
EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Lígia Maria Veloso Fernandes de Oliveira
Advogada da União, Mestra em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais; Professora de Direito Administrativo

SUMÁRIO: Introdução; 1 Função Política e Função Administrativa: Ato político e Ato Administrativo; 2 Controle Judiciário dos Atos Administrativos; 3 Direitos Sociais na Constituição; 4 Eficácia dos direitos sociais – o mínimo existencial e a reserva do possível; 5 O controle judicial de políticas públicas; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: questão referente ao controle de políticas públicas que visam a garantir a efetivação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário constitui tema de grande importância nos dias de hoje, sendo objeto de análise e discussão entre os estudiosos do direito.

Reconhecer ao pelo Poder Judiciário competência para controlar os atos de governo, nesse particular, implica determinar os fundamentos jurídicos que justificam esse controle, traçando-se também os seus limites.

Com efeito, se é certo que a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário abrange também as políticas públicas referentes à efetividade dos direitos sociais, não é menos certo que esse controle não pode ser compreendido de forma absoluta, sob pena de se subverter toda a ordem democrática.

A questão envolve a análise do aparente conflito entre dois princípios de fundamental importância: dignidade da pessoa humana e reserva do possível.

Discussões acerca dos limites materiais do Estado, que se consubstanciam na chamada cláusula da reserva do possível, não excluem o dever do Estado no tocante à efetivação dos direitos sociais, nem afasta o controle jurisdicional a respeito da implantação desses direitos. Mas, constituem fator importante que não pode passar despercebido pelo Judiciário. Com efeito, as decisões judiciais não podem se afastar do que é razoável, necessário, suficiente e adequado à situação concreta imposta no caso real, sob pena de se tornar impossível o seu cumprimento, com prejuízo para ambas as partes.

PALAVRAS-CHAVES: Políticas Públicas. Controle. Poder Judiciário. Direitos Sociais. Reserva do Possível.

ABSTRACT: The question related to the control of the public policies that aim to guarantee the effectivation of fundamental rights by the Judicial Power constitutes theme of enormous importance nowadays, and it is object of analysis and debates among Law scholars.

To attribute to the Judicial Power competence to control the acts of the Government, in this sense, implies to determine the juridical basis that justify such a control and also to define its limits.

In fact, if it is a fact that the jurisdictional function exercised by the Judicial Power includes the public policies related to the effectivity of the social rights, it is not less fact that this control cannot be taken by unconditional form, on penalty of overthrowing the whole democratic order.

This question involves the analysis of the apparent conflict between two principles of fundamental importance: dignity of the human being and reserve of the possibilities clause.

Debates concerning the material limits of the State, which consubstantiate themselves in the so-called reserve of the possibilities clause, do not exclude the duty of the State as to the effectivation of the social rights, nor remove the jurisdictional control related to the effectiveness of such rights. But they are important factor that cannot be neglected by the Judicial Power. In fact, judicial verdicts cannot run away from what is reasonable, necessary, sufficient and suitable to the concrete situation imposed by the real case in court, on penalty of making it impossible them impossible to be observed, with losses for both parts.

KEYWORDS: Public policies. Control. Judicial Power. Social Rights. Reserve of the possibilities clause.

INTRODUÇÃO

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário tem chamado a atenção dos estudiosos do direito. De fato, a Constituição Federal de 1988, ao elevar a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, arrolando, ainda, como fundamentais uma série de direitos sociais, que impõem uma atuação positiva do Estado, trouxe a lume a discussão quanto aos limites da discricionariedade política e a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Judiciário visando à efetivação dos direitos sociais.

O objetivo aqui proposto é proceder a uma análise quanto aos aspectos jurídicos que fundamentam esse controle e os seus limites, não se pretendendo, no entanto, exaurir a discussão sobre o tema que, de certa forma, é ainda emergente no cenário jurídico. A própria formatação deste trabalho impõe limitações a uma análise exaustiva sobre a questão.

A partir da distinção entre a função administrativa e a função política, passando pelo estudo do regime jurídico aplicável ao

controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, verifica-se a impossibilidade de se submeter os atos políticos ao mesmo modelo de controle jurisdicional aplicável aos atos administrativos.

Em um segundo momento, pretende-se traçar, em rápidas linhas, a evolução constitucional a respeito da normatização dos direitos fundamentais. Ressalte-se, ainda, em face do tema aqui abraçado, a necessidade de se abordar alguns aspectos referentes à dignidade da pessoa humana, especialmente no que diz respeito às condições mínimas necessárias que preservem essa dignidade.

