Entretanto, no atual estágio do constitucionalismo urge-se encontrar meios para a mais ampla tutela dos direitos fundamentais sociais, vez que suplantada a fase de mera declaração, em que se quedavam como simples elucubrações formais sem aplicabilidade na realidade fática. Vez que, a necessidade de tutelar efetivamente os direitos sociais de certas camadas da sociedade insurge ante as grandes disparidades, preconceitos e intolerância que sofrem algumas minorias ou grupos vulneráveis, primando-se em galgar a igualdade em seu patamar material.

Com efeito, considerando que os direitos fundamentais sociais se viabilizam através de políticas públicas implementadas pelos Poderes Públicos. Assim, sob os auspícios das características da justiciabilidade dos direitos sociais, quando os Poderes responsáveis não promovem as adequações necessárias para o pleno gozo de tais direitos fundamentais, compete ao Poder Judiciário, o poder legítimo, que pelo compromisso democrático também é tributário, fiscalizar e garantir que

esses direitos respaldados constitucionalmente se concretizem, como se irá demonstrar, bem como traçar balizas diante de artifícios utilizados pelo Poder Público para frustrar sua realização seja por diretamente, ou por via oblíqua através do Judiciário.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a bancarrota do modelo liberal-individualista presente nos séculos XVIII e XIX reflexo de uma refutação de patamar ideológico-política, principalmente pelo Estado Liberal carecer de uma preocupação mais contundente com a questão social, imersos em *fórmulas vazias* que não proporcionavam condições profícuas e maneiras hábeis para o cumprimento de demandas atinentes a tal questão, “o Estado tende cada vez mais ser social, dando prevalência aos interesses coletivos, antes que os individuais”,² ou melhor, a inauguração dos direitos sociais advém do escopo de se garantir os direitos de liberdade, que sob as vestes da promoção e protecionismo social se atenha às questões e necessidades da sociedade.

Por conseguinte, no estabelecimento de uma ponte entre as necessidades da sociedade e o poder desempenhado pelo Estado, promoveu-se a emersão dos direitos fundamentais de índole social inaugurados em âmbito Constitucional em 1988.

Contudo, convém esclarecermos que independentemente do modelo de Estado que provocou a introdução das mais varias espécies de direitos fundamentais, há que se considerar que estes – quer sejam direitos de defesa ou de prestação –, detém ínsitas em si uma dupla dimensão: a subjetiva e a objetiva.

Assim, enquanto a dimensão subjetiva promove a possibilidade de seu titular poder exigir em juízo sua efetivação, independe de terem índole defensiva ou prestacional, vez que, ao contrário do que pensa, os direitos de defesa também dependem de uma atuação positiva do Estado, e foi por força e manutenção dos direitos sociais no atual Estado Constitucional que passou a se vislumbrar essa possibilidade.

Ora, apesar do direito subjetivo ter suas origens ancoradas intimamente no indivíduo e na liberdade negativa, hodiernamente diante das transformações

² SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 115.

ocorridas na sociedade, bem como nas relações afeitas a ela, faz-se necessário uma mudança de concepção, vez que se admite diversos âmbitos de subjetivação, que ultrapassam os lindes individuais, e sufragam a mera liberdade negativa. Desse modo, à substância e à titularidade desse direito dever-se-ão, nesse mesmo passo, se revestir de equivalente difusão.

No que concerne à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, há uma permissão *implícita*, concernente ao seu titular, na possibilidade de reclamar em juízo determinada ação, que terá natureza de defesa ou de prestação. Nessa vereda, Miguel Reale, em consonância aos deveres conferidos ao Estado, entende-se que “[...] a partir da invariante axiológica primordial representada pela pessoa humana configura-se todo um sistema de valores fundamentais. [...] em função dos quais *se impõem imperativamente* deveres ao Estado, com a correspondente constelação de direitos subjetivos públicos”.³

Ademais, por sua origem histórica, conceber os direitos subjetivos proeminentes com relação aos objetivos, não há que considerá-los valorativamente desiguais, ambos possuem as mesmas considerações – principalmente por já trespassarmos as fronteiras do liberalismo, que dava primazia ao subjetivo. Inobstante a dimensão objetiva dos direitos fundamentais ser mais retraída frente à dimensão subjetiva, ambos, em conjunto, conduzem determinados valores nucleares que representam as bases de sustentação de todo ordenamento jurídico-constitucional. Dessa forma, a dimensão subjetiva em conjunto com a dimensão objetiva depreende-se que os direitos fundamentais, além de outorgarem um caráter subjetivo, também apregoam os valores presentes no seio social, ou seja, representam uma obrigação de *reverenciar* e abalizar toda ordem estatal com fulcro nos direitos fundamentais.

Assim, apesar de cada indivíduo ser titular de direitos, compreendendo sua dimensão objetiva, para que estes tenham validade e aplicabilidade na sociedade hodierna, são também permeados pela dimensão subjetiva, atribuindo aos seus titulares a capacidade jurídica de fazer valer tais direitos, a justiciabilidade, através de um acesso à justiça constitucionalmente garantido.

³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 276.

1.1 A Tutela dos Direitos Fundamentais Sociais

Com a Constituição Federal de 1988 houve a expansão dos direitos fundamentais, hauridos e assimilados numa gama de direitos sociais presentes no título referente aos 'direitos e garantias fundamentais', confirmando, sobremaneira, em âmbito constitucional sua jusfundamentalidade – fundamentalidade formal. Ademais, se pode deduzir que esta também emana de sua vinculação com os objetivos e valores coligidos na Carta, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana – fundamentalidade material.

Pelo art. 6º do Texto Constitucional vislumbra-se um rol meramente exemplificativo dos direitos fundamentais sociais, conforme consta: “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”. Outrossim, há diversos direitos dessa natureza espalhados tanto em nossa Constituição como em leis infraconstitucionais.

O Texto Constitucional, no afã de tutelar esses direitos apresenta uma série de mandamentos que proclamam tarefas, diretrizes, programas, e fins devem ser cumpridos pelo Estado no intuito de proporcionar a essas espécies de direitos sua mais ampla concretização.

Dessa forma, observando a marcha da evolução social, na qual não se deve satisfazer tão-só com a garantia de liberdade, mas também dilatadamente promover a igualdade. A sociedade anseia por reais formas de proteção que não se restringissem em um total abstencionismo estatal – como ocorria com os direitos de liberdade –, mas que promovesse e tutelasse os valores e os bens mais cogentes que cada cidadão pudesse deter. Desse modo, os direitos sociais vieram em complemento aos direitos de liberdade, tornando-se premente sua concretização, já que os direitos sociais podem ser compreendidos “[...] como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades”,⁴ agenciando a igualdade material no afã de se alcançar a justiça social.

