

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

MICHEL EDUARDO TEIXEIRA CRISTO

SÃO MATEUS – ES

2015

MICHEL EDUARDO TEIXEIRA CRISTO

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof^a. Jakeline Martins Silva Rocha.

SÃO MATEUS – ES

FOLHA DE APROVAÇÃO

MICHEL EDUARDO TEIXEIRA CRISTO

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

**PROF^a. JAKELINE MARTINS SILVA
ROCHA**

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

ORIENTADORA

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

DEDICATÓRIA

Ao Senhor, meu Deus, a quem devo toda honra e glória em todos os dias da minha vida; a minha mãe, Scheila Teixeira Lopes, razão dos meus esforços e minha segurança cotidiana; e a meu pai, Pedro Silvino Cristo, *in memoriam*; às vítimas dos ataques de 15 de novembro em Paris e da ruptura da barragem de Fundão, em Mariana/MG.

AGRADECIMENTOS

À Professora Jakeline Martins Silva Rocha, orientadora desta monografia, pelo incentivo, paciência e conhecimento multiplicado;
Aos meus familiares, pelo apoio incondicional neste momento de tão intensa luta;
Aos meus amigos pela compreensão e paciência nesses dias de ausência;
Aos meus mestres, mais que educadores, verdadeiros construtores de consciência humanitária, liberdade e compaixão;
Aos meus colegas de curso, por fazer da graduação, em especial da escrita dessa monografia, uma imensa alegria;
À Senhora Patrícia Helmer Falcão por toda ajuda despendida na escrita dessa obra;

EPÍGRAFE

“Abre a tua boca a favor do mudo, a favor do direito de todos os desamparados. Abra tua boca; julga retamente, e faz justiça aos pobres e necessitados.”

Provérbios 31:8-9

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO	09
1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	11
1.1. O DIREITO DIVINO DO SOBERANO	11
1.2. O RENASCIMENTO DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA – O ESTADO DE DIREITO	12
1.3. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS	14
1.4. O ESTADO LIBERAL DE DIREITO – DIREITOS HUMANOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO	15
1.4. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO – DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO	17
1.4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	18
2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL	19
2.1. O PODER MODERADOR.....	19
2.2. A TEORIA TRIPARTE NA ATUALIDADE BRASILEIRA.....	20
2.2.1. O Poder Legislativo	21
2.2.2. O Poder Executivo	22
2.2.3. O Poder Judiciário	22
2.2.4. Harmonia e Independência – As funções atípicas e o sistema de Freios e Contrapesos	23
3. WELFARE STATE - DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DO BEM ESTAR	25
3.1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL	27
3.2. O DIREITO SOCIAL COMO FINALIDADE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	29
3.2.1. A execução das Políticas Públicas	31
4. O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	33
4.1. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	34

4.2. A OMISSÃO, A MOROSIDADE E A INEFICIÊNCIA ESTATAL	37
4.3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	39
4.4. A FASE DE EXECUÇÃO FORÇADA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	42
4.4.1. O Princípio da Reserva do Possível	43
4.4.2. A Problemática do Orçamento Público	44
4.4.3. Sanções pelo Descumprimento das Decisões	46
4.5. A VIA JUDICIAL ADEQUADA À IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	51
4.5.1. Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas	51
4.5.2. Ações Individuais	53
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

RESUMO

A implementação de Políticas Públicas, função precípua dos Poderes Executivo e Legislativo para obtenção do estado bem-estar e diminuição das desigualdades sociais, finalidades constitucionais da República Federativa do Brasil, nem sempre são efetivamente realizadas pelo Poder Público. Neste contexto, o Poder Judiciário se insere como responsável pelo controle constitucional dos atos administrativos e legislativos. Entretanto, o ativismo judicial crescente, após a promulgação da Constituição de 1988, é corretamente criticado, sob a justificativa de que sua interferência em funções essencialmente legislativas e administrativas estaria ferindo o princípio triparte. No entanto, defende-se na presente monografia a tese de que a atuação judicial é legítima e encontra fundamento constitucional na garantia de apreciação judicial de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito declarado. Por meio da análise doutrinária e legal, bem como da jurisprudência perpetrada pelos juizes e tribunais brasileiros, apresentamos os limites que restringem essa atuação judicial e, também, dos motivos que fomentam e justificam a participação do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.

Palavras-chave: Políticas; Social; Implementação; Judiciário.

INTRODUÇÃO

A ideia de um estado social, que prima pelo desenvolvimento de um bem-estar capaz alcançar a coletividade, compreendida em todas as classes sociais que compõem uma nação, remota das primeiras revoluções trabalhistas de 1848 e se desenvolve com mais intensidade nas revoluções sociais do início do século XX.

Também conhecido na expressão inglesa *welfare state*, o estado do bem estar social tem seu ápice consignado, na história Brasileira, com o advento da Constituição de 1988, conhecida como a mais democrática das Constituições ou como Constituição Cidadã. Desde antes dela e mais intensamente após promulgação vemos no Brasil, um Estado que busca construir a justiça social e a redução de suas desigualdades por meio de políticas públicas sociais. Na prática, por motivos que não almejamos considerar, o Estado não consegue efetivamente implementar tais políticas públicas, seja pela completa omissão da atuação estatal ou pela ineficiência de suas políticas.

Decorre da evolução da Teoria da Separação dos Poderes, princípio basilar das democracias modernas, que a realização das políticas públicas é função típica do Poder Executivo, enquanto administrador da máquina pública. Reconhecidamente, a função legislativa tem grande influência na determinação da vontade estatal e, por conseguinte, na consecução do desenvolvimento das políticas públicas sociais.

A atuação executiva e legislativa é muitas vezes influenciada pela conjectura política do país e leva o administrador e o legislador a olvidar a necessidade de eficiência na prestação de serviços sociais mínimos pelo estado. Neste caberá ao judiciário determinar em sede concreta e, excepcionalmente, em sede abstrata a realização de determinada necessidade social mínima por meio de decisões perpetradas em ações específicas ou ordinárias.

Como já demonstrado, apesar da clássica tripartição das funções estatais, esboçada acima, não é possível desmembrar o poder-dever do estado social de direito, consistente em sua finalidade precípua de construção do bem estar social, entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, se questiona: como poderia o judiciário atuar na implementação de políticas públicas sem cometer ingerência nas funções típicas dos outros dois Poderes? A que limites

pode ser subjugado o Poder Judiciário em sua atuação como guardião das finalidades estatais consignadas na Constituição de 1988 para preservação do princípio triparte? E que institutos justificam a atuação judiciária na busca pela Justiça Social?

Presta-se nesta monografia a defender a atuação judiciária na manutenção do mínimo existencial das políticas públicas sociais, consistente na bagagem de direitos fundamentais primários inerentes à condição humana, tais como alimentação, educação, moradia, saúde, cultura etc. Sobretudo, quando a má atuação ou omissão do Estado seja o responsável pela frustração das aspirações sociais dos hipossuficientes.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Para levar o leitor à melhor compreensão dos temas envolvidos na presente monografia faz-se necessário apresentar uma contextualização histórica e material dos institutos a serem abordados em todo o seu desenvolvimento, sobretudo quanto à evolução do Estado e de sua bases fundamentais, que passa-se a expor:

1.1. O DIREITO DIVINO DO SOBERANO

As primeiras sociedades surgiram no período histórico denominado *Antiguidade*, foram elas as civilizações egípcia, hebraica, romana, dentre outras. A religião era a base da organização social das civilizações antigas e justificava, à exceção das civilizações grega e romana, a existência de um soberano detentor de poderes ilimitados, não havia questionamento quanto as ações do soberano, uma vez que ele se confundia com a própria divindade. DALLARI (2012, p. 70) leciona que:

Quanto à presença do fator religioso, é tão marcante que muitos autores entendem que o Estado desse período pode ser qualificado como *Estado Teocrático*. A influência predominante foi religiosa, afirmando-se a autoridade dos governantes e as normas de comportamento individual e coletivo como expressões da vontade do poder divino.

Na civilização egípcia, a exemplo, a importância do faraó (soberano) era tanta que todo o território era de sua propriedade e as camadas sociais decorriam de sua soberania: os títulos de nobreza eram reservados aos parentes do faraó e davam direito ao uso da terra; os sacerdotes eram difusores de sua divindade; os escribas, artesãos e comerciantes eram seus funcionários.

Apesar de inúmeras transformações sociais desenvolvidas ao longo das Idades Antiga e Média, nenhuma foi plenamente capaz de desvencilhar, de forma permanente, religião e política. Esse poder inquestionável do rei encontrava justificativa no que hoje chamamos de *direito divino* do soberano, uma espécie de herança recebida por ele de suas divindades. Esse Estado do direito divino compelia cada classe social a compreender o seu papel dentro da sociedade autárquica e a trabalhar para que o governo divinal dos faraós, imperadores e reis, fosse mantido.

Sobre o tema, anota TAVARES (2011, p.26-27)

Durante vários séculos na Idade Média os homens viveram sob a tutela de regimes absolutistas, no seio dos quais ficava vedada qualquer forma participativa, e nenhum limite poderia ser imposto aos governantes. Estes eram compreendidos com verdadeiras reencarnações do soberano ou entidades divinas, enviados de Deus para cumprir a função de comandar o povo e, portanto, todo o aparelho estatal, o que poderiam fazer de acordo com sua vontade, livres de qualquer limitações. Suas decisões eram consideradas acima das leis, ou seja, seus atos não se submetiam ao controle jurídico.

Esse Estado do Poder Divino perpetuou até o surgimento do pensamento renascentista da Antiguidade Clássica.

1.2. O RENASCIMENTO DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA – O ESTADO DE DIREITO

No fim da idade média uma nova forma de governo predominava em toda Europa Ocidental, eram as monarquias independentes. O sistema feudal de propriedade foi característica marcante nos reinos europeus da baixa idade média, predominantemente rural. O feudalismo era caracterizado pela concentração da propriedade da terra nas mãos dos reis, que concediam o uso delas aos nobres, chamados de vassalos, em troca de recolhimento de impostos dos servos, trabalhadores das terras. As tecnologias de produção agrícola foram tão bem sucedidas nesta época que a produção de alimentos era maior que o consumo, fato determinante para criação das primeiras feiras de comércio e, ao redor delas, para o ressurgimento de cidades, os burgos.

Simultaneamente, ocorria na Europa Oriental a queda do Império Bizantino com a conquista da cidade de Constantinopla. A antiga cidade era responsável pelo fluxo de comércio entre as duas Europas e a sua queda fez com que muitos de seus intelectuais e comerciantes buscassem refúgio na Itália, berço do movimento renascentista.

O crescimento constante do comércio exigiu profundas transformações na forma de negociação, o escambo foi substituído pela compra e venda com moedas e surgiram os primeiros banqueiros, mas a liberdade econômica ainda estava limitada ao congelamento dos preços pelo monarca. Como já evidenciado, o papel da

religião foi, dentre outros, justificar a soberania das decisões do monarca. Nas monarquias, a igreja católica era uma das principais apoiadoras das decisões do rei, não apenas impedindo a prática da usura e da liberdade comercial, mas também refutando as pesquisas científicas dos que buscavam desenvolver um pensamento racional, pautado no empirismo científico.

O encontro dos burgueses (comerciantes, artesãos e banqueiros) com os intelectuais vindos de Constantinopla formaram o cenário perfeito para o enfretamento da tradição monárquica, um adversário em comum. No campo econômico, os burgueses defendiam a implantação de um novo sistema, o capitalismo, pautado na liberdade de fixação de preços e na busca pelo lucro. Nos campos científico e social os intelectuais fizeram ressurgir premissas da antiguidade clássica, como o humanismo e a razão; bases do movimento renascentista recém-surgido na Itália. O pensamento humanista sugeria que o homem, não a tradição, deveria ser o centro das discussões, o que levou as camadas sociais a se questionar sobre o seu papel no Estado, não mais como submisso às decisões dele, mas, agora, como um de seus construtores.

Nesse contexto ocorreu o ressurgimento da política praticada nas cidades-estados gregas que eram, na Antiguidade, segundo Loewenstein (1970, p. 155 *apud* LENZA, 2014, p.67) “o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos”.

Essa época de transformações sociais ficou conhecida como *Renascimento* e exerceu influências na também esfera política. O filósofo John Locke, em estudos que fez do sistema monárquico inglês, sobretudo na obra *Two Treatises of Government (Dois tratados sobre o Governo, 1689)*, levantou questionamento às tradições que determinavam o direito divino do rei, afirmando que a vida política é uma invenção humana, sem qualquer intervenção divina, reprovando ao ascendência divina dos príncipes. (ARAGÃO, 2013, p.22)

Para Locke, o homem nasce livre por natureza e se associa aos outros homens por sua própria vontade a fim de construir uma vida confortável, segura e pacífica com seus iguais, por meio de um contrato social (ARAGÃO, 2013, p. 22-24) A soberania não poderia mais se pautar na tradição, mas no contrato firmado entre homens para constituição de uma sociedade civil, regida pelo direito. O *direito* é

definido como um conjunto de regras gerais formadas em um acordo de vontades em que cada cidadão abre mão de seu intento para se submeter a um todo, o Estado de Direito, antônimo de Estado do Poder Divino. As inovações produzidas por Locke sugeriam que o Soberano deve atuar em conformidade com a finalidade fixada nas leis (direito) e não mais com fulcros em seus próprios anseios.