Importa observar ainda que falar de controle de políticas públicas não prescinde de um comentário sobre as limitações materiais do Estado, ou seja, o chamado princípio da reserva do possível. Como conciliar o mínimo existencial e a reserva do possível em se tratando de políticas públicas voltadas para a efetivação de direitos sociais?

A análise das questões acima elencadas constituem o pano de fundo indispensável à abordagem do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário visando à efetivação dos direitos sociais.

Ao se concluir que os atos de governo, especialmente nessa seara, não se furta ao controle judicial, torna-se necessário abordar os fundamentos jurídicos que justificam esse controle, traçando-se também os seus limites.

Com efeito, se é certo que a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário abrange também os atos de governo, não é menos certo que esse controle não pode ser compreendido de forma absoluta, sob pena de se subverter toda a ordem democrática, sendo essencial, portanto, discorrer sobre os limites desse controle.

1 FUNÇÃO POLÍTICA E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: ATO POLÍTICO E ATO ADMINISTRATIVO

Mello (2007), ao discorrer sobre as funções do Estado, define a função administrativa como sendo

a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada *mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*. (MELLO, 2007, p.36,)

De acordo com os ensinamentos do ilustre autor, a função administrativa volta-se para a gestão concreta, prática, direta, imediata e,

conseqüentemente, de certa forma, rotineira dos assuntos da Sociedade, conformando-se a um modelo legal pré-existente (MELLO, 2007).

Na função política ou de governo, por sua vez, diferentemente da função administrativa, não se têm em pauta comportamentos infralegais ou infraconstitucionais, expedidos dentro de uma relação hierárquica e submetidos à revisão quanto ao aspecto da legalidade, e sim, “*atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas.*” (MELLO, 2007, p.37).

Para Di Pietro, a função política abrange as atividades colegislativas e de direção, ficando a cargo da função administrativa o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia (2008a). Ressalta a autora a inexistência de uma separação precisa entre os dois tipos de função, afirmando que, sob o ponto de vista do conteúdo (aspecto material), não se pode distingui-los, uma vez que em ambas as hipóteses há aplicação concreta da lei. Alguns aspectos da função política, no entanto, são apontados pela ilustre administrativista: abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição, que, inclusive, exerce a função de regulá-las, referem-se mais à *polis*, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais (2008a).

Das lições de Carvalho (2008) tem-se que os autores, visando a distinguir a atividade de governo da atividade administrativa, definiram governar como sendo uma quarta função, exercida pelo alto escalão da gestão política, encarregado da direção dos interesses superiores do Estado, através da prática de atos internacionais, de elaboração de políticas públicas e de realização de atos fundados na soberania estatal, com limitações impostas pela Constituição.

Define-se governar, conforme Carvalho (2008), como sendo a

atividade específica e independente, de direção suprema e geral do Estado. Desde seu caráter pré-jurídico, ou seja, anterior à edição do direito positivo, como ocorre na elaboração de políticas econômicas, e até em posturas internacionais assumidas pelos Estados e atos constitucionais pertinentes às relações entre órgãos de cúpula, tem-se um amplo espaço para o alto escalão do Poder Público realizar a condução política da sociedade. (CARVALHO, 2008, p.592).

Constituem as políticas públicas instrumentos de ação dos governos, definindo-se como sendo as escolhas dos meios para a consecução dos objetivos públicos, por meio da participação do Estado e de particulares

(CARVALHO, 2008). Em Carvalho (2008) extrai-se, ainda, que as políticas públicas devem ser consideradas como processo ou conjunto de processos que termina na escolha racional e coletiva de prioridades, visando à definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.

Em interessante trabalho, observa Bucci (2006) que as políticas públicas têm distintos suportes legais, podendo ser expressas em disposições constitucionais ou em leis ou em normas infralegais, como decretos e portarias, e, ainda, em instrumentos jurídicos de outra natureza, citando como exemplo contratos de concessão de serviço público. Política pública é definida pela autora como sendo um programa ou quadro de ação governamental, uma vez que consiste num conjunto de medidas articuladas, coordenadas, tendo como objetivo dar impulso, ou seja, movimentar a máquina do governo, realizando algum objetivo de ordem pública ou, ainda, concretizar um direito.

Nas palavras da ilustre Professora, *“Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”* (BUCCI, 2006, p.38). Administrar, por sua vez, constitui a execução do direito, através da interpretação provisória das normas, objetivando proporcionar aos cidadãos a satisfação do bem comum (CARVALHO, 2008).