Assim, não há que se falar em direitos sociais isoladamente, ou seja, sem qualquer vinculação ao conjunto dos direitos positivados no decorrer da história. Há

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 303.

que se considerar, então, que somente com o alcance dos direitos sociais é que se possibilita o pleno gozo dos direitos de liberdade. Dando o lamiré, Ana Cristina Costa Meireles entende que:

[...] a garantia dos direitos sociais, hoje, representa condição necessária para que se possibilite o efetivo gozo dos direitos de liberdade civis e políticos clássicos. Sem aqueles, estes restam esvaziados de conteúdo e não passam de meras promessas inscritas em um papel ao qual, inclusive, nem todos têm acesso.⁵

Por meio dos direitos sociais, conjectura-se um caráter dinâmico à sociedade, vez que, constantemente, há situações de desequilíbrio social. A malha social não estabelece um *gráfico* linear de desenvolvimento, pelo contrário, implica a existência de circunstâncias que oscilam, ante as diferentes necessidades de cada ser humano e da própria complexidade das relações sociais, sendo através da interferência estatal que se busca obter uma igualdade concreta.

Com o reconhecimento das diferenças entre os indivíduos, especialmente por reclamarem distintas necessidades, o Estado, ao promover a prestação de determinados direitos àqueles que detêm certo grau de vulnerabilidade, impõem-se a necessidade de provocar a igualização dos membros da sociedade.

Essa igualização será proporcionada pela prestação de um arcabouço básico de valores e bens que garantam a existência digna dos indivíduos. Assim, conforme Andréas Joachim Krell “o referido ‘padrão mínimo social’ para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a uma moradia [...]”.⁶ Entretanto, assinala ainda o autor que o conteúdo concreto, que deverá conter esse mínimo social, está sujeito às condições de cada país⁷, bem como o grau de evolução social e desenvolvimento humano colmatado constitucionalmente.

Salienta Ana Paula de Barcellos que a concepção de um mínimo existencial correlaciona-se ao cerne vindicável dos direitos fundamentais sociais – âmago indecomponível do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta senda, esta

⁵ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 93.

⁶ KRELL. Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 63.

⁷ KRELL. Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 63.

autora, entende que o núcleo mínimo de direitos sociais compreenderia saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à Justiça⁸.

Já Ricardo Lobo Torres acastela que o mínimo existencial representa um direito constitucional que pode ser direta e prontamente reclamado pelo seu titular. Afirma o autor que “há um direito às condições mínimas de existência digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.⁹ E ainda complementa, dizendo que “sem mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”.¹⁰

Por outro lado, a abstratividade excessiva do que constaria no rol do mínimo existencial abalaria, sobremaneira, a racionalidade que se depreende do sistema jurídico, vez que a heterogeneidade populacional propugna a variabilidade constante do que será considerado como núcleo mínimo. Portanto, torna-se deveras intrincado eleger um rol de direitos que deverão ser protegidos em detrimentos de outros tantos que, por essa conjectura, serão abnegados. Vislumbra-se, assim, que um núcleo mínimo não seria decorrente, necessariamente, de um rol taxativo de direitos materiais, mas sim, independente de quais direitos sociais sejam prestados, eles deverão ser viabilizados tantos quantas forem as necessidades de seus titulares, para que se possa gozar de uma vida digna mesmo que lindada em seu mínimo.

Constata-se, outrossim, que uma vida condigna não é aquela que se restringe em se assegurar simplesmente a integridade física e a sobrevivência humana, mas vai além disso, uma vez que fornece (ou deve fornecer) oportunidades equânimes a todos para o livre desenvolvimento da personalidade de cada membro do grupo social, o que tornará plena a fruição dos direitos fundamentais escudados na Carta Constitucional.

Enfatiza Andréas Joachim Krell que grande parte dos autores alemães acolhem a ideia de que o Estado Social tem o dever de afiançar aos indivíduos uma existência digna. Referido mínimo retirou-se do próprio princípio da dignidade da pessoa humana associado aos direitos à integridade física e à vida. Sendo este o

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 125.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 127.

atual posicionamento na Corte Constitucional, ou seja, reconhece-se que é de obrigação estatal afiançar um “mínimo vital”¹¹ aos cidadãos de seu país.

Essa obrigação estatal se perfazeria em prestações estatais, portanto, os direitos fundamentais sociais, por representarem uma das facetas dos direitos prestacionais são direitos dependentes de ações positivas fáticas por parte dos Poderes Públicos, com o escopo de proporcionar a seus titulares um mínimo vital para que subsistam dignamente. O Estado terá o dever de efetivar tais direitos entregando aos seus titulares condições materiais que patrocinem seu alcance. Assim, no entender de Konrad Hesse os direitos fundamentais sociais:

Pedem as ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um torna-se ativo não só do legislador, mas também da administração [...]. Ao fim e ao cabo, direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefa e direção da atuação estatal, presente e futura [...].¹²

O programa social representado por este direito é dependente de uma atuação governamental que favoreça o acesso a um *conjunto mínimo* de direitos com vistas a preencher o núcleo irredutível da cláusula geral de tutela da pessoa. Os referidos conjuntos mínimos de direitos figuram-se como alguns bens essenciais considerados basilares à manutenção da existência em condições condignas, ou seja, “representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade”.¹³

Os direitos sociais são direitos promovidos, sustentados e proporcionados pelo Estado no intuito de nutrir a *moldura social* de possibilidades materiais que a incite no alcance de uma igualdade material com vistas à justiça social. À evidência, tem-se a lição trazida por Andréas Joaquim Krell que nos apresenta o caminho para

¹¹ KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 60-61. (A origem de se vincular o princípio da dignidade da pessoa humana, na tradição alemã, ao mínimo vital para existência humana, tem relevância, principalmente, pelo momento histórico que passou aquele país, que mergulhado aos horrores da Guerra necessitava de uma proteção mais profícua à dignidade humana, ligada, especialmente, à vida e à integridade física dos indivíduos. Ao se transportar esse – verdadeiro direito fundamental – à realidade brasileira, em um contexto totalmente adverso, conjuga-se esse ‘mínimo vital’ ao meio material de se prover a existência humana, contudo, tomando por esse ponto de vista, esvazia-se, sobremaneira, o seu real conteúdo, vez que, distancia-o de valorar a dignidade humana e lhe aproxima de uma teorização econômica do direito, da reserva do possível, ou seja, o mínimo será possível, não porque promove a dignidade humana, mas sim porque é o mínimo que o Estado pode prestar).

¹² HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 170-171.

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 53.

que tais direitos se concretizem, confirmando que tal desiderato será proporcionado pelas políticas públicas, ao assevera que:

[...] O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas 'políticas sociais' que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.¹⁴

Ora, depreende-se, dessa forma, que os direitos fundamentais sociais detêm um duplo escopo, primeiramente por meio do dever de proteção estatal, ao ser estabelecido aos indivíduos um conjunto de valores jurídicos mínimos para que cada membro da sociedade possa ter assegurado seu desenvolvimento em condições condignas, em igualdade com os demais. E um segundo que, agregando-se ao primeiro, reflete o dever de prestação estatal que se configura como a garantia de eficácia dos direitos materiais que são assegurados constitucionalmente, vinculando todos os Poderes de Estado para que os cumpra.