1.3. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Os estudos de John Locke serviram de base para o desenvolvimento da teoria da Separação de Poderes pelo filósofo francês Montesquieu na obra *L'Esprit des lois*, publicado em 1748 (O espírito das Leis). Há que se registrar que ainda na antiguidade clássica grega o filósofo Aristóteles na obra *Política* já evidenciava no Soberano o exercício de três funções principais: uma reguladora (criação de normas), uma administrativa (aplicação da norma) e uma judicial (de julgamento de lides). Nota-se que apesar da identificação dessas funções, todas se concentravam na mão do soberano até o advento do movimento renascentista.

Para Montesquieu, a forma de impedir a concentração de poder nas mãos do soberano e a influência de seus interesses nas decisões do estado era lhe retirando a função normativa. A principal inovação deste autor foi a de idealizar órgãos diversos para concentrar cada função típica diversa, conforme preleciona Pedro Lenza (2014, p.543):

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo do pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais concentrando nas mãos únicas do soberano.

Na visão de Montesquieu a função do monarca seria basicamente administrativa, sendo responsável por administrar o território em conformidade com as deliberações das câmaras parlamentares, essas sim detentoras da função normativa. Para ele, a função legislativa é atributo primordial do Estado, já que é definidora das regras de submissão geral, inclusive do monarca.

Apesar de não ter dito que a função judiciária fosse um Poder o filósofo já esboçava que a mesma deveria ser independente das funções legislativa e executiva, a fim de que os julgamentos não fossem maculados pelos interesses do monarca ou dos parlamentares.

No desenvolvimento de sua obra, Montesquieu (2008, p. 145-147 apud ARAGÃO, 2013, p. 28) revela ainda uma preocupação quanto à limitação de cada um dos poderes, afirmando que “se o poder executivo não tivesse direito de refrear ações do corpo legislativo, este se tornaria despótico; pois ao atribuir-se todo o poder que se possa imaginar, aniquilaria os outros poderes”, sugerindo formas de controle recíproco das decisões e ações entre os poderes, sobretudo um controle recíproco entre o legislativo e o monarca, não dando muita importância ao controle do judiciário, apesar de reconhecer sua autonomia.

Essa rede de controle existente entre os poderes, cujos esboços se vislumbram na obra Montesquieu, ficou conhecida, mais tarde, como *checks and balances* ou teoria de freios e contrapesos e são base das constituições das maiores democracias modernas.

1.4. O ESTADO LIBERAL DE DIREITO – DIREITOS HUMANOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

Os conceitos de Montesquieu em sua obra *De l'esprit des lois* exerceu forte influência na Revolução Francesa de 1789. À época, a sociedade francesa era dividida basicamente em três classes : o primeiro estado, constituído do clero ; o segundo estado, constituído pela nobreza e sob forte influência do monarca ; e o terceiro estado composto pela burguesia e servos. Apesar desse último estado ter conquistado poder de voto nas assembléias dos Estados-Gerais (reunião dos três estados), que votavam os atos da monarquia, ainda não conseguiam infuir nas decisões do Monarca, já que o voto era orgânico (por classe).

Em suma, as classes do terceiro estado sustentavam o reinado com o seu mercado, força de trabalho e pagamentos de altos impostos. O cenário de crise econômica, o sustendo das regalias da monarquia pelo povo e a tentativa de criação

de um novo imposto sobre a propriedade culminou em inúmeras revoltas burguesas e serviu por toda a França.

Uma reunião dos Estados Gerais foi convocada para 05 de maio de 1789. Logo em seu início, o Terceiro Estado autoproclamou-se Assembléia Nacional; confiscou o patrimônio do clero e obrigou a fuga da monarquia para fora do território francês. A referida assembléia foi transformada em Assembléia Nacional Constituinte e, com inspiração na obra de Montesquieu, em atendimento aos anseios da burguesia, elaborou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Primeira Constituição da França, que positivava uma nova governo.

Conforme já descrito no item 1.2 as insatisfações da burguesia francesa, antes da revolução, se davam, principalmente, em decorrência das ações intervencionistas do Estado, tais como a proibição da prática de usura, o congelamento de preços, as limitações de obtenção de propriedade privada, as limitações à criação e a pesquisa científica. Essas insatisfações influenciaram expressivamente nos textos da *Declaração dos direitos do homem do cidadão* e da Constituição Francesa de 1791, principalmente ao trazer garantias das liberdades individuais que a burguesia francesa buscava, tais como manter sua propriedade, de definir os preços de sua produção, de produzir ciência de forma racional e empírica, etc. O conhecido Estado de Direito pós-revolucionário, era primordialmente Liberal, ou seja, era precursor das liberdades individuais em detrimento da antiga intervenção estatal, foi o chamado *Estado Liberal de Direito*.

ARAGÃO (2013, p.27), citando Montesquieu (1748), considera que :

Em *O espírito das leis*, pode-se depreender que o filósofo associou a separação de poderes ao conceito de liberdade e direitos fundamentais (a ideia se encontra presente no art. 16 da « Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão »): « [...]toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui constituição ».

As liberdades individuais são definidas hoje como direitos humanos de primeira dimensão ou primeira geração e são características da transição de um estado absolutista para uma democracia. Estão relacionados aos direitos civis e políticos, cujo titular é o indivíduo, que os exerce em oposição ao Estado. Para Bonavides (1997, p. 563-564),

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como facultades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais

característico ; enfim, são direitos de resistências ou de oposição perante o Estado.

Fazem parte do conjunto de direitos da primeira dimensão a proteção contra prisão arbitrária ; a inviolabilidade do domicílio ; a liberdade de profissão ; a liberdade de disposição da propriedade ; de participação do processo político por meio de votação, criação de partidos políticos, entre outros. (TAVARES, 2011, p. 502). O exercício de tais direitos depende de uma abstenção do Estado, por isso o indivíduo pode opô-los diante da intervenção indevida.

O reconhecimento das liberdades individuais representava na França Revolucionária o triunfo dos desejos da alta burguesia.

1.5. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO – DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO

O *Estado Liberal de Direito* foi progressivamente implementado em outros estados e atendia os anseios econômicos da alta burguesia, mas não foi capaz de satisfazer os interesses dos trabalhadores e servos, componentes da baixa burguesia francesa. Apesar de inúmeras evoluções sociais obtidas após a Revolução Francesa, as questões da classe operária tiveram um desenvolvimento menos acelerado. O capitalismo e sua busca incessante por lucros colocaram o desenvolvimento social no esquecimento. As políticas públicas eram voltadas para o desenvolvimento industrial e comercial e para afirmação dos direitos individuais, sendo pouco atendidas as preocupações com saúde pública, educação e cultura popular.

O Estado absenteísta frustrava as aspirações sociais da classe operária à medida em que não lhe competia intervir na organização social e econômica do país. Era cada vez mais pungente a necessidade de manutenção do bem estar social, por meio do reconhecimento de direitos como educação, saúde e trabalho digno. Foi então, em meados de 1848, que eclodiram por toda a Europa as chamadas revoluções sociais, resultado das insatisfações da classe operária frente ao descaso com suas limitações físicas e biológicas para o trabalho.

As transformações trazidas por essas revoluções sociais determinaram na política a afirmação de uma nova forma de estado, o *Estado Social de Direito*.

Diferente do que se pretende com o Estado Liberal o Estado Social se propõe a intervir social e economicamente na sociedade para garantir direitos básicos.

O direitos afirmados pelo Estado Social de Direitos são os chamados direitos de segunda dimensão ou geração e conglobam o direito a saúde, a educação, a cultura, a condições dignas de trabalho, a proteção da família. O pleno exercício desse tipo de direito exige do Estado uma prestação positiva, ou seja, depende da intervenção estatal e são exigíveis dele, individual ou coletivamente.

1.6. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A implantação do Estado Social de Direito, que equilibrava a obrigação de respeito à individualidade e a necessidade de garantir direitos sociais mínimos, era apenas a um passo para a atual evolução do Estado, o Estado Democrático do Direito. A palavra Democracia tem sua origem na palavra grega *dēmokratía*, e significa o governo do povo.

O Estado Democrático de Direito é uma construção contínua feita pelo povo, o seu principal aspecto é a interferência intensa da vontade popular, ainda que feita de forma representativa. Ressalta-se que o Estado Democrático não é uma negação aos Estados Liberal ou do Estado Social. Numa democracias as garantias individuais e os direitos sociais (fundamentais) andam lado a lado, cabendo aos representantes do povo garantir os seus plenos exercícios de forma concomitante.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

2.1. O PODER MODERADOR

A análise da aplicação da teoria da Separação dos Poderes no direito brasileiro se faz apenas após a sua independência em 1822, primordialmente em sua primeira Constituição, de 1824. A Carta Imperial de 1824, que instituiu o Império do Brasil, expressava em seu artigo 10º que “os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

O Brasil Imperial teve influência das ideias iluministas da separação dos poderes e dos direitos individuais, no entanto, não estava totalmente desprendido do estilo de governo divino do soberano. Como se depreende do excerto acima, até 1891, ano da promulgação da segunda constituição brasileira, vigoravam quatro poderes no Brasil. O poder Moderador, exercido pelo Imperador, foi uma influência da monarquia portuguesa para subjugar aos seus interesses os demais clássicos poderes: executivo, legislativo e judiciário, como pode ser vislumbrado nos artigos 98 e 99 da Carta:

Art. 98. **O Poder Moderador** é a chave de toda a 19exercício19i Política, e é **delegado privativamente ao Imperador**, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, 19exercício19, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. **A Pessoa do Imperador é 19exercício19, e Sagrada**: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. (grifo nosso)

Nas palavras de Marcos, Noronha e Mathias (2014, p. 274), sobre o Poder Moderador, “Aqui vemos novamente a tentativa de compatibilizar a tendência natural da Monarquia como regime que exalta a autoridade, com as aspirações revolucionárias que se traduziam também na teoria da divisão dos poderes”.

Os direitos individuais da primeira geração foram consagrados em seu Título 8º como “Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”, mas os direitos sociais, cujas aspirações eclodiram nas revoluções sociais de 1848, ainda não eram previstas.

2.2. A TEORIA TRIPARTE NA ATUALIDADE BRASILEIRA

A clássica separação triparte foi adotada desde a segunda constituição brasileira, em 1891, até a atual Constituição de 1988, apesar de não ter sido expressa na constituição ditatorial do Estado Novo de 1937. Em 1964 o golpe militar implantou no Brasil uma ditadura militar cuja evolução culminou na Constituição de 1967, no Ato Institucional nº 5/1698 e nas alterações constitucionais de 1969. Neste período, apesar da previsão expressa da Separação dos Poderes, o princípio era refugado pelas autoridades militares.

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada a mais democrática e garantista das Constituições brasileiras, sua importância está alicerçada nas circunstâncias de sua promulgação, quando os direitos políticos eram vilipendiados por uma ditadura militar. A aplicação da separação dos poderes na Carta de 1988 como garantia de um estado democrático brasileiro, não está evidenciada apenas no reconhecimento como “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” no seu artigo 2º, mas, sobretudo na expressa proibição de discussões quanto à modificação ou extinção deste sistema governamental tripartite, encontrada no Art. 60, §4º, III.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:[...]

III – a separação dos Poderes;

Apesar da existência dessa clássica divisão triparte, cumpre-se elucidar que o Poder do Estado é uno e indivisível, na visão de Canotilho (1998, p.38), já que o ele é um atributo que lhe é concedido pela coletividade, a fim de justificar sua atuação. Assevera o citado autor que a melhor nomenclatura é a utilização da expressão *função* para definir cada uma das três repartições do Estado. Nesse mesmo sentido anota DALLARI (2012, p.214-215):

Embora seja clássica a expressão *separação dos poderes*, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância.

Apesar das considerações e críticas citadas acima, nos reservamos à utilização da clássica expressão *separação dos poderes*, cunhada nos livros acadêmicos de direito brasileiro.

A CF/88 informa essa divisão triparte e elenca em seu texto às inúmeras características e atribuições peculiares de cada um dos poderes, que apresentamos resumidamente, a seguir:

2.2.1.O Poder Legislativo

O poder legislativo tem à função típica de legislar, ou seja, de criar o direito. Para SILVA (2012, p.108) a função legislativa “consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis”. O direito de um país (leis em sentido amplo) é o conjunto de normas jurídicas vigentes, norteadoras da vivência social, política, econômica, cultural, etc. A lei pode ser também compreendida como à própria vontade do Estado.

No Brasil, no âmbito da União, a função legislativa está nas mãos do Congresso Nacional, composto pelo Senado Federal e pela Câmara de Deputados, sendo responsáveis, pelas discussões e aprovações de leis que regerão as relações entre particulares e entre estes o Estado.

As relações entre particulares são regidas, de regra, por leis de natureza privada, leis estas responsáveis por criar limitações à atuação privada, já que primordialmente estas relações se pautam na liberdade de contratação, ou seja, apenas são proibidas ou obrigatórias quando previstas na lei.

As relações entre particulares e o Estado são reguladas por leis de natureza pública, leis estas que cumprem um papel legitimador da atuação do Estado, já que neste tipo peculiar de relação o Estado só pode atuar se e como autorizado em lei. É na edição de leis dessa natureza que o Poder Legislativo atua na definição das políticas públicas a serem atingidas pelo Estado. A despeito de ser o Poder Executivo o principal responsável pela implementação de políticas públicas, o Poder Legislativo tem vital importância em sua modulação.