2 CONTROLE JUDICIÁRIO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Do magistério de Fagundes (2005), conclui-se que os Estados, nas relações com o indivíduo, têm direitos a determinadas prestações. Esse, por sua vez, também desfruta de direitos a prestações em relação ao Estado, denominados direitos subjetivos públicos do indivíduo. Entretanto, a falta de um ou outro aos seus deveres, seja por ação ou omissão, faz nascer situações contenciosas, com o Estado e o indivíduo ocupando posições opostas.

Conforme Fagundes (2005), através do exercício da função administrativa, tem-se a individualização da lei, determinando o Estado uma série de limitações à atividade individual, seja impondo prestações, contrariando interesses e negando direitos, gerando, conseqüentemente, os conflitos entre o Estado o indivíduo. Em face dessa situação, verifica-se, muitas vezes, o choque entre o conceito da Administração Pública a respeito das restrições fixadas pelo Direito positivo em relação às atividades particulares e a idéia que tem o indivíduo da amplitude dos seus direitos. Ainda nas hipóteses em que a Administração reconhece direitos a determinadas pessoas, pode-se

vislumbrar os referidos conflitos, uma vez que o reconhecimento de direito, em determinadas situações, pode implicar preterir direito de outrem. Fagundes (2005) visualiza a possibilidade de o direito ser atingido até mesmo quando a Administração se limita a definir uma situação em face da lei, como é o caso do lançamento, seja porque pode criar desigualdades em face dos textos legais, seja porque pode criar exigências não previstas em lei.

Ocorrendo esses conflitos, tendo-se como partes opostas a Administração Pública, órgão ativo do Estado e o indivíduo, duas questões devem ser observadas: a sujeição da Administração Pública à ordem jurídica e o controle político-jurídico dessa sujeição (FAGUNDES, 2005).

Lembra-nos Fagundes (2005) do princípio da legalidade, aceito universalmente, sendo consequência do sistema de legislação escrita e da natureza da função administrativa, que estabelece a sujeição das atividades da Administração Pública à ordem jurídica, ou seja, o procedimento administrativo não existe juridicamente se lhe falta o texto legal. Acrescente-se, ainda, a exigência de que a Administração atue segundo a orientação da lei e dentro dos limites traçados por ela. Assim, assinala o autor que a atuação administrativa em face de determinada situação individual, sem que haja preceito legal que a autorize, ou que exceda o âmbito de permissão da lei, será considerada antijurídica. Com efeito, a função administrativa, objeto das atividades da Administração Pública, é, em sua essência, realizadora do direito, não se podendo aceitar que seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites legais (FAGUNDES, 2005).

Contudo, em que pese à sujeição da atividade administrativa aos limites preestabelecidos na lei, há situações em que se reconhece à Administração Pública uma certa liberdade de atuação, em face da variedade e multiplicidade de situações que excluem, em muitos casos, disciplina uniforme e precisa (FAGUNDES, 2005). A ocorrência de um sem número de circunstâncias ocasionais impede e antes, desaconselha, a sua previsão minuciosa, sob pena de se dificultar e até mesmo impedir a execução das finalidades administrativas. Em face disso, reserva-se à Administração Pública um espaço de certa liberdade, de discricionariedade quanto à conveniência, oportunidade e modo de agir. Permite-se à Administração Pública uma atuação, desde que não contrarie “o regime de legalidade, sem ir positivamente de encontro a determinações legislativas, abster de executar a lei.” (FAGUNDES, 2005, p.122). Ressalte-se, no entanto, que não se está falando em quebra da submissão à ordem jurídica, sendo apenas uma *submissão adstrita a limites diversos dos comuns, mas regulada e admitida pelo próprio direito escrito.*

(FAGUNDES, 2005, p.123). Não há que se negar, portanto, mesmo em se tratando de competência discricionária, de limitações às atividades administrativas, vinculando-o à legalidade (FAGUNDES, 2005).

Conforme esclarece Fagundes (2005), visando à efetividade da submissão da Administração Pública à ordem jurídica, pode-se falar em um tríptico sistema de controle das suas atividades, quais sejam, o controle administrativo, legislativo e jurisdicional.

O controle administrativo é realizado internamente pela própria Administração visando à correção dos defeitos de funcionamento interno da estrutura administrativa em prol do interesse geral, reparando, ainda, eventuais erros ou omissões na aplicação da lei (FAGUNDES, 2005).