Outrossim, de acordo com o entendimento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o problema de se efetivar os direitos fundamentais sociais tem direta conexão com os processos de marginalização de algumas camadas sociais, que se fomentou com a crescente introdução do capitalismo. Ou seja, “essa crise de efetividade dos direitos sociais está, pois, diretamente vinculada à exclusão social no Brasil [...]”. O problema mais candente tem sido o abandono chocante daqueles que mais necessitam da solidariedade: as crianças, os idosos, e as pessoas portadoras de necessidades especiais”.¹⁵

Destarte, pode-se constatar que os direitos sociais conjeçuram-se sob uma dupla perspectiva em âmbito constitucional, a primeira, de outorga dos referidos direitos, conforme se vislumbrou da redação do art. 6º e, uma segunda, que comporta as formas de tutela desse direito¹⁶. Dessa forma, o Texto Constitucional ao traçar diretrizes, caminhos e objetivos para que se cumpra os direitos fundamentais

¹⁴ KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 19-20.

¹⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica em debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 335.

¹⁶ A inserção da tutela dos direitos sociais no Texto Constitucional podem ser extraídas dos artigos, 196, 205, 217 entre outros. Tais dispositivos traçam apenas diretrizes, ações ou “caminhos” a serem perseguidos pelos Poderes Públicos que estão indelevelmente vinculados a estes, e se confirmarão através da elaboração de políticas públicas com o objetivo de cumprir os mandamentos constitucionais. Outrossim, pode-se se afirmar que as políticas públicas compreenderiam frestas à clarificar as necessidades dos membros da sociedade.

sociais delegou aos Poderes Públicos sua realização, que se conformação através das políticas públicas.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: MECANISMOS DE TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS

Conjecturando as políticas públicas a indicação constitucional do *caminho* que o Estado deve seguir para cumprir suas diretrizes, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, edificada sob os alicerces da erradicação das desigualdades e da marginalização, direciona os Poderes Públicos à realização da cláusula geral de tutela da pessoa humana, a dignidade humana. Igualmente, estas fomentam a concretização dos direitos sociais prestacionais que, por sua vez, são instrumentos que possibilitarão a inclusão social de grupos excluídos, tendo em vista que aquelas políticas, ao serem instituídas, tem o intuito de igualizar situações de desigualdades, proporcionando as mesmas oportunidades.

Ademais, as políticas públicas podem ser consideradas instrumentos de alcance da inclusão social, por serem mecanismos estatais que intervêm em vários âmbitos da sociedade visando reequilibrar situações de discriminação e de injustiças sociais. E mais ainda, atuam na direção dos objetivos e fins colimados no Texto Constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais sociais, e, por conseguinte, guiam-se visando um amparo adequado e eficaz, fulcrada em afiançar um núcleo existencial mínimo, na obrigação de otimização, no princípio da vedação do retrocesso social e na busca de uma promoção das condições de dignidade.

Dessa forma, conforme aduz Andréas Joachim Krell que “as imposições constitucionais estão diretamente relacionadas com um modelo dirigente de Constituição, o qual emerge através da declaração de inúmeros deveres estatais gerais, bem como na outorga de direitos subjetivos públicos aos cidadãos”.¹⁷

O Texto Constitucional, por albergar traços de dirigismo constitucional depende, para a concreta efetividade de seus preceitos, de ações governamentais concretas, ou melhor, de políticas públicas estatais que o viabilize. Na sua essência revela-se o desígnio irretorquível que traduz a busca da inclusão, qual seja, a de

¹⁷ KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 27.

operar com o fim precípuo de proporcionar o bem estar à coletividade, a melhoria na qualidade de vida da população em geral, afiançando e materializando os direitos constitucionais.

Contudo, apesar de se depreender desta assertiva que as políticas públicas têm caráter universal nem sempre sua implementação ocorrerá visando à totalidade da coletividade, já que tem o escopo de prover melhores condições de vida, diminuir as desigualdades, ou seja, como nem todos necessitam de benesses sociais do Estado, normalmente, são aplicadas setorialmente, a certos grupos da sociedade que se encontram em situação de desvantagem, de vulnerabilidade, para só assim abranger o desenvolvimento social como um todo, ou seja a igualdade social.

Destarte, “inserção significa que tal ordem política se mantém aberta para equiparar os discriminados e para incluir os marginalizados, sem confiná-los na uniformidade homogênea de um povo”.¹⁸ Ou seja, qualquer alternativa para inclusão deverá ater-se às diferenças congênicas de seus cidadãos.

Dessa forma, o alcance da justiça social depende muito mais do que da mera positivação de leis para se realizar, necessita, da plena viabilidade e efetividade das políticas implementadas.¹⁹

Escutando tal argumento, necessário salientar que, na intenção de se incutir a solidariedade nas instituições estatais no plano do art. 3º da Carta Constitucional contém implicitamente um dever social, tanto das instituições estatais como a sociedade em geral, que imbrique uma sociedade pluralista dirigida ao progresso e ao desenvolvimento.

Contudo, é manifesto, à presença dos vários *Brasis* que vislumbramos na atualidade, a divisão de águas que existe entre o Texto Constitucional e a realidade concreta da sociedade, afeiçoando-se ao que Konrad Hesse chama de *realidade inconstitucional*²⁰, pois em que pese exista uma declaração bem concatenada que projeta amplos direitos e garantias, o difícil é conduzir essas intenções constitucionais à realidade, conseguindo realizar precisamente aquilo que ela se propõe. No esclarecimento do autor:

¹⁸ HABERMAS, Jünger. **A inclusão do outro**: Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 159.

¹⁹ O Poder Judiciário, comprometido, também, com os mandamentos constitucionais reveste-se do dever de, não surtindo efeito a política pública implementada, possibilitar sua implementação por meio do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, tema objeto de análise do item 3 deste trabalho.

²⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 47.

A consideração e argumentação jurídica, que está vinculada à normatividade da Constituição carece, por conseguinte, do complemento por considerações político-constitucionais que visam a isto, conservar ou criar essa concordância, produzir os pressupostos de realização regular da Constituição, ou então modificar a Constituição.²¹

Nesta senda, tendo em vista que as políticas públicas promovem a maximização da efetividade dos direitos sociais – respeitando-se, especialmente, o princípio da proibição do retrocesso social em sua elaboração –, que por lhe ser ínsito ao atual Estado Constitucional o dirigismo constitucional, ao se estabelecer metas a alcançar, constatando-se, pelas suas próprias características, que é congênito aos Poderes de Estado a *direção* de políticas públicas que concretizem tais direitos fundamentais, fomentando-se o desenvolvimento de um coerente regime sócio-político à altura do gravado no Texto Constitucional.

A consagração de direitos sociais fundamentais na Constituição Federal de 1988, inseridos de forma ampla e irrestrita e aplicável a todos os membros da sociedade, adota expressamente que as políticas públicas insurgem como mecanismos imprescindíveis para a tutela desses direitos fundamentais. Desse modo, depreende-se que esses direitos sociais ensejam uma postura *ativa* dos Poderes Públicos para serem viabilizados.

Nesta vereda, constata-se que é do próprio Texto Constitucional que se extrai os parâmetros que guiarão a implementação de tais políticas públicas, vez que estas têm o condão de promover benesses a toda a sociedade. Segundo o entendimento de Ronald Dworkin, as políticas expressariam:

Aquele padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).²²

Da lição do supracitado autor pode-se esmiuçar alguns dados concernente à definição de política. O primeiro deles diz respeito à existência de um ente apto a determinar certos padrões, o que se perfazeria na própria *sociedade política*; e, complementando, a conformidade dos objetivos com a definição dos meios para alcançá-lo. Resumidamente, para a realização de políticas – que tenham a característica de públicas – há a necessidade de estarem presentes dois elementos

²¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 60 et seq.