2.2.2.O Poder Executivo

O Poder Executivo, exercido no Brasil, no âmbito da União, pelo Presidente da República e por seus ministros, tem a função de executar a Lei, ou seja, de exercê-la de modo pessoal a casos concretos. A função executiva desse Poder se vislumbra em sua competência gerencial, consistente em um poder-dever de administrar de forma eficaz as riquezas do país de modo a atender todas as necessidades de sua população.

Uma das mais significativas atividades ligadas a função administrativa é o *planejamento*. O chefe do Poder Executivo tem o poder-dever de perceber quais as situações mais problemáticas sofridas pela nação a fim de planejar ações capazes de reduzi-las ou extingui-las. No âmbito de ação, o poder executivo deve aplicar a política construída por ele em conjunto com o Poder Legislativo, por meio de ações e decisões que alcancem os resultados do planejamento.

Todo esse procedimento de percepção, planejamento e execução são conteúdos de uma política pública, cuja responsabilidade é, primordialmente, do Poder Executivo.

2.2.3.O Poder Judiciário

O poder Judiciário exercido, no âmbito da União, pelo Supremo Tribunal Federal tem a função jurisdicional, ou seja, tem a função de interpretação e aplicação da lei diante de situações concretas em que haja uma contenda. Quando provocado, o Poder Judiciário é responsável por dizer o *direito*, que pode ser questionado entre particulares ou entre esses e o Estado.

Importa ressaltar que o Poder Judiciário, como guardião da carta magna, é responsável pelo controle de constitucionalidade, atribuição da qual se falará em momento oportuno.

2.2.4. Harmonia e Independência – As funções atípicas e o sistema de Freios e Contrapesos.

Como já demonstrado anteriormente, cada um dos Poderes do Estado tem funções típicas, inerentes à sua natureza, todavia apresentam também funções atípicas. As funções atípicas são aquelas que não têm ligação direta com sua função essencial do poder que a realiza, mas com a função essencial de outro Poder, contudo são primordiais para consecução da independência entre os Poderes e para realização do controle mútuo entre eles. Como exemplo dessas atividades atípicas pode-se exemplificar que o Poder Executivo realiza atividade legislativa ao editar medidas provisórias e atividade jurisdicional ao julgar recursos administrativos; o Poder Legislativo realiza função executiva ao fazer a contratação de seu pessoal e Judiciária ao julgar crimes de responsabilidade do Presidente da República; o Poder Judiciário legisla ao aprovar o regimento interno de seus tribunais e executiva ao conceder férias de seus magistrados.

Note-se que apesar de algumas dessas atividades atípicas configurarem ingerências de um poder sobre outro, nem todas apresentam essa interferência, neste último caso existem unicamente para que reservar ao Poder o grau de autonomia necessário para sua independência funcional. Já quando ocorre alguma interferência entre os poderes estamos diante de um instrumento de freio e contrapesos, que buscam equilibrar, de maneira harmoniosa entre os Poderes, o caráter abusivo que o poder pode conferir aos chefes de Estado. Essas interferências estão devem estar previstas na constituição, das quais cita-se alguns exemplos: podemos verificar a interferência do Poder Judiciário quando anula ato do Poder Executivo se eivado de ilegalidade ou inconstitucionalidade; a ingerência do Poder Executivo quando o Presidente da República veta uma projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo); a ingerência deste último sobre o Poder Judiciário quando aprova ou não a nomeação dos ministros do STF.

ARAGÃO (2013, p.33-35) afirma que:

Embora a Teoria da Tripartição de Poderes pregue a independência de cada um deles, ela sustenta a ideia de que é necessário haver algum tipo de controle da atuação deles, a fim de que não ocorram atos centralizadores e absolutistas. Foram criados assim os “freios e contrapesos” para equilibrar o poder político de cada ente – Executivo, Legislativo e Judiciário [...] Nesse contexto, a teoria de freios e contrapesos funciona para manter a convivência pacífica e harmoniosa entre os poderes,

uma vez que cada poder refrearia os abusos e arbitrariedades do outro. [...] Por meio do balanceamento dos poderes (freios e contrapesos), com cada um deles responsável por variadas funções, pode-se controlar o poder e garantir a liberdade e o bem-estar dos cidadãos. A síntese do controle é limitar o poder.

Inscreva-se que a independência dos Poderes determina, por excelência, que cada um atuará de forma livre, entretanto ela não é absoluta, haja vista os exemplos de interferência mútua por meio de um sistema de freios e contrapesos presente em nossa constituição, determinante uma atuação harmoniosa entre os Poderes. Há que se verificar que a finalidade do Estado é a busca de um bem estar social cada vez mais presente e os poderes devem agir harmonicamente para essa construção, conforme se passará a expor.

3. WELFARE STATE – DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DO BEM ESTAR

Prestou-se, no início desta monografia, a demonstrar a construção histórica do Estado Social de Direito, cuja finalidade precípua está no desenvolvimento dos chamados direitos sociais. Apesar da existência de direitos dessa natureza desde a Antiguidade, podemos perceber que sua evolução mais intensa é recente e remota as revoluções sociais de 1848, tendo iniciado com a busca por direitos trabalhista.

TAVARES (2011, p. 837) conceitua os direitos sociais como aqueles:

[...] que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.

Esses direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, consistente em sua intervenção na esfera social, são conhecidos por direito sociais de segunda dimensão ou segunda geração dos direitos humanos. São direitos coletivos, pertencentes à toda a sociedade ou à um grupo específico de pessoas. A intensificação da luta por direitos sociais deu-se por direitos trabalhistas em decorrência das péssimas condições de trabalho da Europa industrial, cujos contratos trabalhistas eram enxergados sob a ótica capitalista. As aspirações sociais exigiram o retorno da intervenção estatal na ordem social para garantir a aplicação de direitos trabalhistas que surgiam. Neste sentido escreve LENZA (2014, p.1057):

O fato histórico que inspira e impulsiona os direitos humanos de 2ª dimensão é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social.

A evolução dos direitos sociais não ligados à relações trabalhistas foram maiores após a Revolução Russa de 1917, iniciada pelo proletariado. Nesse sentido apregoa DALLARI (2012, p. 209):

O industrialismo do século XIX [...] iria deixar muito evidente a existência de desníveis sociais brutalmente injustos e favorecer a organização do proletariado como força política. Além disso, patenteou aos intelectuais e aos líderes não condicionados por interesses econômicos a necessidade imperiosa de se implantar uma nova ordem social, em que todos os homens recebessem proteção e tivessem acesso aos bens sociais. E a Revolução Russa, de outubro de 2017, abrindo caminho para o Estado Socialista, iria

despertar a consciência do mundo para a necessidade de assegurar aos trabalhadores um nível de vida compatível com a dignidade humana. Surge, então, a consciência de que os indivíduos que não tem direitos a conservar são os que mais precisam do Estado.

Os direitos sociais são, por excelência, direitos coletivos e apesar de pertencerem a sociedade como um todo, seu principal objetivo é “beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real” (BULOS, 2011, p. 387), uma vez que buscam a igualdade de condições e a justiça social.

Alexandre de Moraes (2013, p. 23-24) anota que os direitos sociais:

Caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV.

Ainda sobre direitos sociais, Alexandre de Moraes (2013, p. 25-26), cita Themístocles Brandão Cavalcanti (1996, p. 202) ao dizer que:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.

Marshall (2009, p. 153 *apud* KERSTENETZKY, 2012, p. 27-28) diz que os direitos sociais representam “um direito absoluto a certo padrão de civilização que condicional apenas à contrapartida de obrigações gerais de cidadania”, indicando que seu conteúdo inclui “desde o direito a um módico bem estar e segurança econômicos até o direito de compartilhar da herança social e de viver a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões prevalecentes da sociedade”.

O ápice do reconhecimento dos direitos sociais se deu após a Segunda Guerra Mundial, quando a Organização das Nações Unidas (ONU) percebeu que a consecução da paz mundial jamais se faria sem a justiça social, razão pela qual aprovou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos que prevê inúmeras liberdades individuais e direito sociais. (DALLARI, 2012, p. 210-2011). Apesar de ser uma mera recomendação, não exigível frente a soberania de cada nação, o documento é de natureza universal e tem sido basilar para inúmeras ações de

desenvolvimento e manutenção da justiça social em todo o mundo. A referida declaração traz em seu artigo 25 alguns exemplos de direitos sociais:

Artigo 25° 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma 27xercíci social.

Esse Estado responsável por construir o bem-estar social ficou conhecido na expressão inglesa do historiador Sir Alfred Zimmern *welfare state* e significa, segundo o *Oxford English Dictionary*, “um país no qual o bem-estar dos membros da comunidade é garantido por meio de serviços sociais organizados pelo Estado” (KERSTENETZKY, 2012, p.1-2)

3.1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Em 1889 foi proclamado o Regime Republicano no Brasil, em decorrência da queda da monarquia, mas apenas 1891 uma nova Constituição foi promulgada, em substituição a constituição de 1824, estabelecendo uma separação plena das três funções estatais, independentes e harmônicas, livres do poder Moderador do Império, mas não trouxe grandes avanços sociais. KERSTENETZKY (2012, p.177) afirma que as primeiras iniciativas de proteção social eram:

[...]dirigidas aos servidores do Estado, civis e militares, nas últimas décadas do século XIX, progressivamente estendidas aos empregados da indústria e do comércio ao longo da primeira metade do século XX, e que se limitam a seguros coletivos para a manutenção da renda desse grupo de trabalhadores e, por extensão, de suas famílias.

Foi em 1934, com a promulgação da terceira constituição brasileira que os direitos sociais foram positivados na carta maior da Nação, com a prevenção da ordem social e econômica como um dever do estado, com a previsão de direitos trabalhistas, a proteção da cultura, da família e da educação. Pronunciam Marcos, Noronha e Mathias (2014, p. 422) que:

Na realidade, o matiz dominante da Constituição em destaque até por que inspirada na de Weimar (e também na do México) era o seu caráter democrático com um certo colorido social, de par com um tinteiro tipicamente nacionalista.

A Constituição de Weimar foi a carta magna da primeira república Alemã de 1919, e junto da Constituição Mexicana de 1917, foi uma das primeiras a prever os reclamados direitos sociais, ambas serviram de inspiração para a edição da Constituição de 1934.

No mesmo sentido do surgimento das aspirações sociais na Europa, no Brasil a intensificação dos direitos sociais se deu por meio da busca por melhores condições de trabalho. Na constituição de 1934, apesar de poucas previsões de direitos sociais, a maior parte das garantias da ordem social se referiam as condições trabalhistas, era uma característica marcante do Governo Vargas. Para KERSTENETZKY (2012, p.189-191):

[...]a República que se inicia em 1930 com o golpe liderado por Getúlio Vargas e se encerra com a sua deposição em 1945 introduzirá uma extensa pauta de direitos sociais, atendendo os pontos principais de reivindicações do movimento operário e expandindo e modificando qualitativamente o padrão de proteção social que se havia timidamente iniciado com o experimento das CAPs. Pela primeira vez em sua história, o país conhecerá políticas sociais nacionais, que envolverão tanto legislação trabalhista quanto a seguridade social e serão devidamente constitucionalizadas nas cartas de 1934 e 1937 [...] Políticas nacionais de saúde, educação, habitação e saneamento são pouco notáveis no período [...]

A evolução dos direitos sociais se revelou nas demais constituições brasileiras e inúmeras legislações infraconstitucionais ao longo do tempo, como em 1943 em que foi aprovada a Consolidação das Leis Trabalhistas. Após o golpe de 1964 a seguridade social foi ampliada para incluir seguimentos de trabalhadores rurais e para criar uma provisão médica aos hipossuficientes; a constituição de 1967 tornou obrigatório e gratuito o ensino até os 14 anos; crescimento significativo do PIB até 1980 (KERSTENETZKY 2012, p. 201-206).

A atual constituição, de 1988, é mais evoluída em termos de direitos sociais, trazendo inúmeras previsões de direitos e garantias fundamentais, que explanaremos no tópico a seguir.

3.2. O DIREITO SOCIAL COMO FINALIDADE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), promulgada em 1988, trouxe inúmeras inovações no direito social, ela traduz a maior evolução deste ramo dos direitos humanos na legislação Brasileira. Podemos evidenciar diferenças expressivas entre essa e as constituições anteriores, dentre elas podemos citar uma peculiaridade formal: o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais e direitos sociais está disposto logo nos primeiros artigos, no Capítulo II do Título II, antes mesmo da organização político-administrativa do Estado.

Essa disposição traduz a preocupação do atual Estado Brasileiro, que antes de se justificar em si mesmo, se justifica em sua finalidade de construção de uma sociedade justa. Aliás, esse objetivo é mais uma inovação dessa carta, que elenca logo no terceiro artigo quais são objetivos da república brasileira:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Podemos ver a influência dos direitos sociais nos objetivos da República, primeiro ao prever a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que só se alcança com a promoção da igualdade, por meio da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais.

A CF/88 foi a primeira constituição brasileira a prever também um capítulo para os direitos sociais, elencando em seu artigo 6º que:

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

A redação original deste artigo continha três direitos a menos, foram incluídos em 2000, o direito à moradia; em 2010, o direito a alimentação; e mais recentemente, em 2015, o direito ao transporte. Os direitos trabalhistas encontram-se dentro dos direitos e garantias fundamentais.

A constituição em questão:

assegurou uma série de novos direitos sociais aos brasileiros, que, uma vez garantido, nos aproximaram das realizações de um bem estar social [...] Eles envolveram, dentre outros, a universalização da previdência (universalização do acesso ao meio rural), a assistência social a quem dela necessite, a universalização da educação fundamental e média e saúde em todos os níveis – esta se convertendo em direito do cidadão e dever do Estado -, a designação do salário-mínimo como o valor piso para os benefícios constitucionais, a descentralização das políticas sociais com garantia de repasses[...] (KERSTENETZKY 2012, p. 212-213).