O controle legislativo compete ao Poder Legislativo, sendo essencialmente político e destina-se à fiscalização das atividades administrativas sob o aspecto geral da sua legalidade e conveniência ao interesse público. Lembra Fagundes (2005) que o controle legislativo, no nosso regime político, possui alcance muito restrito, citando como exemplo a elaboração orçamentária.

Por meio do controle efetuado pelo Poder Judiciário, conforma-se a Administração Pública à ordem jurídica, assegurando ao indivíduo o exercício pleno dos seus direitos. Com efeito, a finalidade essencial e característica do controle exercido pelo Poder Judiciário é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública que, como órgão ativo do Estado, encontra-se freqüentemente em contato com o indivíduo, podendo-lhe violar os direitos por abuso ou erro da aplicação da lei (FAGUNDES, 2005).

Afirma Carvalho Filho (2007) que a função jurisdicional, por enfrentar situação de dúvida ou conflito, mediante a aplicação da lei *in concreto*, é a adequada para dirimir eventual conflito entre o ato administrativo e a lei, constituindo-se como forma de garantia dos indivíduos.

Lembra o autor (CARVALHO FILHO, 2007) as hipóteses indicadas na Constituição que visam a garantir o exame, pelo Poder Judiciário, de questionamentos sobre atos administrativos ilegais, quais sejam, o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública e, especialmente, o princípio que assegura o recurso ao Judiciário em face de lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, consagrado no art.5º, XXXV. Acrescente-se, ainda, o art.103-A, da Carta Magna, que instituiu o regime das súmulas vinculantes, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006, que prevê a reclamação ao Supremo Tribunal Federal objetivando à anulação de atos administrativos contrários à enunciado de súmula vinculante, ou que lhe neguem vigência ou que o

apliquem indevidamente, sem prejuízo do emprego de outros meios de impugnação.

Ao discorrer sobre o controle jurisdicional da Administração Pública, afirma Moraes (2004), com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos exercidos em função da atividade administrativa não vinculada. Ressalta a autora (2004), no entanto, a presença de posicionamento doutrinário que considera a existência de uma reserva da Administração perante os Tribunais, limitando o controle jurisdicional da Administração Pública, com fundamento no princípio constitucional da separação dos poderes.

Há que se esclarecer que a discussão sobre os limites do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, embora envolvente, não constitui o objeto deste trabalho. Sendo assim, não vamos estendê-la para além do necessário, tendo em vista a nossa proposta de argumentação sobre o controle das políticas públicas visando à efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário; tema que nos propusemos, em breve vôn panorâmico, a esboçar.

O que se pode afirmar, no entanto, sem embargo de opinião contrária, é que a função administrativa, por ser subjacente à lei, subordina-se ao controle efetuado pelo Poder Judiciário, sob o aspecto da legalidade. Ressalte-se, ainda, que, mesmo nos atos discricionários, em que se reconhece à Administração Pública certa parcela de liberdade, subsiste esse controle de legalidade uma vez que a liberdade nunca é absoluta, e sempre ocorre nos limites traçados pela própria lei.

3 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO

Conforme Quadros (2000), o processo de materialização dos Direitos Fundamentais tem início na Inglaterra, marcando o começo da derrocada da monarquia, que irá ceder lugar a um novo tipo de Estado: o Estado Liberal.

A ideologia liberal apresenta-se individualista, fundamentada na busca dos interesses individuais, sendo o conteúdo dos Direitos Fundamentais no Estado Liberal os Direitos Individuais relativos à liberdade e à igualdade (MAGALHÃES, 2000).

Fala-se em liberdade de locomoção, liberdade de empresa como a liberdade de comércio e de indústria, liberdade de consciência, liberdade de expressão, de reunião, de associação, o direito à propriedade privada, a inviolabilidade de domicílio e, entre outros direitos voltados para o indivíduo isolado, a igualdade perante a lei (MAGALHÃES, 2000). Ressalta, no entanto, Magalhães (2005), que a base fundamental do

modelo de Estado Liberal é o direito à propriedade privada, considerado absoluto e intocável.

O individualismo dos séculos XVII e XVIII, corporificado no Estado Liberal, e a omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos trouxeram como consequência um capitalismo desumano e escravizador, sendo o século XIX palco de desajustamentos e misérias sociais, agravados pela Revolução Industrial (MAGALHÃES, 2000).