²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

concomitantemente, quais sejam: sujeito (Estado) e os objetivos que este Estado se obrigou constitucionalmente a lograr.

Ora, a Constituição Federal ao subscrever os direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas, dentro de seus mandamentos constitucionais, determinou a elaboração de programas de ação estatal para operacionalizar concretamente tais direitos de forma específica.

O padrão social descrito na norma constitucional deverá nortear a atuação dos Poderes de Estado. Nesse diapasão, convém se exarar a conceituação aduzida por Eduardo Appio, *in verbis*:

As políticas públicas podem ser conceituadas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.²³

Depreende-se, pois que as políticas públicas conformariam dois tipos de funções, quais sejam: tem o condão de efetivar os direitos fundamentais a prestações estatais – os direitos sociais –, além de cumprir as diretrizes que o Estado Constitucional se comprometeu. Tem-se que as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção dos direitos fundamentais, ou melhor, têm o dom de erguer a ponte que realizará a ligação entre o escudado na Constituição e as necessidades dos indivíduos, pois, levam para a realidade concreta direitos abstratamente dispostos.

As políticas públicas, por serem informadas e dirigirem-se à concretização dos direitos sociais, sufragando os objetos diretos de realização destes, devem manter compatibilidade com anseios democráticos e as metas erigidas constitucionalmente. Vislumbra-se, pois, que nas políticas públicas há uma clara modificação do império da lei – em que o texto certamente padeceria anacronicamente –, pelo governo das políticas, fazendo com que a Constituição se aproxime da realidade social no país, adequando seu texto às contínuas mudanças sociais, além de permear o ordenamento de avanços sociais indissolúveis, como convencionou o princípio da proibição do retrocesso social. Com efeito, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen salienta que:

²³ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 136.

[...] a ordem social constitucional estabelece obrigações para o Estado, mas também para toda a coletividade. Orienta a administração na implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados [...], resguardando o cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado.²⁴

A garantia outorgada pelo Estado às políticas públicas podem ser concebidas sob duas óticas: uma material e outra substancial. A primeira compreenderia o supracitado princípio da proibição do retrocesso social, sob o argumento de que como as políticas públicas têm o escopo de concretização dos direitos sociais estabelecidos, quer na Constituição, quer em leis infraconstitucionais. Não podendo, outrossim, serem implementadas aquém do mínimo dos avanços sociais presentes na Carta. Posteriormente, vinculando-se diretamente a esta se tem a visão substancial, que, diante da defasagem em sua implementação, ou na omissão terá o Judiciário a prerrogativa de realizar o controle jurisdicional dessas políticas públicas provendo-as.

Sendo os direitos fundamentais sociais resultado dos direitos que o Estado tem, por *delegação* aos seus Poderes, o condão de concretizar, por meio de ações positivas, compreendem verdadeiros direitos públicos subjetivos, vez que possuem uma ampla possibilidade de serem cobrados judicialmente frente às omissões estatais, ou seja, lhes são ínsitos a característica da justicialidade.

2.1 Justiciabilidade das Políticas Públicas Fomentadora de Direitos Fundamentais Sociais

Em virtude dos direitos fundamentais sociais representarem espécimes de direitos que conjecturam uma atuação estatal, uma prestação, lhes são características ínsitas sua efetivação por via jurisdicional, ou seja, a justiciabilidade ou judicialização seria um caminho alternativo para a realização dos direitos fundamentais sociais, compromisso inerente aos Poderes de Estado no atual Estado Constitucional Democrático de Direito, afeito especificamente ao Poder Judiciário que diante da inércia ou omissão dos demais Poderes é conclamado a atuar no afã de manter o laço democrático.

²⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 36-37.

Aqui nos determos mais incisivamente à análise dos motivos e das possibilidades do exercício dessa renovada função que foi relegada ao Judiciário. Inicialmente cumpre registrar que um dos fatores que contribuíram para que o Judiciário saísse do patamar neutralizado que se encontrava e se movesse a uma orientação constitucionalmente dirigida foi o processo de redemocratização nacional insurgido com a Constituição Federal de 1988. Processo este que dimensionou as instituições estatais suplantando-se a mera separação orgânica das atividades estatais.

O Judiciário encetou sua jornada com o gradativo abandono de uma função meramente técnica-declarativa, que se restringia em ser a boca da lei, de uma atividade jurisdicional extremamente formalista, preocupado simplesmente com o desfecho do processo, isolado de qualquer forma de intervenção ou finalidade voltada ao direito material. No Estado Constitucional age em direção a empunhar um verdadeiro poder político com o encargo de efetivar as determinações constitucionais, até mesmo sob o embate dos demais poderes.

Com a abertura processual aos preceitos axiológicos da Constituição, reputa-se possível à redefinição de seus conceitos, objetivos e escopos, ou seja:

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da *ordem constitucional*, o processo precisa *refletir as bases do regime democrático*, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado de Direito, como as conotações da liberdade, igualdade e participação em clima de legalidade e responsabilidade.²⁵ (grifou-se)

O Judiciário neste Estado Constitucional Democrático insurge como um verdadeiro *guardião*²⁶ do Texto Constitucional, conjecturando-se como o garantidor dos direitos fundamentais e dos fins e valores democraticamente escudados nele. No entender de Celso Fernandes Campilongo neste modelo de Estado “o Judiciário é visto menos como um Poder e mais como um ‘socorro’ aos demais Poderes”.²⁷ Assim, diante da inércia dos demais poderes, cumpre ao Judiciário atuar, judicializando a prestação das políticas públicas. Pois, pelo fato destas

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

²⁶ Tal nomenclatura se justifica, principalmente, pelo Texto Constitucional conformar à instituição de cúpula do Judiciário, o STF, a guarda da Constituição por uma gama de ações com este perfil, as ações que exercem o controle de constitucionalidade, que compreenderia o terceiro fator que dá ensejo a judicialização dos direitos fundamentais sociais pendentes de políticas públicas.

²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 53.

representarem “pretensões de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas,” torna-se premente e justificável o desenvolvimento da “judicialização das questões envolvendo seu conteúdo”.²⁸

Sob os auspícios desse fator ainda houve uma sobrelevada consideração das funções institucionais do Ministério Público, que teve ampliada suas funções, bem como a crescente implementação e presença das Defensorias Públicas na salvaguarda dos direitos das pessoas mais carentes.

Ademais, essas mudanças estão diretamente ligadas ao segundo fator concernente à uma atitude pró-ativa do Judiciário. Foi a constitucionalização, em larga escala, do ordenamento jurídico nacional, que passou a nortear toda a atuação estatal e consignar os direitos fundamentais inseridos em seu bojo como as vigas mestras afeitas a todo sistema jurídico.