A CF/88 apresenta, também, um título específico para Ordem Social, ampliando ainda mais a noção de bem-estar social, apresentando ferramentas indispensável à sua consecução. Além das previsões dos direitos sociais e da ordem social ela traz inúmeras garantias dos direitos fundamentais por meio do acionamento do Poder Judiciário.

Não admitir que o bem estar representa um dos fins supremos de qualquer Estado em qualquer tempo e que deve ser elevado a requisito elementar do Estado é absurdo, já que ele constituiu o fundamento de toda atividade estatal e de toda sua estrutura (GROPPALI, 1962 *apud* DALLARI, 2012, p. 108).

O bem estar social está inserido nos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme artigo 3º da CF/88, e encontra-se positivada também no preâmbulo da mesma carta, conforme excerto:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir **um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais** e individuais, a liberdade, a segurança, **o bem-estar**, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, **fundada na harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifos nossos).

Apesar de não ser unânime o entendimento de que o Estado deve ter um caráter paternalista, o fato é que a República Brasileira tomou para si o compromisso de dirimir desigualdade sociais e de implementar o bem-estar comum. Reconhecido esse dever social do Estado, pergunta-se qual é poder responsável por cumpri-lo e com que ferramentas o Estado conta para perseguição desse objetivo.

Uma das principais ferramentas, esclarecida no item seguinte, para consecução da igualdade social são as Políticas Públicas.

3.2.1.. A execução das Políticas Públicas.

BUCCI (2006, p. 241) afirma que “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. João Trindade Cavalcanti Filho (2013, p. 22) citando Daniel Sarmiento (2012) afirma que:

[...]o fato de que a política pública é um programa, isto é, um conjunto coordenado de ações; a adjetivação de que se trata de ações governamentais, ou seja, levadas a cabo, ao menos prioritariamente, pelo Estado; e, por fim, os objetivos, que devem ser socialmente relevantes. Nesse sentido, percebe-se uma nítida conexão entre políticas públicas e direitos fundamentais sociais, na medida em que a primeira é um meio para a efetivação dos segundos.

DI PIETRO (2014, p. 829) anota que “políticas públicas são metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para consecução de interesses públicos que visa proteger”.

Ressalta-se a inclusão do *princípio da eficiência* pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 no art. 37 da CF/88, que passou a ser uma das premissas reguladoras da atuação estatal. A exigência de uma administração pública eficiente resultou no surgimento do conceito de políticas públicas. O termo consiste em um conjunto de ações: primeiramente de estudo e percepção de uma situação problemática; depois no planejamento de ações capazes de alterar ou extinguir o problema encontrado; e por último na implementação ou execução das ações planejadas. Esse último ponto, relativo a execução ou implementações de políticas públicas sociais é o tema central dessa monografia, sobretudo pelo Poder Judiciário.

Para elucidação do conceito de políticas públicas citamos o exemplo do direito a saúde: se o governo percebe que o hospital federal de determinada região está superlotado, o poder executivo, por meio de sua administração pública direta e indireta (Presidente da República, Ministro da Saúde, Ministro do Planejamento, Diretor do Hospital, Servidores do Hospital) faz um estudo do problema e conclui que a causa da superlotação é a busca desenfreada pelos serviços daquele hospital, mesmo para doenças de baixo risco, e planeja um sistema de a classificação do risco de cada paciente a fim de encaminhar os casos mais simples para Unidades de Pronto Atendimento do Município e, assim, diminuir a demanda. A fase de

aplicação do sistema, mediante a compra e instalação de equipamentos que auxiliarão na classificação e na contratação de profissionais, por exemplo, é a implementação de políticas públicas.

Dá leitura do exemplo se poderia concluir que essa atividade administrativa é de fácil execução, entretanto ela não é tão simples quanto parece e está cheia de variáveis complexas que levam o Estado a, muitas vezes, não atender de forma satisfatória as necessidades públicas. Em se tratando de direitos sociais constatamos que persiste uma verdadeira falência da atuação estatal, seja causada pela má administração, seja pelas dificuldades políticas na negociação de ações ou mesmo pela corrupção descabida. O fato é que poucas são as vezes que o Estado atua eficientemente e quando há uma prestação de serviços sociais ela é feita de maneira precária.

Sendo as políticas públicas ações governamentais, cuja competência é dada à Administração Pública, caberá a ela o manejo de recursos humanos e materiais para consecução do fim social do Estado. Apesar de não ser adotado o critério do Poder Executivo para definir o que é a Administração Pública é certo que o seu caráter subjetivo, enquanto órgãos públicos responsáveis pela execução direta, concreta e imediata dos fins do Estado, sugerem ser o citado Poder um dos principais atores da implementação de políticas públicas.

Para DI PIETRO (2014, p. 829-832) as funções de planejar e executar políticas públicas são essencialmente dos poderes Executivo e Legislativo, conforme se vê no excerto abaixo:

A definição de políticas públicas implica em opções feitas pelo Poder Público. Essas opções são externadas por variados instrumentos, como a Constituição, os atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e dos órgãos e entidades da Administração Pública. [...] Rigorosamente, diante da distribuição constitucional de competências entre os três Poderes do Estado, pode-se afirmar que as políticas públicas são definidas pelo legislador e executadas pelo Executivo.

Não comungamos do mesmo entendimento, sendo certo que a nação não pode estar à mercê das áleas da atuação estatal, seus direitos sociais não podem estar sujeitos a insegurança das relações políticas dos nossos governantes. Suas ações podem e deve estar sujeitas ao controle do Poder Judiciário.

4. O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Numa democracia a inércia do povo diante de uma situação injusta é inaceitável, não é cabível dentro de seu próprio conceito: governo de todos. Democracia significa participação popular e no âmbito dos direitos sociais significa buscar a sua efetivação. Se as representações eleitas pelo povo para o Legislativo e para o Executivo são incapazes de atender uma demanda social, não resta alternativa senão buscar a intervenção judicial.

A separação dos poderes não pode ser utilizada para desconsiderar que a provocação do ao Poder Judiciário é uma forma de garantir o cumprimento pelo Estado de seus fins, sobretudo ao considerar que, apesar da separação funcional, todos os órgãos do poder público trabalham em prol dos objetivos do Estado, esse sim, uno e indivisível. ARAGÃO (2013, p.31) afirma que:

Os três poderes possuem funções principais, que guardam identidade própria – a do Judiciário é de julgar; a do legislativo é legislar; a do Executivo, administrar. Há, entretanto, funções secundárias, com intuito de conferir e garantir independência a cada um deles. [...] Nessas teorias repousam os pilares da independência dos poderes – cada um deles possui competências típicas e originárias. Nesse sentido, **precisam atuar em harmonia em razão de objetivarem o bem-estar social. Tal estrutura de poder visa à construção de um Estado ajustado às necessidades do povo, que possa agir de modo eficiente e rápido em contextos emergenciais**, apesar de atuar com cautela durante transformações político-econômicas. (grifos nossos)

A possibilidade controle do Judiciário sobre atos do Poder Executivo é encarada de forma diferente em cada país, na França, por exemplo, do princípio da decorre a impossibilidade de apreciação pelo Judiciário dos atos do Poder Executivo, o que determinou a criação de um tribunal administrativo para julgar casos de responsabilidade do Estado. Já no direito inglês e americano o que se pretende com a separação dos poderes é a impossibilidade do Poder Executivo realizar atos de jurisdição. (DI PIETRO, 2014, p.12-13) O Brasil adotou o sistema americano ao determinar que a palavra final quando há um impasse legal é sempre do Poder Judiciário, conforme determina o art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Presta-se agora a demonstrar os fatos e princípios que justificam a atuação judicial na implementação de políticas sem que isso represente uma afronta a

separação de poderes, positivada como um dos fundamentos da república brasileira em sua Constituição.

4.1. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Como revela ARAGÃO (2013, p.54) a CF/88 prescreveu que o Poder Judiciário, sobretudo por meio do STF “atuaria como corte constitucional – protetor da Carta Magna”. Intrínseco ao seu papel de Guardiã da Constituição é o *controle de constitucionalidade*, uma das ferramentas mais importantes na contenção dos abusos e desvios de Poder. Essa função é muitas vezes relacionada ao controle formal e material da constitucionalidade na edição de normas, sobretudo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), entretanto o seu papel de controle vai muito além, chegando a abarcar o controle de qualquer ato ou omissão de qualquer Poder que afronte preceito fundamental da CF/88.

A questão do controle de constitucionalidade pelo Judiciário sobre políticas públicas ainda é tema controverso, sobretudo por que tradicionalmente o controle é feito sobre normas, de carácter abstrato, por meio da ADI, mas entende-se que é possível a utilização dessa e de outras ferramentas quando a norma editada demonstre violação evidente e arbitrária a direitos fundamentais, sem que o controle represente infração à Separação dos Poderes, ao contrário, é evolução da teoria dos freios e contrapesos.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado como: difuso, quando feito diante de um caso concreto, cuja decisão terá efeito *inter partes*, criando obrigação apenas para os envolvidos no processo; ou concentrado; quando feito de forma abstrata, cuja decisão terá efeito *erga omnes*, criando obrigação de observância para todos os brasileiros.

Em sede de controle difuso de constitucionalidade a ferramenta é amplamente utilizada, inclusive nos juízos de primeiro grau, sendo objeto do controle as normas que afrontem a constituição ou ainda, quando falte norma regulamentadora que impeça o exercício de um direito constitucional. No âmbito das políticas públicas podem ser utilizadas, por exemplo, quando o legislativo crie lei que limite absurdamente o acesso a um direito social ou quando o executivo

regulamenta a forma de solicitação de um direito, exigindo comprovação de situações que são indiferentes para a obtenção de um benefício e que de alguma forma dificultem sua consecução.

Em sede de controle concentrado a ferramenta mais utilizada é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), já que não se trata apenas do controle na edição de normas, mas de qualquer ato do governo que importe o descumprimento de preceito fundamental.

Paulo Almeida Carrilho Junior (2011) considera que Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p.824):

[...] levantam a tese de que o legislador teria se utilizado da palavra “preceito” em vez de “princípio” com o objetivo de evitar que o conceito a ser delineado pela doutrina e jurisprudência acabasse se restringindo aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Constituição Federal. De acordo com os professores a expressão mais genérica permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que possa ser qualificada como fundamental. A doutrina assinala como ponto relevante, também suscitado pelos autores, é que o texto constitucional menciona “preceito fundamental, decorrente desta Constituição”, art. 102, § 2º, da CF, o que denota que não é necessário que se trate de uma norma expressa, estando protegidas pela ADPF também as normas implícitas fundamentais que se possam inferir da Carta Política como um todo.

Novidade trazida pela constituição de 1988, o Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) pode ser usada para controle concentrado de constitucionalidade quando falta norma regulamentadora de direitos de eficácia limitada.

Há ainda, a Ação de Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (IF), neste caso é possível, por ação ou omissão, normativa ou não, de um ente federativo que descumpra um princípio sensível, que a União interfira provisoriamente sobre sua administração. Neste caso o Poder Judiciário não está intervindo na atuação de outro Poder, está apenas autorizando que o Poder Executivo Federal interfira na atuação do Poder Executivo Estadual ou Distrital para garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais.

Como exemplo temos o julgado da IF 114, pela qual o Procurador Geral da República pretendia a intervenção federal no estado Mato Grosso para evitar o linchamento de presidiários, após três deles terem sido assassinados em linchamento na década de 1980:

- Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos “direitos da pessoa humana”, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de “condição mínima”, no Estado, “para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida”. Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra b, e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea b, da Constituição de 1988, quanto aos “direitos da pessoa humana”. Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa “direitos da pessoa humana”, em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do Delegado de Polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. 8. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. 9. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º). 10. Representação conhecida mas julgada improcedente. (STF – IF: 114 MT , Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 13/03/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-09-1996 PP-36154 EMENT VOL-01843-01 PP-00001)

Diante da verificação das ações relativas ao controle de constitucionalidade é concludente que esse controle não se faz apenas sobre atos normativos, mas sobre qualquer ato ou omissão que afronte os direitos sociais positivados na CF/88, neste sentido afirma SOUZA NETO (2003, p. 45 *apud* BRAGA, 2012):

[...]se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.

A Implementação de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário não configura afronta a Separação dos Poderes; por excelência, é instrumento de controle

constitucionalmente previsto e se apresenta como uma evolução da teoria de freios e contrapesos, utilizável, sobretudo, diante da omissão e morosidade estatal.

4.2. A OMISSÃO, A MOROSIDADE E A INEFICIÊNCIA ESTATAL

Alguns doutrinadores defendem o sistema francês de controle dos atos do poder público, afirmando que apenas um tribunal específico de direito administrativo poderia apreciar os atos do gerenciais do estado, sobretudo por representarem atos discricionários, cujas limitações são muito inferiores a de atos vinculados. Entretanto, no Brasil foi adotado o sistema americano, para o qual apenas o judiciário pode apreciar qualquer ameaça ou lesão a direito declarado (DI PIETRO, 2014, p. 11-13), que acaba por revelar um ativismo judicial em questões administrativas e, por conseguinte, agente político.