Di Pietro (2008b) assinala a transformação das grandes empresas em grandes monopólios, esmagando as de pequeno porte, e o surgimento de uma nova classe social, o proletariado, vivendo em condições de miséria, doença, ignorância. Essa situação tendia a se agravar caso se mantivesse o não-intervencionismo do Estado propagado pelo liberalismo. Com efeito, os princípios da proteção da liberdade e da igualdade, defendidos pelo liberalismo, foram insuficientes para conter a profunda desigualdade gerada por eles. Em face dessas consequências funestas na economia e no cenário social, iniciam-se, em meados do século XIX, as reações contra o Estado Liberal (DI PIETRO, 2008b).

Verifica-se, portanto, que as Constituições que surgem após a Primeira Guerra Mundial não se preocupavam apenas com a estrutura política do Estado, mas ressaltavam que o Estado tem o direito e o dever de reconhecer e garantir a nova estrutura exigida pela sociedade. O conteúdo dos Direitos Fundamentais se amplia, consagrando nas novas Constituições os direitos sociais e econômicos (MAGALHÃES, 2000).

Conforme se extrai das lições de Magalhães (2000), o Estado deveria deixar sua conduta abstencionista e garantir os direitos sociais mínimos da sociedade, assinalando o autor:

Para que realmente os direitos individuais pudessem ser usufruídos, deveriam ser garantidos os meios para que isso fosse possível. Dessa forma, se o liberalismo proclama a liberdade de expressão e de consciência, deve toda população ter acesso ao direito social à educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa, e ter meios ou capacidade de expressar essa consciência, superando este novo pensamento da indivisibilidade dos direitos fundamentais o pensamento liberal clássico. Portanto, os direitos sociais aparecem como mecanismo de realização dos direitos individuais de toda a população. Percebe-se desde o início que, embora os direitos individuais e sociais sejam grupos de direitos com características próprias, não estanques. (MAGALHÃES, 2000, p.46).

Nesse sentido, afirma Bucci (2006), que os direitos sociais típicos do século XX, que surgem nas Constituições mexicana, de 1917, de

Weimar, de 1919, e do Brasil, de 1934, são direitos-meios, ou seja, “direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração.” (2006, p.3). Com efeito, explica a autora, um analfabeto só pode realmente exercer de forma plena o direito à livre manifestação do pensamento se lhe for garantido o direito à educação. Da mesma forma, um sem-teto só pode usufruir do direito à intimidade, previsto na Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, X, caso lhe seja assegurado o direito à moradia, constante do rol de direitos sociais estabelecidos no artigo 6º da Carta de 1988.

Verifica-se, portanto, conforme expõe Bucci (2006), que os direitos sociais, que abrangem os direitos econômicos, sociais e culturais, foram elaborados para garantir que se desfrutem plenamente os chamados direitos de primeira geração. De igual forma, os direitos ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade e o direito ao desenvolvimento

foram concebidos no curso de um processo indefinido de extensão e ampliação dos direitos originalmente postulados como individuais, também em relação aos cidadãos ainda não nascidos, envolvendo cada indivíduo na perspectiva temporal da humanidade, por isso intitulados *direitos transgeracionais*. (BUCCI, 2006, p.3, grifo nosso).

4 EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS – O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição brasileira de 1998, observa Barcellos (2008), cuidou das condições materiais de existência dos indivíduos, que constitui pressuposto da sua dignidade humana, que constitui o princípio fundante da ordem jurídica, reservando-lhe espaço considerável em seu texto, além de impor a todos os entes federativos a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados à questão em tela.

Conforme Barcellos,

a consagração da dignidade, e da mesma forma das condições materiais que compõem o seu conteúdo, teve e tem, sobretudo, o propósito de formar um limite à atuação, ou à omissão, dos poderes constituídos, em garantia das minorias e de todo e qualquer indivíduo. Se tudo passa a depender da própria iniciativa desses poderes, perde-se o sentido e a proteção. (BARCELLOS, 2008, p. 224)

Entretanto, conforme afirma Barcellos, um grande número dos enunciados normativos constitucionais apresentados assume a

forma de princípios ou subprincípios, que ostentam a característica da indeterminação, *“maior ou menor, dos efeitos ou fins que pretendem atingir e /ou a multiplicidade dos meios e condutas capazes de realizá-los.”* (2008, p.223). Ainda, para Barcellos (2008), no entanto, a noção de dignidade humana é composta de um núcleo de condições materiais tão fundamental *“que sua existência impõe-se como regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja, se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são.”* (2008, p.226). Lembra Barcellos (2008) que fora desse núcleo, mantém-se a natureza de princípio do enunciado, estabelecendo fins relativamente indeterminados, passíveis de serem atingidos por diversos meios, segundo as escolhas constitucionalmente legítimas do Poder Legislativo e Executivo.