Destarte, que, especialmente quanto à atividade jurisdicional as diretivas constitucionais pressionaram-na tão densamente que se iniciou uma marcha em direção à concretização de seus preceitos. Assim, confirmou-se o “caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os Poderes de Estado e da sua produção normativa”.²⁹

Com efeito, pelo fato dos conteúdos dos direitos sociais representarem o próprio núcleo existencial humano, cumpre ao Judiciário promover sua ampla efetivação, quando não se realizarem pelas vias normais. Nesse panorama:

A ideia de juridicidade das políticas públicas, por sua vez, parte do pressuposto de que a legitimidade de Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas. [...] A ausência de juridicidade das políticas públicas, que são vistos como meras diretrizes da ação governamental, afetam o exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos e, conseqüentemente, os processos de inclusão social”.³⁰

Pelo exposto, quando o Estado não promove as adequações necessárias para o pleno gozo dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, compete ao

²⁸ APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 136.

²⁹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26.

³⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Rumo ao direito administrativo da cidadania e da inclusão social. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Cidadania e inclusão social**: Estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Souza Agustín. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 474.

Poder Judiciário, o poder legítimo para fiscalizar e garantir que esses direitos respaldados constitucionalmente se concretizem.

Convém gizar que os Poderes Públicos não poderão se esquivar de preceituar políticas públicas que viabilizem a concatenação de direitos fundamentais sociais para se efetivarem concretamente. O descumprimento dessa obrigação constitucional, quer seja abstendo-se de formulá-las – ou formulando-as de maneira imprópria –, quer furtando de implementá-las completamente – ou realizando de forma insatisfatória –, caberá ao Poder Judiciário realizar o mister de controlá-las, frente à omissão dos demais poderes, objetivando a ampla realização desses direitos.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Vislumbrando-se que a legítima implementação dos direitos fundamentais sociais depende de uma atitude *proativa* do Executivo, devendo implementar as necessárias políticas públicas, visando delinear táticas estatais que os efetivem, bem como do Legislativo em fazer leis com esse objetivo, cumprindo as determinações constitucionais. Neste ínterim, na eventualidade desses poderes se furtarem de realizar suas incumbências, quer deixando-as por elaborar, quer elaborando-as da forma imprópria ou insuficiente, deixa-se uma fresta a deblaterações de quais instrumentos processuais devem ser empregados para fomentar a efetiva tutela desses direitos.

Nessa perspectiva, Eduardo Appio, assevera ainda que pelo fato do Estado “assumir a condição de prestador de serviços, o Estado social amplia sua presença junto à sociedade”.³¹ Ou seja, quando os poderes estatais não agenciam as conformações necessárias para a ampla fruição dos direitos fundamentais incumbe ao Poder Judiciário, como o poder legítimo, realizar a fiscalização e garantir que esses direitos respaldados constitucionalmente se concretizem. Fundando sua atuação precipuamente na tutela jurisdicional coletiva.

³¹ APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 24-25.

Apesar de não se poder afirmar que o Judiciário detém a mesma legitimidade democrática³² ínsita ao Executivo e aos membros de Legislativo, que são conformadas pelo voto popular, não lhe é de toda ausente. Pelo contrário, poder-se-ia dizer que o Judiciário deteria um grau mais elevado de legitimidade democrática do que os demais, vez que foi por obra e desejo dos instituidores da democracia em sede Constitucional – dos membros da Assembleia Nacional Constituinte – que se outorgou sua legitimidade. Entretanto, aqui não nos prenderemos a realizar medições quanto à importância desta legitimidade, mas tão-só que ela existe e que é de grande importância para tornar viável a implementação de políticas públicas sociais. Dessa forma, tem-se que: “as ações coletivas assumem uma importante função política nos casos em que promovidas em face do Poder Público, buscando o cumprimento de deveres sociais previstos na Constituição de 1988”.³³

Ademais, a técnica clássica de Tripartição de Poderes (distribuição horizontal de competências), já não resolve os problemas da sociedade complexa. Pois, como órgãos autônomos, deveriam prezar pelo equilíbrio mútuo. Contudo, não é isso que se encontra na atualidade.

Vislumbra-se um Poder Executivo em posição de dominação diante dos demais, além de concorrer com o Legislativo, legiferando atipicamente, ele é quem detém a capacidade de implementar políticas públicas e ações governamentais, porém, quase sempre, não as executando ou, quando as realiza são insatisfatórias. Deve-se, entretanto, esboçar-se um novo projeto institucional para esta sociedade em constante mutação, adicionando-se uma função política, que inexistia na concepção clássica, mas que se faz necessária nos arranjos-céus da atualidade.

³² Destaca-se, assim que o Judiciário “não é democrático no sentido (formal) que seja posto por meio de solene manifestação de vontade do povo ou de seus representantes livremente eleitos. Ele, contudo [...]” em essência é “dialógico, consentido: e enquanto tal satisfaz a um requisito não desprezível da democraticidade substancial. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”.(CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 98).

³³ APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 19. Ainda sobre este assunto, afirma o autor que “As sentenças prolatadas em ações civis públicas representam, em muitos dos casos, verdadeira atividade legislativa do Poder Judiciário. [...] Em outros casos podem representar uma substituição da atividade clássica do Administrador Público, de modo que se impõe uma análise detalhada destes novos contextos que emergem de uma sociedade altamente complexa e inserida num modo de produção massificado que opera em escala global”.(p. 19) (grifou-se).

Nesse diapasão, constata-se que a função do Judiciário, não se restringe a uma mera atuação de índole defensiva, mais que isso, se preme por um protagonismo desse renovado Poder Judiciário, tendo por fundamento as bases Constitucionais e buscando alcançar uma Justiça que se adeque aos anseios da sociedade, plenamente apto a retificar falhas imbricadas pelos demais poderes, vez que ensejam a própria inviabilidade dos direitos fundamentais e a permanência das instituições democráticas e, quiçá, do próprio Estado Constitucional de Direito.

Assim, enquanto a faceta da separação de poderes no Estado Liberal seria a técnica fundamental de resguardo aos direitos de liberdade, em que se acreditava estar resolvida a questão da soberania, pela partição numa pluralidade de poderes. Pois, ao se deslocar o centro de decisão política para o Parlamento, em que havia preponderância da classe burguesa, este poderia controlar os demais poderes. Dessa forma, Campilongo constata que:

A 'divisão de poderes' responde às exigências de uma sociedade individualista na medida em que desenvolve mecanismos de autocontrole do Poder e, conseqüentemente, de garantia dos direitos fundamentais. Um *Judiciário obrigado a decidir conforme a lei* está, por isso mesmo, legitimado a resistir às pressões do sistema político. A independência do *Judiciário* tem por preço sua *dependência à lei*. Na concepção liberal da tripartição dos Poderes, liberdade, propriedade e os demais direitos individuais estão protegidos de uma 'excessiva ingerência política'.³⁴ (grifou-se)

Já no Estado Social, a técnica da separação de Poderes se apresenta de forma diferenciada à vista do anterior, pois, em virtude do Liberal pautar-se no divórcio entre Sociedade e Estado. No modelo Social, Sociedade e Estado *fazem as pazes* passando a atuam em cooperação, o Estado tem amplos poderes para intervir na sociedade. Neste, o órgão que se coloca no fastígio das funções de governo é, agora, o Executivo, pondo fim aos tradicionais instrumentos de controle.