Sobre a evolução do ativismo do Poder Judiciário, MAURÍCIO JUNIOR (2008, p. 126-127 *apud* ARAGÃO, 2013, p. 47) assevera:

Com a evolução das instituições político-jurídico-sociais, expandiu-se a atuação desse poder, com o discurso político permeado pela retórica jurídica, com os tribunais desempenhando marcante papel na elaboração de políticas públicas com nova postura de magistrados – regulamentar o procedimento político e impor o respeito a determinados comportamentos chancelados por partidos políticos e grupos de interesses particulares.

Dessa forma, o Judiciário, com respaldo do texto constitucional passou a zelar igualmente pelo respeito à Constituição. Ele possui competências próprias, individuais, e a liberdade de agir independentemente segundo seus propósitos e sua interpretação da Carta Maior. Compete-lhe também julgar atos dos outros poderes, a fim de verificar se estão conformes com as leis e as normas, tornando-se responsável em alguma medida pelos outros poderes. Ao aplicar as regras aos atos concretos, possui o direito inerente de interpretá-las segundo o pensamento dos representantes da área jurídica ou, ao contrário, seguir literalmente a letra da lei e o entendimento do legislador, sem extrapolações. Assim, conclui-se que a atividade jurídica é igualmente política, pois o é a própria opção do juiz por um ou outro rumo na decisão das lides.

O constitucionalismo moderno reconhece que o Estado possui uma personalidade jurídica, disso decorre que ele possui uma vontade, atributo da personalidade. A vontade do Estado não pode ser confundida com a vontade humana, que se constrói em seu organismo biológico, é uma vontade ficta e, em um

Estado de Direito, ela se confunde com o seu organismo normativo, ou seja, com seu conjunto de leis, que são também a sua finalidade ou seus objetivos.

Sistematicamente, após reconhecer que o Estado possui uma vontade, em atenção à teoria contratualista, constata-se que ele é também sujeito de direitos e deveres, por força de uma relação contratual resultante do acordo de vontades celebrado entre o Povo e o Estado. Por ele meio dele, cada indivíduo se compromete a submeter-se aos objetivos comuns de uma nação e o Estado se compromete à alcança-los por meio de sua atuação.

Neste sentido manifesta-se DALLARI (2012, p. 127):

A própria natureza dos fins do Estado exige dele uma ação intensa e profunda, continuamente desenvolvida, para que ele possa realiza-los, o que produz, inevitavelmente, uma permanente possibilidade de conflitos de interesses que serão mais bem resguardados e adequadamente promovidos só através do direito. É por meio da noção do Estado como pessoa jurídica, existindo na ordem jurídica e procurando atuar segundo o direito, que se estabelecem limites jurídicos eficazes à ação do Estado, no seu relacionamento com os cidadãos. Se, de um lado, é inevitável que o Estado se torne titular de direitos que ele próprio cria por meio de seus órgãos, há, de outro, a possibilidade de que os cidadãos possam fazer valer contra ele suas pretensões jurídicas, o que só é cabível numa relação entre pessoas jurídicas.

Os objetivos do estado são antes de tudo um dever, no caso dos direitos sociais, uma obrigação de agir em prol de seu desenvolvimento, sobretudo por meio da adoção de políticas públicas. Quando o Estado descumpre essa obrigação fundamental fica sujeito à interpelação judicial para sua consecução, em razão do art. 5º, XXV da CF/88 afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A omissão do Estado em políticas públicas gera sua responsabilidade objetiva frente aos danos sofridos pela população não em decorrência de sua culpa direta, mas em decorrência de sua estagnação quando tinha o dever de agir, conforme leciona DI PIETRO (2014, p. 728):

No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou de terceiros. Mas poderia ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. [...] A culpa está na ideia de omissão.

A definição de que espécie de responsabilidade é imputável ao estado é irrelevante, se objetiva ou subjetiva, já que neste caso há “uma presunção de culpa do Poder Público” (DI PIETRO, 2014. P. 729).

Nessa relação obrigacional de perseguição do Estado pelos seus objetivos constitucionais, ele deve ser visto como sujeito plenamente capaz de lesionar o direito e, portanto, deve sofrer apreciação judicial, inclusive nos casos de omissão, quando deveria agir. Essa frequente atuação judicial é chamada por DI PIETRO (2014, p. 832-833) de judicialização das políticas públicas e decorre de inúmeros fatores:

[...] o Judiciário vem interferindo, direta ou indiretamente, na formulação de políticas públicas. É a chamada **judicialização das políticas públicas**. Existem diferentes fatores que vêm contribuindo para isso. De um lado, a inércia do Poder Público, a sua ineficiência, a ausência ou a deficiência no planejamento, a corrupção, os desvios de finalidade na definição de prioridades, os interesses subalternos protegidos, em detrimento de outros, especialmente relevantes para garantia dos direitos fundamentais [...] (grifos da autora).

Conforme já afirmado, o povo não pode estar sujeito às áleas do Estado. A sua omissão ou morosidade impede a concretização dos direitos sociais previstos na constituição e configura descumprimento de obrigação legal, por fim estará sujeito à apreciação judicial, sendo enxergado com parte inadimplente de um contrato.

4.3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Apesar da República Brasileira ter o poder-dever de atuação como provedora da justiça social, esse papel se dá maneira limitada ao alcance de um patamar mínimo existencial, ou seja, o Estado brasileiro está obrigado apenas, no que se refere à políticas públicas, a realizar ações que deem condições de existência digna ao cidadão, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa natureza social do Estado é decorrência do *Welfare State* (Estado do Bem Estar Social) e orienta as ações estatais na busca por igualdade de condições social, culturais, econômicas e educacionais. Entretanto, o mesmo Estado não tem o condão de enriquecer qualquer cidadão, isso nem mesmo seria possível, sob pena de ferir o Estado Liberal e colapsar a economia nacional, esse papel é dado a liberdade de iniciativa privada.

A limitação ao mínimo existencial é uma decorrência, também, da proibição do enriquecimento sem causa. Deve ser compreendido que a justiça social se

concretiza por meio de ações que igualem os menos favorecidos aos mais abastados e não fazer daqueles mais favorecidos do que estes. A título de exemplo de uma política pública equilibrada podemos verificar a previsão de cotas nas universidades: a reserva de vagas existente para equilibrar o ingresso de pobres à educação superior frente ao ingresso muito maior de alunos de classe média e alta na graduação e nas pós-graduações; seria desmensurado, por exemplo, se proibissem o ingresso de alunos oriundos de colégios particulares ou se permitissem o ingresso de quem não prestou o vestibular só por ter condições financeiras desfavoráveis.

É notável que o mínimo existencial e proibição do enriquecimento sem causa encontram equilíbrio em condutas razoáveis do Poder Público, que ao perpetrar uma política social precisa verificar se ela é proporcional a necessidade da população, não podendo ser inferior ao mínimo existencial, nem exagerada ao ponto de beneficiar injustificadamente qualquer pessoa.

SOLLA (2010) afirma que o mínimo existencial é:

[...] aquele grupo de direitos sociais imprescindíveis à vida digna, não se submetendo de forma alguma às necessidades do Estado, nem muito menos aos movimentos cambiantes dos mercados, cuja realização é – mais que uma necessidade – um imperativo.

O mínimo existencial pode ser definido, em primeiro plano, como a bagagem necessária para a sobrevivência digna de uma pessoa e de sua família, como alimentação, saneamento e saúde básica. Políticas públicas nesse sentido podem até mesmo gerar certo comodismo na população, que passa a se contentar com subsídios do governo. KERSTENETZKY (2012, p. 23) citando TITMUSS (1959, p. 55) afirma que o autor observa:

[...] que a própria política social arrisca fomentar estados de dependência quando é insensível às forças sociais que desconectam mérito e resultado individual. Essa consequência infeliz decorreria de sua contribuição involuntária para perda de respeito, alheio e próprio, dos indivíduos e grupos “problemáticos” que ela singulariza e estigmatiza como responsáveis por seus próprios fracassos.

Além da criação de uma comodidade para o receptor das políticas públicas sociais que visam apenas atender necessidade materiais primárias, elas podem resultar em uma incapacitação do receptor, ao lança-lo em um estigma de pobreza. No entanto, em segundo plano, o mínimo existencial vai muito das necessidades primárias, ele é o insumo necessário para a formação social de uma pessoal,

entendida essa como o seu desenvolvimento psicológico, cultural, profissional, etc. Ou seja, o mínimo existencial não deve ser capaz de atender unicamente as necessidades primárias do cidadão, como a alimentação, moradia e saúde, mas tem, sobretudo, que atender suas necessidades secundárias de educação, cultura, aprimoramento profissional, etc.

KERSTENETZKY (2012, p. 24) em análise que fez das necessidades sociais assevera:

A conclusão a respeito das “necessidades sociais” que um estado do bem estar deveria satisfazer é que não se trata exclusivamente de atender necessidades materiais, mas de provê-las por meio de serviços universais que evitem o estigma e contribuam para a construção da identidade das pessoas tendo por referência a comunidade política da qual são membros. Outra implicância é que as intervenções devem ter um caráter principalmente preventivo para contrarrestar as forças da alienação liberadas pela interdependência social e facilitar a integração social.

Esse segundo plano das políticas públicas sociais é minimizador dos efeitos do primeiro já que pretende criar no cidadão um ser capaz de subsidiar a si mesmo e de criar riqueza para o país com sua capacidade profissional. O mínimo existencial precisa ser a “interação entre as políticas sociais clássicas (transferências e serviços) e as políticas de mercado de trabalho” (KERSTENETZKY, 2012, p. 122).

A razoabilidade, a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana são determinantes na fixação do mínimo existencial pelo Estado, seja na atuação administrativa ou jurisdicional. A professora Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 137) informa como será possível o juiz determinar o mínimo existencial:

[...] por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato gerado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a *razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*.

Esse mínimo existencial, quantificado por regras de razoabilidade deve também informar a atuação Judiciária na implementação das políticas públicas, se não é obrigação do Estado prover além desse mínimo, também não caberá ao judiciário determinar obrigações de fazer ou de não fazer que excedam esse mínimo, sob pena de sobrecarregar a máquina pública e desestabilizar o Estado.

A existência de um patamar mínimo de realização obrigatória não impede que o Estado exerça intervenção social além do mínimo, desde que não interfira nas liberdades individuais ou cause beneficiamento sem causa.

4.4. A FASE DE EXECUÇÃO FORÇADA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A fase executória de um processo judicial é a da efetivação da pretensão buscada pela parte vencedora, nela o direito do credor é satisfeito. Pode ser considerada a parte mais importante de uma ação, significando que o direito buscado já foi reconhecido pelo Judiciário, entretanto é, também, a fase mais complicada, encontrando inúmeras barreiras para sua efetivação.

Em um processo em que a parte busque, por exemplo, que o seu vizinho o indenize pelos estragos causados em sua casa por conta de obra no imóvel da daquele, depois de reconhecido o direito à indenização o efetivo recebimento do dinheiro esbarra na falta de patrimônio do litigante perdedor. Esses impeditivos da execução de uma decisão judicial podem ser reconhecidos no âmbito público, quando o devedor é o Estado, tais como a reserva do possível, cujo conceito se desenvolverá no tópico seguinte.

A falta de patrimônio não é o único problema na execução de um processo, muitas vezes o devedor espontaneamente se abstém do seu dever. Para combater esse tipo de atitude há ferramentas de sanção ou de cumprimento compulsório, cuja aplicação em demandas contra o Estado é feita de forma restrita ou, pelo menos, diferida.

4.4.1. O Princípio da Reserva do Possível

A atuação do Judiciário na Implementação de Políticas Públicas encontra barreira neste princípio suscitado pelo Estado em inúmeras ações do tipo. O princípio informa que a obrigação do Estado na atuação de fomento à justiça social está limitada às suas possibilidades econômicas ou à sua capacidade material.

Registre-se que o princípio tem origem na jurisdição alemã como informa KRELL (2008 apud ARAKAKI, 2013):

A origem do princípio da reserva do possível, conforme ensinamento de Andreas Krell (2002), corporificou-se na Alemanha, mais especificamente em um caso julgado na Corte Constitucional (BverfGE n.º 33, S. 333), na qual determinado indivíduo reivindicava uma vaga no ensino superior público sem passar pelo processo seletivo. Aduzia o requerente, para tanto, que a Lei Federal alemã lhe garantia liberdade na escolha de ofício e profissão, razão pela qual não podia o Estado lhe restringir tal direito, fazendo-o passar por um processo seletivo.

A corte alemã negou provimento ao pedido do requerente, ao dizer que o Estado está limitado há uma capacidade material e que não lhe caberia atender a exigência arrazoadas. Note-se que ao suscitar o princípio da reserva do possível, o próprio poder judiciário reconheceu que a solicitação do indivíduo não era razoável, por isso não teria prioridade na atuação estatal. A integração do princípio ao direito brasileiro, entretanto, tem sido realizada já na fase executória quando o Judiciário já reconheceu o dever do Estado de propiciar o direito pleiteado, portanto considerou razoável a exigência. Existe uma clara inversão da finalidade do princípio que se presta a eleger prioridades para o Estado e não de eximi-lo de sanar os defeitos primários na realidade social brasileira.

É sabido que o Estado está sujeito às intempéries da economia e pode passar por crises orçamentárias que dificultem a distribuição de suas receitas, mas essas áleas não podem subjugar a sociedade. Quando um Estado está limitado à orçamentos baixos é obrigado, sobretudo pelo princípio da eficiência, a eleger prioridades nos gastos públicos, dentre as quais devem estar o atendimento das necessidades sociais mínimas. Nesse sentido decidiu a corte do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. [...] A questão debatida nos autos – implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul – foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: “(...) O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional

prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico. [...] Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. [...] (STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15/05/2007, T1 – PRIMEIRA TURMA).