Identifica Barcellos (2008), portanto, a existência de um núcleo mínimo de condições elementares necessárias à existência humana, ou seja, um mínimo existencial, que, se inexistente, restaria violada a dignidade humana, que constitui o fundamento e fim da ordem jurídica, e, ainda, o pressuposto da igualdade real de todas as pessoas da própria democracia.

Ao discorrer sobre a possibilidade de se obter o equilíbrio entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível, ressalta Barcellos (2008) que a meta central da Constituição Federal de 1988 pode ser resumida na promoção do bem estar do homem, tendo como ponto de partida garantir as condições de sua própria dignidade, incluindo a proteção dos direitos individuais e condições materiais mínimas de existência. Definir quais são esses elementos fundamentais da dignidade, ou seja, definir o mínimo existencial, significa estabelecer as prioridades com os gastos públicos. Sendo assim, somente após se atingir esse mínimo existencial é que se poderá discutir, em face dos recursos remanescentes, em que projetos outros se deverá investir.

Conforme Barcellos (2008), uma vez que a Constituição impõe como prioridade do Estado a garantia das condições materiais essenciais à dignidade da pessoa humana, há que se estender essa prioridade para os gastos públicos, *“que deverão ser canalizados prioritariamente para a prestação dos serviços e/ou a entrega de bens necessários a produzir, no mundo dos fatos, a assertiva referida: garantir condições materiais essenciais à dignidade humana”* (2008, p.272), sendo irrelevante, nessa seara, a discussão sobre a reserva do possível.

Por fim, Barcellos, a partir de um exame sistemático da Constituição Federal, identifica quatro elementos que compõem o mínimo existencial, quais sejam: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.

5 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle das políticas públicas pelo Judiciário tem sido o alvo das atenções dos juristas, voltados para o estudo do direito. Ao diferenciarmos, linhas atrás, os atos políticos dos atos administrativos, ficou claro que o modelo jurídico de controle desses últimos pelo Judiciário não se aplica aos primeiros.

Com efeito, considerando que a política pública, conforme Bucci (2006), constitui a expressão de um programa de ação governamental, dispondo sobre os meios de atuação do Poder Público, com acentuada discricionariedade administrativa, em face da legitimidade da investidura do governante no poder, é possível falar em controle pelo Poder Judiciário de políticas públicas sem o risco de se ver comprometida toda a estrutura do Estado de Direito, em face da separação dos poderes?

Afirma Carvalho (2008) que classicamente se entendia que os atos políticos estariam fora dos limites do controle judicial, tendo em vista a maior discricionariedade reconhecida aos agentes responsáveis pela sua prática. Assinala a autora que

o fato de o seu fundamento encontrar-se na Constituição, reconhecendo às autoridades o exame político das conveniências públicas, terminava excluindo os atos de governo da apreciação do Judiciário, quer na hipótese em que eram praticados, quer na hipótese em que o Poder Público se omite no tocante à sua realização (CARVALHO, 2008, p. 591).

De acordo com Di Pietro (2008a), costuma-se dizer que os atos provenientes do exercício da função política não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário. Observa a autora que o artigo 68, da Constituição de 1934 e o artigo 94, da Constituição de 1937, estabeleciam que as questões exclusivamente políticas não se submetiam à apreciação do Poder Judiciário, silenciando-se a esse respeito as Constituições posteriores. Considera, no entanto, a ilustre autora que a vedação persiste, *“desde que se consideram como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito à polis, não afetam direitos subjetivos.”* (DI PIETRO, 2008a, p.51). Ressalta, entretanto, que se houver lesão a direitos individuais, e aos chamados interesses difusos, protegidos pela via da ação popular e da ação civil pública, ao Poder Judiciário competirá apreciar o ato governamental (DI PIETRO, 2008a, p.51).

Contudo, para Carvalho (2008), não apenas as políticas públicas, mas também todas as decisões de governo submetem-se à exigência de juridicidade, impondo-lhes o conjunto das normas dispostas na

Constituição e que incidem sobre o ato político em tese. Observa, no entanto, em que pese aos atos de governo encontrar limitações na Constituição e terem como objetivo executar diretamente a Constituição, tal fato não impede o reconhecimento de ampla margem de discricionariedade política outorgada ao governo quando da sua prática, ressaltando, porém, que referida discricionariedade ostenta contornos fixados diretamente na Constituição.