Conseqüentemente, a ruptura dos antigos mecanismos de controle, refletem redefinições na divisão dos Poderes, pois o Estado está mais preocupado em concretizar os direitos fundamentais do que propriamente com a separação de poderes. Reflexamente, o *império da lei* e o princípio da legalidade por padecerem das adaptações, advindas, necessariamente, da incursão em todos os âmbitos da vida social, foram *em parte* mitigados. Porém, com a concentração de muitas

³⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

funções nas mãos do Executivo deparou-se com seu fracasso diante de questões sociais.

Ora, o controle exercido pelo Judiciário não representará um mero poder de intervenção na atuação dos outros poderes, exorbitando a discricionariedade. Nesse sentido, compreende-se que a Jurisdição tem conectada em si tanto a ideia de poder como de dever. De poder no sentido de exercício de uma atividade que representa um mecanismo de controle social, de pacificação em situações de conflito; já o dever adviria da obrigação de ao tutelar situações concretas, efetivar direitos.

No entender de Cândido Rangel Dinamarco, “a jurisdição é, portanto, uma função estatal e o seu exercício constitui exteriorização da capacidade que tem o Estado de se impor para cumprir seus objetivos, ou seja, exteriorização do poder”.³⁵

Com efeito, a magistratura juntamente com o Ministério Público passa a sustentar uma diferenciada postura nessa reformulada engrenagem institucional do Estado³⁶. Ou seja, o juiz passa a integrar uma rede de transação política³⁷, controlando em perspectiva democrática as realizações sociais que o Estado se comprometeu constitucionalmente. Deverá afiançar as políticas públicas, coibindo sua conversão em simples simulacro de ações estatais, imbuindo-o um papel fundamental na realização da cidadania e da justiça social.

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.
[...]

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 187.

³⁶ O prelúdio dessa nova postura se instaurou com a Constituição Federal, passando a realizar um renovado controle de constitucionalidade e, principalmente com a inserção de novas modalidades desse controle.

³⁷ Denota-se nesse momento a insurgência daquilo que se tem chamado de “politização da justiça”, porém, muitas vezes tomado em um sentido nocivo, a comprometer a imparcialidade da atuação jurisdicional. Entretanto, o que ocorre é a atuação do Judiciário em substituição ou complementação, de cunho social – como no caso das políticas públicas – de obrigação que dependia de imposição estatal, inculcando-se no bojo da magistratura esse fenômeno tem-se o escopo de promover o abandono excessivo do formalismo processual, bem como os estritos limites impostos a esses. Tem-se, assim, que a politização da justiça não significa inserir na atividade judicante o partidarismo, longe disso, mas tão-só promover-lhe uma abertura ao véu social – ainda que se prezando pela imparcialidade – busca afastá-los da neutralidade. Para um estudo mais aprofundado conferir: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30-51; e CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 57-63.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem à vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.³⁸

Uma coisa é governar, função que não pode ser exercida pelo Judiciário, outra, que decorre diretamente do Texto Constitucional é, segundo a visão do Ministro Carlos Ayres Britto o ativismo do Poder Judiciário, “impedir o desgoverno”.³⁹ O Poder Judiciário, assim, revela-se como palco para o confronto e negociação de interesses sociais e/ou coletivos. Opera-se uma verdadeira canalização das reivindicações sociais por meio da atividade jurisdicional.

Logo, cumpre gizar que ao Poder Judiciário compete uma missão muito mais abrangente do que apenas resolver litígios individuais ou fiscalizar a constitucionalidade dos atos e procedimentos administrativos e legislativos, ou seja, “a democratização do Direito passa pela efervescência judicial e pela *ampliação funcional do Judiciário*”.⁴⁰ Incumbindo-lhe, na observância dos preceitos constitucionais, suprir as lacunas deixadas pela ausência de políticas públicas, pela omissão do Executivo e do Legislativo nessa iniciativa. É essa a postura que se pretende do magistrado atuante no âmbito do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Com efeito, constata-se a insuficiência das tutelas jurisdicionais individuais para cumprir tal mister, que diante de seu campo restrito de abrangência, já que a decisão faz lei somente entre as partes, a viabilidade de se irradiar a um grupo ou segmento da sociedade é muito pequena. Com efeito, a defesa coletiva dos direitos sociais será necessária diante da omissão estatal em promover as adequadas políticas públicas. A grande conquista com a utilização da tutela coletiva, vislumbra-se em suas decisões, já que o processo coletivo tem o condão de racionalizar a prestação da tutela jurisdicional conjugando uma variada gama de possibilidades processuais numa mesma ação.

O controle jurisdicional da atuação estatal viria complementar umas das funções do direito à prestação, ou seja, através de um procedimento adequado, o

³⁸ Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência do STF, em 23 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

³⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 117.

⁴⁰ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. A reforma do Poder Judiciário. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar.1999, p. 245.

Judiciário seria conclamado a controlar a *oferta e procura* de políticas públicas. Onde esse direito à prestação, abrangeria o direito a uma prestação jurisdicional efetiva e que teria o condão de concretizar os direitos fundamentais concernentes ao núcleo existencial mínimo.

Compreende-se, assim, ser este controle, não uma ordem do Poder Judiciário aos demais, mas uma atuação na complementação, na implementação ou na correção de políticas públicas ineficientes em sua função de garantir a plena concretização dos direitos fundamentais sociais.

Hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito inexistente nos ordenamentos do Estado de Direito Legislativo. Porém, os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido em que era o legislador no século passado. São, mais exatamente os garantidores da complexidade estrutural do direito no Estado Constitucional, é dizer, garantem a necessária e dupla coexistência entre lei, direitos e justiça. E mais, poderíamos afirmar em conclusão que entre o Estado Constitucional e qualquer senhor do direito há uma radical incompatibilidade. O direito não é um objeto de propriedade de um, ou seja, deve ser um objeto do cuidado de todos.⁴¹ (tradução livre do autor)

Ora, não compete apenas uma das facetas compreendidas pela democracia de três vértices, realizar a devida efetivação dos preceitos constitucionais, assim, sendo esta inviabilizada por qualquer motivo dever-se-á proceder a sua realização por outros meios que não os decorrentes do Legislativo ou Executivo, ou seja, o Judiciário é plenamente apto a cumprir tal mister, pois como afirma Gustavo Zagrebelsky a todos competem à observância de sua concretização.

Sob esta perspectiva, deve-se perfilhar que os operadores do direito – tomados aqui em sentido amplo, incluindo-se as três faces de atuação estatal democrática – detêm como encargo primordial e básico a realização de providências concretas, em suas devidas áreas de atuação, para afiançar os direitos fundamentais sociais, fulcrados, principalmente na manutenção do grau de conquistas sociais e na promoção da dignidade humana, pois “como ‘normas constitucionais’ apresentam-se como ‘parâmetro de controle judicial’”,⁴² fomentando uma atividade jurisdicional que tenha o condão primordial de concretizá-las.

A extensão e a intensidade do controle judicial está proporcionalmente relacionada à densidade normativa das normas constitucionais, de modo

⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón, 5. ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 153.

⁴² QUEIROZ, Cristina Maria Machado. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 67.

que, quanto mais densos os conteúdos normativos jusconstitucionais, mais intenso será o controle jurisdicional.⁴³

Ademais, a jurisdição conjectura-se num autêntico representante da dinâmica das aspirações sociais, a inércia dos outros poderes não pode deixar que direitos consagrados constitucionalmente deixem de ser concretizados ou mesmo que se amesquinhe a conquista social.