O princípio da Reserva do Possível deve ser interpretado conjuntamente com os princípios da razoabilidade e do mínimo existencial, cabendo ao judiciário aplicá-lo ou acatá-lo quando o pleito se mostrar arrazoado ou excedente ao mínimo existencial. Não poderá o Estado suscitar-lo para não executar o mandamento judicial.

4.4.2. A Problemática do Orçamento Público

Toda atividade estatal está regida pelo princípio da legalidade, sobretudo as ações que impliquem gastos do dinheiro público. A elaboração de orçamento para o planejamento de despesas na esfera pública excede a finalidade preventiva, é antes de tudo, uma forma de segurança de que o tesouro público é gasto com os interesses coletivos, de forma planejada e eficiente. Disso surge a obrigação de realização de um procedimento para estabelecimento de um orçamento público, que

inicia com uma proposta pelo Poder Executivo e uma aprovação posterior pelo Poder Legislativo. Depois de aprovado o orçamento é de observância obrigatória nos gastos do Estado, não sendo permitida a obtenção de despesas diversas do previsto no orçamento anual.

A obrigação do cumprimento do orçamento pré-aprovado é um entrave ao cumprimento das decisões judicial que sugerem gastos públicos não previstos e tem sido suscitado pelos administradores a fim de eximir-se da execução de políticas públicas ordenadas pelo Poder Judiciário. Não há outra forma de implementá-las senão pela inclusão das despesas no orçamento, surge então a pergunta: pode o Judiciário determinar a inclusão de determinada dotação no orçamento anual?

Apesar de ainda não ser pacífico o entendimento de que pode o Judiciário determinar a inclusão de dotação orçamentária para cumprimento de suas decisões, o STF tem se manifestado para dizer que a ausência de previsão orçamentária não pode ser óbice a implementação de políticas públicas, como se vê no julgado abaixo:

Vistos. Estado do Amazonas interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, assim do na parte que interessa: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. DEVER DO ESTADO. – É possível a fixação de astreintes contra a Fazenda Pública, com o fim de assegurar prestação de tratamento de saúde fora do domicílio do recorrido, sendo a mesma necessária para se vencer eventual obstinação ao cumprimento da obrigação, incidindo sua eficácia a partir da ciência do obrigado e de sua recalitrância. Portanto, sua eficácia resta condicionada à ocorrência da omissão no cumprimento da determinação judicial. – Nos exatos termos do que dispõe nossa Constituição Federal, em seu art. 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo tal garantia social ser protegida e velada em sua completude, consoante dispõe os artigos 7º a 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 227 da nossa Carta Magna. – A falta de dotação orçamentária não representa óbice ao cumprimento do dever constitucional imposto ao Estado, qual seja, o de assegurar melhores condições de acesso à saúde aos cidadãos. – Apelação Cível conhecida e improvida. [...] Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – 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 (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). [...] (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, por revelar-se evidentemente incabível, na espécie, o recurso extraordinário a que ele se refere”. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 6 de março de 2013. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (STF – RE: 669409 AM, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 06/03/2013, Data de Publicação: Dje-060 DIVULG 02/04/2013 PUBLIC 03/04/2013)

No prisma da mesma compreensão já repetida nesta tese, não poderão os direitos sociais, cuja manutenção é de obrigação do Estado, estar lançado às áleas da situação política do país e capacidade organizacional do administrador. No tocante a admissão de orçamentos públicos é natural que a aprovação dependa de articulações políticas que, por vezes, não são capazes de garantir a plena realização das políticas públicas determinadas pelo Poder Judiciário.

Sendo assim conclui-se que a determinação judicial definitiva deve ser parte da proposta do orçamento público do ano seguinte à da determinação judicial e será obrigatoriamente aprovada no Legislativo, quando o seu cumprimento não for exigível imediatamente.

4.4.3. Sanções pelo Descumprimento das Decisões

Apesar de já demonstrada a obrigação de cumprimento das decisões judicial pelo Estado é possível que o ente público destinatário da obrigação permaneça

inerte à ordenança judicial, mas o Poder Judiciário conta como ferramentas capazes de garantir a execução de suas decisões.

Nem todo instrumento de cumprimento compulsório das decisões são efetivamente satisfatórios, pois há que se reconhecer que as relações com o Poder Público não são idênticas aquelas das pessoas privadas. A mais comum ferramenta de execução forçada é a fixação de *astreintes*, que determinam a aplicação de multa diária pelo descumprimento de uma decisão judicial.

Muitas críticas são feitas há utilização desse tipo de sanção. Entre elas, já vencida, é o entendimento de que elas não seriam aplicáveis ao Estado, já que o confisco do patrimônio público revela-se oneração da própria máquina pública e, conseqüentemente, do povo já que ele se constrói pelo recolhimento de tributos exigíveis do cidadão. Nesse sentido anota FERRARESI (2008, p. 27 *apud* GRINOVER, 2011, p. 140-141):

[...] não se pode esquecer o fato de que a multa diária recairá, diretamente, no patrimônio público, bem de todos. E que, por isso, os efeitos de uma multa aplicada ao setor particular e ao setor público podem ser completamente diversos. [...] A imposição de multa diária só tem efeito quando recai no patrimônio particular do administrador público, pois, de contrário, onerar-se-ia ainda mais o erário.

Como se extrai do excerto é possível dar efeito pleno há aplicação de multa diária quando recair no patrimônio do administrador público, ressalta-se que, no entanto, isso deverá ser feito em ação regressiva contra esse agente e, a depender do montante da dívida, não será possível satisfazê-la totalmente.

Apesar das *astreintes* não serem a modalidade de sanção mais adequada em desfavor do Estado, o STJ entende ser cabível a sua utilização, conforme jurisprudência abaixo:

Vistos. Estado do Amazonas interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, assim do na parte que interessa: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. DEVER DO ESTADO. – É possível a fixação de astreintes contra a Fazenda Pública, com o fim de assegurar prestação de tratamento de saúde fora do domicílio do recorrido, sendo a mesma necessária para se vencer eventual obstinação ao cumprimento da obrigação, incidindo sua eficácia a partir da ciência do obrigado e de sua recalcitrância. Portanto, sua eficácia resta condicionada à ocorrência da omissão no cumprimento da determinação judicial. – Nos exatos termos do que dispõe nossa Constituição Federal, em seu art. 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo tal garantia social ser protegida e velada em sua

completude, consoante dispõe os artigos 7º a 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 227 da nossa Carta Magna. – A falta de dotação orçamentária não representa óbice ao cumprimento do dever constitucional imposto ao Estado, qual seja, o de assegurar melhores condições de acesso à saúde aos cidadãos. [...] Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. [...] (STF – RE: 669409 AM , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 06/03/2013, Data de Publicação: Dje-060 DIVULG 02/04/2013 PUBLIC 03/04/2013)

Ainda no sentido de fazer-se cumprir as decisões judiciais aplica-se a Lei 8.429/1992, que dispõe sobre os crimes de Improbidade Administrativa, mais precisamente o inciso II do 11º que diz que “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” é ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública.

Essa medida de execução forçada encontra eficácia na penalidade prevista no art. 12, III da Lei de Improbidade Administrativa, senão vejamos:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I – [...]

II – [...]

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

O STF entende que o dever cumprimento de uma ordem judicial pelo Estado é uma decorrência da harmonia esperada entre os três poderes e que sua não observância se classifica como conduta típica do art. 11, II da Lei de Improbidade Administrativa, apesar de exigir uma conduta comissiva ou omissiva dolosa, conforme extrato do julgado abaixo:

Vistos. O Ministério Público Federal interpõe recurso extraordinário (folhas 361 a 372), contra acórdão proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim do: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA

MORALIDADE E LEGALIDADE. CONDUTA DOLOSA. TIPICIDADE DO NO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. [...] Quando o magistrado expede uma ordem, a partir do que decidiu em um processo judicial, almeja que esta seja imediatamente cumprida, conferindo à ela a efetividade da tutela requerida. Ao instante em que o destinatário do mandado opõe recusa para atender o que lhe foi ordenado, a primeira idéia que se tem é que aquele agente público malferiu uma parcela de soberania do estado, e que por isso, deve ser punido."Concluindo, entendo que a conduta do agente está efetivamente tipificada na Lei nº 8.492/92, porquanto deixou de atender, de pronto, e na condição de agente público, ordem judicial para fins de registro de exercício prévio de bem imóvel. Como se vê, o tribunal a quo entendeu, para avaliação da tipicidade da conduta que o não-cumprimento de pronto da ordem judicial era suficiente para caracterizar o ato de improbidade. Restringiu-se, portanto, à conduta, deixando de aferir sobre a vontade do agente em desrespeitar princípio administrativo, ou seja, não houve identificação do dolo. Na verdade, dolo não houve. [...] ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE: TIPIFICAÇÃO (ART. 11 DA LEI 8.429/92). 1. O tipo do artigo 11 da Lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa. 2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo. 3. Recurso especial provido." (Resp n. 534;575-PR, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.3.2004.) Faço a ressalva de que, ao valer-me das citações acima indicadas, não busquei revolver os fatos informadores da presente ação, mas, demonstrar que o tribunal a quo, na aferição da tipicidade da conduta do réu, ora recorrente, deixou de examinar um de seus requisitos essenciais, aqui consubstanciado no elemento volitivo do agente, o que já é suficiente ao provimento do presente recurso, uma vez que a tipicidade dos atos previstos na Lei n. 8.429/92 não se esgota na conduta do agente. Ademais, trata-se de fatos incontroversos. Portanto, entendo que, no acórdão recorrido, incidiu-se em vulneração do disposto no inciso II do art. 11 da Lei n. 8.429/92, pois, ao se proceder à subsunção dos fatos in concreto à referida norma, deixou-se de considerar todos os elementos que ensejariam a tipificação da improbidade administrativa" (folhas 325 a 328). Tem-se, portanto, que para a perquirição da suposta violação dos referidos preceitos constitucionais, mister seria uma detida análise dos fatos relacionados à atuação do recorrido, como Oficial de Registro Imobiliário da Comarca de Torres (RS), especificamente no que concerne à alegada prática de improbidade administrativa, consubstanciada pela recusa em proceder ao pronto cumprimento de mandado judicial recebido, com supedâneo, ainda, no disposto em normas da Lei nº 8.429/92, o que se mostra de insuscetível realização, no âmbito de um recurso como o presente. Diga-se, em arremate, que não incumbe a esta Suprema Corte a análise da presença dos requisitos que ensejariam, no caso concreto, o conhecimento e o provimento do recurso especial, já tendo sido reconhecido, pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, a ausência de repercussão geral de uma tal matéria, o que ocorreu no julgamento do RE nº 598.365-RG/MG, cuja ementa assim restou redigida: "PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS DA COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. A questão alusiva ao cabimento de recursos da competência de outros Tribunais se restringe ao âmbito infraconstitucional. Precedentes. Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta nossa Corte, falta ao caso "elemento de configuração da própria repercussão geral", conforme salientou a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE 584.608" (Relator o Ministro Ayres Britto, Dje de 26/3/10). Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 25 de outubro de 2011. Ministro DIAS TOFFOLI Relator (STF – RE: 535127 RS , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 25/10/2011, Data de Publicação: Dje-210 DIVULG 03/11/2011 PUBLIC 04/11/2011).

DI PIETRO (2014, p. 917), acompanhando o entendimento do STF acerca da necessidade de existência de dolo, comissivo ou omissivo, afirma que:

A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei [...]

O instrumento mais incontroverso de execução forçada é a intervenção federal e tem fundamento no art. 35, IV da CF/88, *in verbis*:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I – [...]

II – [...]

III – [...]

III – [...]

IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

O descumprimento de ordem judicial implica na ingerência política da União no Estado, e do Estado nos seus Municípios, por meio da decretação de intervenção federal, como já assentado pelo STF:

INTERVENÇÃO FEDERAL – DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR MUNICÍPIO SITUADO EM TERRITÓRIO DE ESTADO-MEMBRO – PROPOSTA ENCAMINHADA PELO TST AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL – QUESTÃO DE ORDEM – PEDIDO NÃO CONHECIDO. O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS IRRECORRÍVEIS IMPÕE-SE AO PODER PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL INDERROGÁVEL . – A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de impeachment), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios). IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE INTERVENÇÃO FEDERAL EM MUNICÍPIO LOCALIZADO EM ESTADO-MEMBRO . – Os Municípios situados no âmbito dos Estados-membros não se expõem à possibilidade constitucional de sofrerem intervenção decretada pela União Federal, eis que, relativamente a esses entes municipais, a

única pessoa política ativamente legitimada a neles intervir é o Estado-membro. Magistério da doutrina. Por isso mesmo, no sistema constitucional brasileiro, falece legitimidade ativa à União Federal para intervir em quaisquer Municípios, ressalvados, unicamente, os Municípios “localizados em Território Federal...” (CF, art. 35, caput). (STF – IF: 590 CE , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 17/09/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-10-1998 PP-00005 EMENT VOL-01926-01 PP-00001)

A intervenção federal é, por excelência, meio de execução força e é uma dentre muitas outras formas de cumprimento compulsório de uma decisão judicial em desfavor do Estado.

4.5. A VIA JUDICIAL ADEQUADA À IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.5.1. Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas

A atuação judiciária depende de provocação, é uma decorrência do princípio da inércia do judiciário que só poderá se posicionar sobre determinado contencioso jurídico quando provocado por uma das partes interessadas, por meio de uma ação específica para cada tipo de lide.