Todavia, esclarece Carvalho (2008), admitir essa plasticidade política aos atos de governo, reconhecendo-os como uma categoria autônoma, não os torna imunes ao controle efetivo de juridicidade, constituindo direito subjetivo público de todo cidadão a juridicidade desses atos. Com efeito, ao ato político destoante com a Constituição impõe-se o controle jurisdicional cabível (CARVALHO, 2008).

Para Carvalho (2008), a consagração constitucional da independência dos poderes não impede o cumprimento da função primordial do Judiciário, *“nem exclui o dever dos órgãos dos demais Poderes cumprirem as normas constitucionais, quando do exercício de qualquer das funções do Estado.”* (CARVALHO, 2008, p. 596).

Observa Carvalho, com muita propriedade, que há que se ter cuidado ao se afirmar a possibilidade de se controlar os atos políticos em face dos limites impostos pela Constituição e, ao mesmo tempo, respeitar os limites da discricionariedade política, concedida aos responsáveis pela função de governo. Nas palavras de Carvalho (2008, p.596),

o Judiciário não pode tomar para si toda a atividade governamental, desde a formação de uma política pública até a sua implementação, incluindo-se atos de natureza internacional e até mesmo relação entre órgãos de diversos Poderes. Fazer cair a regra da imunidade de controle dos atos políticos não é mesmo de transferir para o Judiciário a integralidade da competência para sua prática. Em outras palavras: reconhecer a legitimidade da tutela jurisdicional das normas da Constituição sobre um ato de governo é coisa diversa de extinguir a discricionariedade política reservada ao Governo e de recusar os próprios limites da competência constitucional.

Conforme Carvalho (2008), portanto, compete ao Judiciário verificar a subsunção dos atos políticos à Constituição, com fundamento, inclusive, no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. O que não significa reconhecer ao Judiciário competência para invadir o âmago da discricionariedade política própria do ato de governo. O controle do ato político reconhecido ao Judiciário diz respeito à proporcionalidade, à eficiência e à boa-fé objetiva desse ato, uma vez que

se trata de princípios constitucionais integrantes do sistema jurídico, que não podem ser desconsiderados pelo Governo. Entretanto, não se insere entre as competências do Judiciário o remanejamento do mérito político, que constitui o núcleo de liberdade governamental, sob pena de se abalar o equilíbrio dos poderes. (CARVALHO, 2008).

Sob o olhar de Bucci (2006), é inquestionável o controle jurisdicional das políticas públicas tendo em vista o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consigna, expressamente, *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Esse dispositivo constitucional tem como foco a proteção ao Sendo assim, afirma Bucci (2006), compete ao Poder Judiciário tutelar as políticas públicas por expressarem direitos, excluindo-se do campo desse controle *“os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.”* (2006, p.31).

Jorge Netto defende o controle das políticas públicas pelo Judiciário, em face das novas funções assumidas por esse Poder, chamado a potencializar a representatividade democrática através do debate, da constante prestação de contas, constituindo o canal que permite a aproximação do povo dos poderes que o representam. Salienta o autor que não compete ao Judiciário dar soluções prontas, devendo sim promover e construir as soluções em conjunto com as partes, poderes públicos e representantes da sociedade, tornando obrigatória que a solução seja efetivamente construída. Dessa forma, o processo judicial funcionará, então, como a arena onde se desenvolverá o discurso racional democrático e, esse espaço, estará inserido e não poderá desconsiderar uma esfera mais ampla, a esfera onde se desenrolam os discursos racionais de todas as demais decisões judiciais em todos os graus de jurisdição. (JORGE NETO, 2008, p.167)

Jorge Neto (2008) ressalta, no entanto, que a compreensão da decisão judicial como resultado de um discurso racional democrático não lhe confere poder absoluto, encontrando limitações em face das possibilidades materiais do poder público e decorrentes dos instrumentos processuais disponíveis. Esses limites, sintetizados pelo autor, são a reserva de consistência, reserva do possível e discricionariedade de meios. Pela reserva de consistência, que constitui o primeiro momento do controle, as políticas públicas somente se submeterão ao controle jurisdicional quando o Judiciário puder afirmar, de forma consistente, a ocorrência de violação aos direitos fundamentais (JORGE NETO, 2008). No segundo momento do controle judicial das políticas públicas deve o julgador observar os aspectos atinentes à reserva do possível,

que dizem respeito às possibilidades materiais do órgão público, respeitando a discricionariedade de meios, que significa dizer que *“muito embora possa determinar o que é racionalmente exigível do poder público para a cessação da ofensa aos direitos fundamentais, não poderá determinar como o poder público se desincumbirá da tarefa.”* (JORGE NETO, 2008, 166).