Com efeito, convém apresentar que esta preocupação já trespassou os portões até mesmo dos órgãos mais elevados do Poder Judiciário, vislumbra-se que o tema começa a ser objeto constata das pautas de discussão tanto do STF como do STJ, com fulcro na efetivação de políticas públicas nas mais diversas áreas e para os mais diversos segmentos populacionais, como se demonstra da decisão que ora se transcreve:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimentos de encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.⁴⁴

À evidência, depreende-se que a premente necessidade de o Judiciário se manifestar ativamente, em que pese não seja sua função originária, consoante às políticas públicas, insurge-se ante a possibilidade de se olvidar dos direitos que compõe o mínimo existencial de cada membro da sociedade e, conseqüentemente, a própria cláusula geral de tutela da pessoa: a dignidade humana.

Ademais, pode-se apresentar também como exemplo a ADPF nº 45 MC/DF, que teve por Relator o Ministro Celso de Mello, afirmou enfaticamente a possibilidade de um controle judicial de políticas públicas. Com o intuito de comprovar e reforçar o afirmado, fragmentos da decisão monocrática são transcritos:

[...] Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não pode deixar de reconhecer que a **ação constitucional** em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser

⁴³ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 267.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRRE nº 410.715-5. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

descumprida, total ou parcialmente, pelas instâncias governamental destinatária do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto **direitos** de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O *desrespeito* à *Constituição* tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos [...]. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações [...].⁴⁵ (grifou-se).

Outrossim, segundo os ensinamentos de Paulo Magalhães da Costa Coelho, o controle jurisdicional sob os atos da administração pública no atual modelo de Estado, “não pode ser simplesmente uma investigação do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei, senão, e principalmente, um controle substancial da não-violação e da implantação, pela administração, dos grandes valores constitucionais”.⁴⁶

Conforme já asseverado, a nova sistemática que se projeta ao Judiciário, fomenta-o de possibilidades ampliadas de atuação. Ou seja, em certa medida, deverá realizar uma opção política – sob determinados parâmetros constitucionais –, na observância das políticas públicas sob seu reduto, tomando por base as necessidades e interesses de toda coletividade.

Inobstante a consignação de “[...] novos direitos consagrados pela Constituição de 1988, a magistratura continua com uma cultura técnico-profissional

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29 abr. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 04 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 02 mai. 2009.

⁴⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212.

defasada, incapaz de entendê-los e, por consequência, de aplicá-los”.⁴⁷
Continuando, afirma ainda que, por ser:

Considerada a partir de seu *ethos* cultural, corporativo e profissional, a magistratura brasileira tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da ‘segurança jurídica’ e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre os poderes autônomos. Apenas a base da magistratura brasileira, por meio de alguns poucos – porém expressivos – juizes de primeira instância, é que tem tentado promover certas mudanças.⁴⁸

Ora, a atividade jurisdicional controlando a implementação de políticas, promove a prestação de direitos e torna-se um instrumento da ampla promoção da dignidade humana, pois visa assegurar-lhes a concretização dos seus direitos, envolvendo a garantia de acesso à justiça, por meio da tutela jurisdicional, à realização da inclusão social e, conseqüentemente, o acesso aos próprios direitos fundamentais.

3.1 Balizas Possíveis para a (in)viabilidade do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Reserva do Possível e Responsabilização por ato de Improbidade Administrativa.

Considerando que as falhas no bom desempenho das atividades estatais ensejam uma verdadeira dissipação dos mandamentos constitucionais em realizar em âmbito social escudado em seu bojo. Torna-se a atividade jurisdicional de grande valia na tentativa de impedir que a carga valorativa da Carta Constitucional sucumba.

Contudo, sua atuação apesar de ser positiva esbarra em empecilhos arrostado pelos demais poderes que inviabilizam a plena conformação de tais direitos fundamentais. Vez que, a grande questão que insurge sobre esta possibilidade está ligada à *famigerada* “reserva do possível”,⁴⁹ tema que também foi objeto de discussão nos votos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, sendo costumeiramente utilizada para a inviabilizar o controle

⁴⁷ FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

⁴⁸ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

⁴⁹ No trabalho em questão, optou-se em não tratá-la de forma mais delongada, por entender-se que suplanta os objetivos deste.

jurisdicional de políticas públicas. Ou melhor, elemento de restrição e concretização dos direitos fundamentais veiculados por aquelas políticas, sob o argumento de que compete ao Poder Público determinar sobre a aplicação de recursos.

Nesse diapasão, assevera o Ministro Relator da referida ação que:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, deste modo, que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁵⁰

É inquestionável que compete ao Poder Público a determinação de onde os recursos serão aplicados. Contudo, este não pode se olvidar que esta afetação orçamentária deve ser balizada pelo Texto Constitucional. Assim, sob este pretexto interrompe-se a escalada evolutiva constitucional, pois, se impede que os direitos pendentes de políticas para sua efetivação, diante da omissão do poder público tem-se ampliada a possibilidade de torná-los irrealizáveis.

Ora, as determinações afeitas ao orçamento pelo Poder Público não são livremente consignadas, além das Leis orçamentárias deverão subserviência irrestrita às prioridades constantes no Texto Constitucional que se consubstanciam no núcleo existencial mínimo, pois vinculam, indistintamente, o legislador, o administrador, e por via de consequência o julgador.

Outrossim, a negativa em realizar determinados direitos fundamentais, seria perfeitamente aceitável se deste descumprimento, alegando ainda a reserva do possível, tivesse embasamento no implemento de um outro direito, também fundamental.

Mas, certamente o empecilho criado pela cláusula da reserva do possível, é resultado do total *descomprometimento* do Poder Público com a sociedade. A *desculpa* de falta de recursos torna-se um clichê diante do conhecimento de que a destinação orçamentária com respaldo constitucional decorre da necessidade de

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29 abr. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 04 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 02 mai. 2009.

concretização desses mesmo direitos. Parece-nos algo contraditório, arrecada-se para cumpri-los, mas não os cumpre por que não se tem orçamento. Deparamo-nos em âmbito doutrinário com opulentos discursos sobre o tema, como se pode depreender do entendimento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

A dificuldade de implementação dos direitos sociais no país tem sido ainda o surrado discurso liberal de que os mesmos, como tem uma dimensão prestacional, seriam direitos que 'custariam dinheiro' e que, por conseguinte, não poderiam ser efetivados com a mesma facilidade dos direitos de primeira geração. Por detrás desse discurso presencia-se no país uma violenta exclusão de cidadania das pessoas mais desfavorecidas [...].⁵¹

O certo é que sob suas premissa negativas, pairam grandes injustiças e descaso do Poder Público com o social. Sendo assunto de constante debate tanto doutrinário como jurisprudencial, principalmente sobre quais os limites que comporta este princípio e, até que ponto ele poderá interferir na efetividade dos direitos fundamentais pelo Judiciário, quedando-se, ainda, em aberto.

Um outro ponto sensível a respeito do controle jurisdicional está diretamente associado à supracitada reserva do possível, compreendendo a responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Há constantes deblaterações que sustentam que a reserva do possível não poderá ser alegada sem qualquer critério, simplesmente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. Nesse diapasão, conforme afirmado em linhas acima, poderá ser inviabilizado certo direito diante da insurgente implementação de outra da mesma natureza.