Essa necessidade de utilização de uma ação específica para cada direito afirmado é um desdobramento do princípio da adequação, entretanto, em sede de implementação de políticas públicas vários tipos de ações tem sido utilizados, desde aquelas específicas de proteção a direitos difusos e coletivos quanto às ações ordinárias na busca de direitos individuais ou individuais com efeitos coletivos, sobretudo por força do art. 21 da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), que determina que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”; e do art. 83 c/c art. 90 do Título III do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 (CDC, in verbis):

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

[...]

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

A aplicabilidade subsidiária mútua da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor enseja supressão do princípio da adequação quando não houver ação específica para defesa de um direito difuso, coletivo ou individual de com efeitos coletivo, sendo possível a utilização de qualquer ação capaz de proteger ou de buscar implementação de políticas públicas. Kazuo Watanabe (apud GRINOVER, 2011, p. 144) assevera:

Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma autoaplicável, no sentido de que dela se podem extrair desde logo várias consequências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual “o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. A segunda, que é consectária da qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle das políticas públicas. E não importa a espécie de demanda: meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*. Consequência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que se procura privilegiar o “ter” mais que o “ser”, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc.) tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada (2007, p.854-855).

Sobre a correlação entre o CDC e a Lei de ACP anota GRINOVER (2011, p. 145):

O princípio é certamente aplicável a todos os direitos e interesses, violados ou ameaçados, mesmo fora das relações de consumo. Aliás, não custa lembrar que as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se à tutela de qualquer direito ou interesse coletivo (*lato sensu*), por força da correlação estabelecida pelo art. 90 do CDC (“Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições” [grifo meu]) – e pelo art. 21 da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (“Aplicam-se à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”). Isto quer dizer, em última análise, que o art. 83 do CDC, *supra* transcrito, aplica-se a todos os direitos difusos e coletivos, nos termos do art. 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública.

Neste sentido, conclui-se que não só a ACP poderá ser utilizada para buscar a implementação de políticas públicas pelo judiciário, como qualquer outra ação

capaz de “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (Art. 83 do CDC), tais como o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ADO, a ADPF e a IF.

Conforme se depreende de recente julgado do Tribunal Federal Regional da 4º Região, em que determina a possibilidade de ordem judicial para duplicação da rodovia, a ACP pode ser utilizada para implementação de políticas públicas:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DUPLICAÇÃO DE RODOVIA FEDERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativa à duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência. (TRF4. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 2004.04.01.014570-3/SC)

O STF tem julgado no mesmo sentido, conforme jurisprudência anotada abaixo:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO. TRANSPORTE DE ALUNOS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF – ARE: 728255 BA , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: Dje-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014)

Outras ações coletivas podem ser utilizadas para buscar a implementação de políticas públicas pelo judiciário. O mandado de segurança coletivo, a título de exemplo, pode ser utilizado por partidos políticos em defesa de direitos fundamentais contra atos cuja ilegalidade possa coloca-los em risco, sendo dispensável que haja liquidez e certeza quanto ao direito (DI PIETRO, 2014, p. 878).

A implementação de políticas públicas em sentido abstrato se dá por meio de condenações em obrigações de fazer ou de não fazer, abrangendo direitos coletivos ou difusos, não pertencentes a um indivíduo apenas. Podemos vislumbrá-la, por exemplo, na decisão da Apelação, em Sede de Ação Civil Pública, pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, que manteve a decisão do juízo de primeiro grau que determinou o acesso imediato de alunos à educação infantil e fundamental em salas de aulas nas proximidades de suas residências, devendo o Município de São

Luis/MA fazer obras e reformas necessária para tal, ou o oferecimento de transporte público seguro, no prazo de 60 dias, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR. ACESSO DE ALUNOS À EDUCAÇÃO INFANTIL E FUNDAMENTAL, SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. UNANIMIDADE. 1. In casu, o órgão ministerial está a defender o direito à educação de 2.296 crianças a fim de que tenham acesso imediato às salas de aula. 2. O prazo estabelecido no decism é razoável e plenamente passível de cumprimento, não havendo de se falar em desrespeito à lei orçamentária, especialmente porque a educação é um direito essencial do cidadão, assim como a saúde, de forma que o Município dispõe de recursos para implementar tais políticas públicas e ainda recebe verbas de outras esferas do governo. 3. Veja-se que o apelante figura como prestador de serviço público, ficando adstrita ao cumprimento, à observância dos princípios que regem a Administração Pública, especialmente o da eficiência. 4. Apelação conhecida e improvida. Unanimidade. (TJ-MA – APL: 0618582013 MA 0000242-80.2012.8.10.0002, Relator: RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA, Data de Julgamento: 17/03/2014, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/03/2014)

Em outro exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a medida liminar proferida pelo juízo *a quo* que determinava a reforma imediata de presídio com condições de instalação sub-humanas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REFORMA DE PRESÍDIO – PEDIDO LIMINAR – GRAVIDADE DA SITUAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS – PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. É dever do Estado manter as instalações dos presídios em condições adequadas a assegurar aos detentos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. O poder judiciário pode, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de Direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Ao manter o preso sob sua custódia, obriga-se o Estado a garantir a dignidade da pessoa humana, sendo que as instalações que ensejam tratamento desumano e degradante violam o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em seu art. 7º, subscrito pelo Brasil em 24.01.1992. (TJ-MG – AI: 10325130006852001 MG, Relator: Yeda Athias, Data de Julgamento: 27/10/2015, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/11/2015)

Em nove de novembro de 2015 a Juíza Ana Maria de Oliveira, da Comarca de Caçu, em Goiânia, nos autos da ação 201501938694 (p.173) concedeu liminar que determinou a interdição da Rodovia 206/GO, sua recuperação e manutenção, bem como a proibição de realizar “tapa-buracos”, conforme dispositivo abaixo transcrito:

Ex positis, com fundamento no art. 12, da Lei 7.347/85, hei por bem em deferir **o pedido liminar**, oportunidade em que **DETERMINO**:

- 1) a imediata **interdição parcial e provisória** da Rodovia GO-206 no trecho compreendido entre os Municípios de Caçu até Itarumã;
- 2) a proibição do trânsito de carretas, bitrens e caminhões na referida rodovia, até sua total recuperação, excetuados os veículos leves (carros,

motos), bem como veículos destinados a entregas de mercadorias na cidade de Itarumã (condição que deve ser documentalmente comprovada) e à realização de serviços públicos essenciais (correios, bombeiros, ambulâncias, carros funerários, veículos oficiais) e ainda ônibus de transporte de passageiros e de estudantes;

3) que a ré confeccione placas de sinalização, indicando o número da ação, as partes envolvidas e os motivos da interdição, além de placas sinalizadoras para a mudança de tráfego dos veículos, colocando referidas placas em todos os trevos de acesso aos Municípios de Caçu e Itarumã, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para o caso descumprimento de qualquer destas ordens, sem prejuízo de responsabilização por crime de desobediência e decretação de bloqueio total das respectivas vias.

4) DETERMINO a ré AGÊNCIA GOIÂNÁ DE TRANSPORTES E OBRAS – AGETOP, que no prazo de cinco dias: a) inicie a manutenção/recuperação da rodovia GO-206, no trecho compreendido entre os Municípios de Caçu-GO e Itarumã-GO, em sua totalidade territorial, o que inclui os acostamentos existentes, com promoção da devida sinalização, sob pena de multa diária que fixo em R\$ 15.000,00; b) abstenha-se de utilizar terra, cascalho e massa asfáltica, bem como de realizar a chamada “operação tapa buracos”, sob pena de consideração de não cumprimento da liminar; c) apresente dentro dos autos, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do início do prazo para início da obra, relatório descritivo das providências adotadas, bem como de relatório de inspeção quanto à condição da rodovia em questão, descrevendo as condições de pista de rolamento, acostamento, sinalização, obras em andamento e necessárias, para análise de eventual permissão de passagem de veículos.

Oficie-se à Polícia Rodoviária Estadual para que faça o controle do tráfego de caminhões, bitrens e carretas na Rodovia GO-206, no trecho compreendido entre os Municípios de Caçu-GO e Itarumã-GO durante a interdição parcial da mesma, colocando-se em ponto estratégico para evitar a ocorrência do referido tráfego.

Oficie-se aos órgãos de imprensa local (rádios e jornais) e imprensa jornalística da região, a fim de que estes divulguem a interdição da via citada no intuito de evitar prejuízos a cidadãos, principalmente turistas e caminhoneiros, que pretendem se utilizar da rodovia nos próximos dias. (grifos da autora).

4.5.2. Ações Individuais

O Judiciário pode ser provocado para implementação de políticas públicas sociais que abranjam direitos individuais, pertencentes apenas à parte litigante. A utilização desse tipo de ação no Brasil, apesar de poder ser utilizado em qualquer caso de violação à direitos fundamentais, tem se dado principalmente para obtenção do direito à saúde, seja pela concessão de medicamentos pelo Estado ou pela determinação de realização de cirurgias ou tratamentos não cobertos pelo Sistema Único de Saúde.

No julgado abaixo o Superior Tribunal de Justiça determinou o afastamento de limitações do da Lei 9.313/96 para concessão gratuita de medicamento para tratamento da AIDS, ementa *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV. 2. No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e 56xercício56ias acarretadas pela doença. 3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS. 4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96. 5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade. 6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público. 7. Precedentes da 1ª Turma desta Corte Superior. 8. Recurso improvido (STJ – Resp: 325337 RJ 2001/0067327-4, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 21/06/2001, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.09.2001 p. 159LEXSTJ vol. 148 p. 133RSTJ vol. 152 p. 149)

Em outra situação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou a concessão gratuita de um medicamento, mas considerou imprescindível a demonstração da hipossuficiência do paciente:

Apelação Mandado de Segurança – Fornecimento de medicamento gratuito pelo Estado Impetrante portador de coronariopatia Concessão da segurança – Inconformismo O impetrante comprovou sua enfermidade, necessitando do fornecimento do medicamento indicado para o seu adequado tratamento, bem como a sua hipossuficiência financeira Princípios constitucionais que garantem o direito de recebimento de medicamentos gratuitamente Direito assegurado pelo art. 196 da Constituição Federal Obrigação dos entes públicos Recursos improvidos. (TJ-SP – REEX: 00015190820118260363 SP 0001519-08.2011.8.26.0363, Relator: Castilho Barbosa, Data de Julgamento: 24/09/2013, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/09/2013)

Em 2013, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a antecipação de tutela deferida em primeiro grau e determinou a realização de cirurgia bariátrica em paciente com obesidade mórbida sem a necessária observância dos

procedimentos de fila adotado pelo SUS, exigindo apenas o agendamento de consultas médicas necessária para a cirurgia:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBESIDADE MÓRBIDA CIRURGIA BARIÁTRICA DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REQUISITOS PRESENTES. 1. A União, Estados-Membros e Municípios têm responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos, o que permite a propositura da ação contra um, alguns ou todos os responsáveis solidários, conforme opção do interessado. 2. Hipótese em que persiste a necessidade de início do acompanhamento médico, razão porque merece parcial deferimento o pedido de tutela antecipada para determinar aos réus, no prazo de 30 dias, o agendamento das consultas médicas que se façam necessárias, bem como de eventuais exames, para futura submissão ao procedimento de redução de estômago. Consignando que a cirurgia bariátrica deve ser agendada no prazo estipulado pela equipe médica que acompanhará o paciente. (TRF4, AG 5004411-95.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 06/06/2013)

Recentemente, em novembro de 2015, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região manteve decisão de primeiro grau que determinou que a Universidade Federal do ABC assinasse termo de compromisso de estágio, a fim de evitar lançar direito líquido e certo, ao não dar provimento ao agravo e à apelação interpostos pela primeira instituição em sede de mandado de segurança. As decisões, conforme transcrições abaixo, demonstram implementação de política pública educacional pelo Poder Judiciário:

ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. ESTÁGIO. REGULAMENTAÇÃO. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES FUNDADOS NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. 1. A entidade em tela, Fundação Universidade do ABC, valendo-se da autonomia constitucional a ela garantida, decidiu por criar novos critérios para o exercício do estágio, ao arremetimento da legislação de regência, notadamente hostilizando as balizas impostas pela Lei nº 11.788/2008. 2. Precedentes deste Tribunal (decisões exaradas nos AI 2014.03.00.028464-3/SP, Relator Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO, publicada no D.E. 28/11/2014, AI 2014.03.00.019810-6/SP, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, publicada no D.E. de 29/08/2014 e AI 2014.03.00.022968-1/SP, Relator Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI, decisão publicada no D.E. de 07/10/2014, entre outros). 3. Apelação a que se nega provimento. (TRF3, AC – APELAÇÃO CÍVEL – 2037991, QUARTA TURMA, Desembargadora Marli Ferreira, 21/10/2015).

MAS – CONSTITUCIONAL – ESTÁGIO – FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – LEI 11.788, DE 25 DE SETEMBRO DE 2008 – RESOLUÇÃO Nº 112 DO CONSELHO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO – ARTIGOS 206 E 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I – A negativa da Universidade em assinar o termo de compromisso de estágio do impetrante, viola direito líquido e certo. II – Embora as Universidades gozem de autonomia didático-científica, nos termos do artigo 207 da Constituição da República, o exercício da referida autonomia deve observância ao que dispõem as leis e a Constituição. III – Nos termos do artigo 206, II da Constituição, o ensino deverá ser ministrado

com base no princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. IV – Agravo legal não provido. (TRF3, MAS – APELAÇÃO CÍVEL – 354463, TERCEIRA TURMA, Desembargador Antônio Cedenho, 22/10/2015).