No que diz respeito às limitações referentes aos instrumentos processuais disponíveis, Jorge Neto ressalta que elas devem ser afastadas pelo Poder Judiciário visando à concretização do amplo acesso à jurisdição e o princípio democrático. Com efeito, a possibilidade de proteção dos direitos, em face do amplo acesso à jurisdição, não depende da existência de instrumentos processuais específicos ou de uma legislação infraconstitucional, mas sim da própria existência desses direitos. (JORGE NETTO, 2008).

Por outro lado, tratando-se do princípio democrático, deve-se reconhecer ampla participação popular na condução dos negócios do Estado, não se podendo limitar através de normas infraconstitucionais, a legitimação para a defesa dos direitos difusos e coletivos (JORGE NETO, 2008).

7 CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto acima podemos concluir que a função política, que constitui um processo visando à escolha de prioridades, definindo os interesses públicos e submetida aos limites impostos pela Constituição, não pode ser excluída do controle judicial, essencialmente no tocante à efetivação dos direitos sociais.

Esse controle encontra-se fundamentado nos seguintes aspectos:

- O princípio da separação dos poderes não é absoluto, uma vez que é a própria Constituição Federal que prevê os mecanismos de controle de um poder pelo outro como importante instrumento de equilíbrio entre os poderes;
- O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, prevê o amplo acesso ao Judiciário na defesa dos direitos. Os direitos fundamentais encontram-se normatizados pela Constituição, sendo que os direitos sociais, nos termos da Constituição Federal, constituem dever do Estado, e visam à efetivação dos direitos individuais arrolados no artigo 5º, como restou demonstrado linhas atrás. Sendo assim, em se tratando de políticas públicas que afetem direitos fundamentais, em face do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, submetem-se ao controle do Poder Judiciário;

- Trilhando o raciocínio de Jorge Netto, tem-se que a decisão judicial representa uma construção dialética entre as partes conflitantes. Tal entendimento afasta o discurso referente à ilegitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle das políticas públicas, em um regime democrático de direito, sob o argumento de que seus membros não são eleitos pela vontade popular.

Com efeito, se é verdade que a função política se submete ao regramento constitucional, se os direitos sociais encontram-se normatizados pela Constituição Federal, que os arrola entre as competências do Estado, a omissão desse Estado no tocante à efetivação desses direitos representa uma verdadeira ameaça ou lesão a direito, submetida, por conseguinte, na forma prevista constitucionalmente, ao controle jurisdicional.

É preciso, no entanto, definir os limites desse controle, visando ao equilíbrio dos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da separação dos poderes, respeitando-se a discricionariedade política, sob pena de deixar ir por terra toda a estrutura do Estado Democrático.

Não se pode conceber que o Judiciário assumira toda a atividade governamental, desde a formação das políticas públicas até a sua implantação, como observado por Carvalho. Ao Judiciário, que detém a competência constitucional para reprimir ameaça ou lesão a direito, incumbe controlar os atos políticos no que diz respeito ao cumprimento dos comandos constitucionais impostos ao governo, não lhe cabendo discutir as soluções políticas adotadas através dos atos políticos.

No entanto, se essas opções políticas não asseguram a efetivação dos direitos sociais ou, se o Estado se omite em relação as suas competências nessa seara, não há que se argumentar que se trata de espaço reservado à discricionariedade política, imune a qualquer tipo de controle, uma vez que se trata de ofensa a um direito constitucional, não podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, deixar de exercer a função que lhe é reconhecida pela Constituição Federal.

Discussões acerca dos limites materiais do Estado, que se consubstanciam na chamada cláusula da reserva do possível, não excluem o dever do Estado no tocante à efetivação dos direitos sociais, nem afasta o controle jurisdicional a respeito da implantação desses direitos. Mas constituem fator importante que deve ser analisada pelo Judiciário. Com efeito, as decisões judiciais não podem se afastar do que é razoável, necessário, suficiente e adequado à situação concreta imposta no caso real, sob pena de se tornar impossível o seu cumprimento, com prejuízo para ambas as partes.

Se o ideal não é possível no momento, há que construir uma decisão que atenda às necessidades da sociedade e aos limites do

Estado, acatando-se, assim, os princípios de um Estado que pretenda ser democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Maria Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: Jus PODIVM, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A., 2008a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2008b.

FAGUNDES, M. Seabra; BENENBOJM, Gustavo (atualizador). *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Bahia: JusPODIVM, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional – Tomo I*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.