Ora, compreende tal implementação modificação de destinação de recursos públicos, assim, caberá ao Judiciário investigar a razoabilidade da indisponibilidade ensejada. E em conjunto com o Ministério Público apurar possíveis desvios de verbas que conjecturariam ato de improbidade administrativa. Com efeito, a nova roupagem que assume o Ministério Público torna-o representante de uma "função de defensor do povo é a de defender os interesses da população perante a Administração Pública". Vez que, "é ela que presta os serviços de relevância pública e tem, primariamente, a obrigação de respeitar os direitos assegurados na

⁵¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica em debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 334-335.

Constituição, mesmo porque os direitos assegurados nada mais são do que limites à atuação do poder do Estado”.⁵²

Registre-se que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ainda na década de sessenta do século passado, já asseverava que a atuação dos Poderes Públicos deveria se pautar sob um viés teleológico de índole pública, assim, se aquela se *destacar* desse parâmetro, ensejando danos aos próprios direitos dos cidadãos, seria indispensável o controle jurisdicional desses atos oriundos da Administração Pública, conforme se colaciona da transcrição:

Se dizem respeito à manifestação individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos. Se violarem a lei e ofenderem direitos de terceiros ou lhe causarem danos, cumprem estar sujeitos à apreciação do Judiciário. No Estado de Direito, torna-se inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.⁵³

Vislumbra-se que todas as atuações estatais devem estar intrinsecamente vinculadas à Constituição. Implicando que compete ao Poder Judiciário garantir a realização dessas das ações estatais, vez que nenhuma questão pode ser abstraída de seu domínio,⁵⁴ principalmente aquelas que ensejam a efetivação dos fins e objetivos constitucionais a serem cumpridos pela própria administração pública, sob o reduto das políticas públicas na concretização de direitos fundamentais sociais.

Considerando que a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei nº 8.429/92, que foi idealizada com o intuito de regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal foi ausente quanto uma definição precisa do que comportaria os atos de improbidade objetos dessa lei. Assim, pode-se conjecturar que a referida lei nos trouxe uma cláusula aberta, para ser preenchida no interregno do caso posto em juízo.

Dessa forma, da interpretação desta Lei conformada constitucionalmente, depreende-se que, as sanções insurgidas pela ocorrência de ato da improbidade administrativa, consignando-se sua índole ontológica, que mantém íntima relação com a atividade administrativa. Ou seja, há que se considerar que o ato que será objeto de sanção, ou melhor, ímprobo, tem o condão de causar dois tipos de danos,

⁵² GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 635, set. 1988, p. 91.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 417/418.

⁵⁴ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo. *in* **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 8, 1994. p. 131.

pois poderá ensejar aqueles afeitos exclusivamente ao Estado, mais precisamente ao erário público, em que haveria ofensa direta aos princípios da administração pública.

Ademais, também poderia ser considerado ímprobo aquele ato que ferisse o patrimônio público (social!), elucubrando no interesse da sociedade como um todo, que suplanta o mero caráter econômico, vez que afeta a própria expectativa dos indivíduos daquela sociedade em verem seus direitos fundamentais concretizados. Nesse ponto se enquadraria a negativa do Poder Público em cumprir as políticas públicas.

Neste interstício desejou apenas elencar algumas possibilidades de que se possa ter uma atividade jurisdicional plenamente realizada, porém, tem-se em mente que o tema é questão bastante controverso, competindo-nos somente traçar balizas para que essa insurgente forma de controle possa ser visto como um divisor de águas na concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Vislumbra-se, dessa forma, que a jurisdição conjectura-se como a *morada acolhedora* tanto das necessidades da sociedade como dos fins do Estado Democrático de Direito determinados no bojo da Carta. Convindo, outrossim, como ferramenta para se chegar à Justiça social, haja vista que se imbricando como “co-responsável pelas políticas dos outros poderes estatais”,⁵⁵ possui o instrumental apto a viabilizá-las, ou seja, por meio da tutela jurisdicional coletiva o Judiciário poderá fomentar tais políticas públicas⁵⁶ visando a efetivação de direitos sob o amparo de uma singular instituição estatal, o Ministério Público.

⁵⁵ KRELL, Andréa Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**, 2002, p. 73.

⁵⁶ Tal afirmação pode ser verificada ante a o julgado do Superior Tribunal de Justiça, que com os necessários ajustes, conforma-se ao assunto tratado: “Administrativo e processo civil – *Ação civil pública – Ato administrativo discricionário: nova visão*. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 493.811/SP, 2ª. Turma, Relator: Min. Eliana Calmon. Julgado em 11 nov. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200201696195&pv=000000000000>>. Acesso em: 10 abr. 2010.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Constitucional desvelado a partir com a Constituição Federal de 1988, provedor de uma serie de direitos fundamentais, bem como objetivos e diretrizes, espraia suas águas sob todos os Poderes de Estado, no intuito de que o consignando e seu bojo não sejam meras elucubrações sem viabilidade pragmática.

Assim, com o fito de realizar os direitos fundamentais sociais dever-se-ão os Poderes Públicos de municiar de políticas públicas que os implemente. Entretanto, como nem sempre tais Poderes estão comprometidos com a dessimbolização da Constituição, ou seja, não desejam realizar o escudado constitucionalmente.

No Estado Constitucional, com uma atividade jurisdicional voltada para consecução de seus fins, a jurisdição passa a ser mais que um meio para a realização dos direitos fundamentais podendo chamá-la como o elemento que proporciona justa e efetiva realização da justiça social.

Veze que, ante a característica afeita a esse direito, a justiciabilidade, depreende-se que compete, dessa forma, ao Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional de políticas públicas. Assim, o novo momento deste Poder propõe aos aplicadores do direito uma renovada atitude, o de aperfeiçoar o Texto Constitucional como instância que precede toda interpretação da estrutura legislativa, não se restringindo, simplesmente, à aplicação inadvertidamente, mas diante ao caso concreto afiança-se a concretização efetiva dos direitos fundamentais sociais, para que o Texto Constitucional não se transforme em mero simulacro a serviço do *deletantismo leviano* dos Poderes Públicos.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 493.811/SP, 2ª. Turma, Relator: Min. Eliana Calmon. Julgado em 11 nov. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200201696195&pv=000000000000>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRRE nº 410.715-5. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29 abr. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 04 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC.SCLA.%20E%2045.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 02 mai. 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CLÈVE, Clèmenson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo v. 14, n. 54, p. 28-39, jan/mar. 2006.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica em debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Rumo ao direito administrativo da cidadania e da inclusão social. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Cidadania e inclusão social: Estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Souza Agustín**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social**. Uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

*CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO JUDICIÁRIO*

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 635, p. 89-112. set. 1988, p. 91.

HABERMAS, Jünger. **A inclusão do outro**: Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito Constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

QUEIROZ, Cristina Maria Machado. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. A reforma do Poder Judiciário. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar.1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição. In: SAMPAIO. José Adércio Leite (org.). **Crise e desafios à Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 8, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão**. Para uma construção do imaginário do desvio. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón, 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.