Como se vê nos inúmeros julgados dispostos acima, a implementação de políticas públicas podem ser alcançadas por meio de uma diversidade de ações judiciais, basta que a via escolhida seja hábil e adequada à consecução do direito pleiteado.

CONCLUSÃO

A despeito dos avanços sociais obtidos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma análise superficial da situação político-econômico-social do país já deixa clara a incapacidade da Administração Pública na consecução das finalidades constitucionais do Estado. Nesta obra, não se ateve a demonstrar as causas da omissão ou incapacidade do Estado, haja vista que atuação do Poder Judiciário independe da causa que criou ameaça ou lesionou um direito declarado.

Exato é que a busca pela justiça social, a redução das desigualdades, a construção do bem-estar de todos, a harmonia social e a erradicação da pobreza são finalidades do Estado brasileiro e devem permear atuação do Poder Público em todas as suas esferas. Essas finalidades constituem obrigações do Estado e se revelam como direitos plenamente exigíveis pelos cidadãos brasileiros, não sendo adequado que estejam subjugados às áleas políticas que regem a aprovação de leis sobre políticas públicas sociais pelo Poder Legislativo e a sua concretização pelo Poder Executivo.

Quando um direito social sofre ameaça ou é lesionado pela omissão ou má atuação do Poder Público caberá ao Poder Judiciário fazer a defesa desse direito, quando for provocado pelo seu interessado ou por quem o represente. As condições precárias da realidade social brasileira ocasiona certo ativismo judicial, que é apontado, de forma recorrente, como infração a independência dos Poderes, decorrente da Teoria da Separação dos Poderes. Contudo, a interferência judicial na atuação executiva e legislativa é preceito fundamental da República, real instrumento de freio e contrapeso que encontra respaldo constitucional, não apenas como um controle de constitucionalidade, mas também como defesa contínua do Estado de Direito.

Além dos inúmeros dispositivos constitucionais que descrevem o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário por meio da ADIN, da ADO, da IF, da ADPF e de outras ações, a mesma carta preleciona “que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, conforme art. 5º, XXXV. A imperiosa harmonia entre os Poderes, proclamada no art. 2º da CF/88, se desdobra nessa ferramenta de segurança político-jurídica da apreciação judicial garantida, da qual não está ressalvada a atuação estatal.

A garantia de interferência judicial em atos dos outros Poderes não é absoluta e deve estar limitada por preceitos que garantam a atuação desses de forma independente, sob o risco de se tornar verdadeira ingerência. O primeiro limite é o mínimo existencial, consistente naquele:

[...] grupo de direitos sociais imprescindíveis à vida digna, não se submetendo de forma alguma às necessidades do Estado, nem muito menos aos movimentos cambiantes dos mercados, cuja realização é – mais que uma necessidade – um imperativo (SOLLA, 2010).

O mínimo existencial é composto pelo direito à vida, à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, ao transporte, à cultura, etc. Ele deve fundamentar as decisões do Poder Judiciário, seja para dar provimento ao direito pleiteado quando ele for considerado como componente desse grupo específico de direitos ou para denegá-lo se for entendido como um direito que extrapole o mínimo exigível do Estado, sob o risco de locupletar imotivadamente o cidadão.

A princípio da reserva do possível também é um limite à atuação judicial na implementação de políticas públicas, entretanto vem sendo utilizado de forma deturpada pelo Poder Público para se eximir do dever de cumprir as decisões judiciais, que se originaram de um processo judicial e da cognição exauriente de um magistrado. O princípio não pode ser usado após o *decisum*, ao contrário, ele deve fazer parte da análise do magistrado ao convencer-se da existência do direito pleiteado. A reserva do possível não diz respeito unicamente à capacidade econômica do Estado em atender as necessidades sociais de sua população, essencialmente ele diz respeito à razoabilidade e a proporcionalidade da atuação estatal no atendimento do clamor social. Quando, por exemplo, o magistrado entende que o direito declarado pelo requerente não é razoável à intervenção do Estado para seu atendimento, ele deverá decidir pela improcedência do pedido.

Assim como não pode o Estado invocar o princípio da reserva do possível para abster-se do cumprimento de uma decisão judicial, não poderá alegar a falta de orçamento para executar a determinação do magistrado, esse entendimento vem sendo perpetrado pelos Tribunais Superiores, fundamentando-se na existência da finalidade constitucional do Estado de criação do bem-estar social, devendo ele se adaptar às necessidades sociais e não o contrário. Ainda não há decisões que determinem a aprovação de determinada dotação orçamentária pelo Poder Legislativo, mas crê-se ser possível quando se justifique na mesma obrigação do estado na perseguição de suas finalidades.

Em relação às vias judiciais adequadas para reclamar um direito social concluímos que há vias mais apropriadas a sua obtenção, como a ADO, a ADPF, a IF, o mandado de segurança coletivo ou individual, a ação civil pública, etc. No entanto, deriva da correlação entre o CDC e a Lei de Ação Civil Pública que para defesa dos direitos coletivos, difusos ou individuais, “são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (Art. 83 do CDC), sendo exigível apenas que a via escolhida seja hábil a realização do direito pleiteado.

Por fim, registra-se a existência de inúmeros instrumentos de execução forçada de que conta o Judiciário para fazer cumprir suas decisões, mesmo pelo próprio Poder Público, tais como as *astreintes*, a intervenção federal ou a configuração de ato de improbidade administrativa quando de seu descumprimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Judicialização da política no Brasil: Influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional (Série: Temas de interesse do Legislativo, n. 24). Brasília: Câmara do Deputados, Edições Câmara, 2013.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível, 2013. In: **Âmbito Jurídico**, Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12762&revista_caderno=9>. Acesso em 11/2015.

BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Lei 8.429/92 – Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial nº 325337/RJ. Relator(a): José Delgado, publicado no DJ de 03/09/2001, p. 159. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/303882/recurso-especial-resp-325337-rj-2001-0067327-4>> Acesso em 11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial nº 811608. Relator(a): Luiz Fux, publicado no DJ de 04/06/2007, p. 314. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930399/recurso-especial-resp-811608-rs-2006-0012352-8>> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direita de Inconstitucionalidade Interventiva nº 590/CE. Relator(a): Celso de Mello, publicado no DJ de 17/09/1998. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698185/questao-de-ordem-na-intervencao-federal-if-590-ce>> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direita de Inconstitucionalidade Interventiva nº 114/MT. Relator(a) Néri da Silva, publicado no DJ de 27/09/1996, p. 36154. Disponível em: <

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752133/intervencao-federal-if-114-mt>>
Acesso em 10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental nº 728255/BA. Relator(a): Rosa Weber, publicado no DJe-122 de 24/06/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25146888/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-728255-ba-stf>> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 535127/RS. Relator(a): Dias Toffoli, publicado no DJe de 04/11/2011. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22877336/recurso-extraordinario-re-535127-rs-stf>> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 669409/AM. Relator(a): Dias Toffoli, publicado no DJe de 03/04/2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23121308/recurso-extraordinario-re-669409-am-stf>> Acesso em 10/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Acórdão na Apelação nº 2037991. Relator(a): Marli Ferreira, publicado no DJF3 de 21/10/2015. Disponível em: <[http://www.trf3.jus.br/NXT/gateway.dll/bibjur/jur/jur15/novembro/trf300544220.xml?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$q=%5Band%3AFunda%3F%3Fo%20Universidade%20do%20ABC%5D%20\\$x=server\\$3.0#LPHit0](http://www.trf3.jus.br/NXT/gateway.dll/bibjur/jur/jur15/novembro/trf300544220.xml?f=templates$fn=document-frameset.htm$q=%5Band%3AFunda%3F%3Fo%20Universidade%20do%20ABC%5D%20$x=server$3.0#LPHit0)> Acesso em 11/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Acórdão na Apelação nº 354463. Relator(a): Antônio Cedenho, publicado no DJF3 de 22/10/2015. Disponível em: <[http://www.trf3.jus.br/NXT/gateway.dll/bibjur/jur/jur15/novembro/trf300543281.xml?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$q=%5Band%3AFunda%3F%3Fo%20Universidade%20do%20ABC%5D%20\\$x=server\\$3.0#LPHit0](http://www.trf3.jus.br/NXT/gateway.dll/bibjur/jur/jur15/novembro/trf300543281.xml?f=templates$fn=document-frameset.htm$q=%5Band%3AFunda%3F%3Fo%20Universidade%20do%20ABC%5D%20$x=server$3.0#LPHit0)> Acesso em 11/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 5004411-95.2013.404.0000. Relator(a): Fernando Quadros da Silva, publicado no DJF4 de 06/06/2013, p. 341. Disponível em: < <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF404082342>> Acesso em 11/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão no Agravo Regimental nº 2004.04.01.014570-3. Relator(a): Edgard Antônio Lippmann Júnior, publicado no DJF4 de 04/08/2004, p. 341. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF400097924>> Acesso em 11/2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, Ed. 7, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., rev. E atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 3ª ed., 1998.

CARRILHO JÚNIOR, Paulo Almeida. ADFP - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conceito de preceito fundamental. Fundamento lógico-transcendental da validade da constituição jurídico-positiva. In: *Âmbito Jurídico*, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10158&revista_caderno=9>. Acesso em 10/2015

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. Rio de Janeiro: Borsoi, Ed. 3, 1966, p. 202. In: MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, Ed. 10, 2013, p. 25.

CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *Limites da Iniciativa Parlamentar Sobre Políticas Públicas: Uma proposta de releitura do art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-122-limites-da-iniciativa-parlamentar-sobre-politicas-publicas-uma-proposta-de-releitura-do-art.-61-ss-1o-ii-e-da-constituicao-federal>> Acesso em 01/11/2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, Ed. 31, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, Ed. 27, 2014.

FERRARESI, Eurico. Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, tese de doutorado defendida na USP, orientadora Ada Pellegrini Grinover, p. 27. In: GRINOVER, Ada Pellegrini(Org.); WATANABE, Kazuo(Org). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 140-141.

GOIÁS. Juiza de Direito. *Decisão em Liminar de Ação Civil Pública nº 201501938694*. Juiza Ana Maria de Oliveira, publicada no DJGO de 09/11/2015. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/sdm2/consultaPublica/imprimir?codigoValidacao=4f8b3&atold=2462704>> Acesso em 11/2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.); WATANABE, Kazuo (Org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GROPALI, Alexandre. Doutrina do Estado. São Paulo: Saraiva, 1962. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, Ed. 31, 2012, p. 108.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. O Estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KRELL, Andreas. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. São Paulo: Fórum, 2008. In: ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo Civil. São Paulo: Vozes, 1994. In: ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Judicialização da política no Brasil: Influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional (Série: Temas de interesse do Legislativo, n. 24). Brasília: Câmara do Deputados, Edições Câmara, 2013, p. 22-24.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución, 1970*. In: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p.67.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. Acórdão em Apelação nº 0618582013. Relator(a): Raimundo José Barros de Sousa, publicado no DJMA de 19/03/2014. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181074582/apelacao-apl-618582013-ma-0000242-8020128100002>> Acesso em 11/2015.

MARCOS, Rui Figueiredo, Ibsen Noronha e Carlos Fernando Mathias. História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

MARSHALL, Theodor H. Citizenship and Social Class, 2009. In: KERSTENETZKY, Celia Lessa. O Estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 27-28.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. Judicialização da política e a crise do direito constitucional. Revista de Direito do Estado, 2008. In: ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Judicialização da política no Brasil: Influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional (Série: Temas de interesse do Legislativo, n. 24). Brasília: Câmara do Deputados, Edições Câmara, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 10325130006852001. Relator(a): Yeda Athias, publicado no DJMG

de 11/11/2015. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254744695/agravo-de-instrumento-cv-ai-10325130006852001-mg>> Acesso em 11/2015.

MONTESQUIEU, Barão de Secondat. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes. São Paulo: Saraiva, Ed. 9, 2008. In: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 543.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, Ed. 10, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. São Paulo: Método, Ed. 4, 2009. In: CARRILHO JÚNIOR, Paulo Almeida. ADFP - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conceito de preceito fundamental. Fundamento lógico-transcendental da validade da constituição jurídico-positiva.

ROCHA, Eduardo Braga. A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=9>. Acesso em 08/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão em Apelação de reexame necessário nº 00015190820118260363. Relator(a): Castilho Barbosa, publicado no DJ de 27/09/2013. Disponível em <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117688809/apelacao-reexame-necessario-reex-15190820118260363-sp-0001519-0820118260363>> Acesso em 11/2015.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos, 2012. In: CAVALCANTI FILHO, João Trindade. Limites da Iniciativa Parlamentar Sobre Políticas Públicas: Uma proposta de releitura do art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOLLA, Paulo Ramon da Silva. Mínimo existencial e patrimônio mínimo: O equívoco da pré-constitucionalidade. In: **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14508>>. Acesso em 03/11/2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, Gilberto Bercovici, José Filomeno de Moraes filho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. In: ROCHA, Eduardo Braga. A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, 2012.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

TITMUSS, Richard. Essays on the "Welfare state". New Haven: Yale University Press, 1959. In: KERSTENETZKY, Celia Lessa. O Estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 23.

WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Ed.9, 2007. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.); WATANABE, Kazuo(Org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 144.