



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

RAFAEL GOMES MONTEFUSCO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília
2013

RAFAEL GOMES MONTEFUSCO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção de grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

**Brasília
2013**

RAFAEL GOMES MONTEFUSCO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção de grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Brasília, de de 2013

BANCA EXAMINADORA:

Professor Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

**À minha família, que mesmo estando longe,
sempre esteve presente.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Senhor e Salvador Jesus Cristo, aquele que mudou a minha vida e história, sempre me sustentando com a Sua potente mão.

Aos meus familiares, pelo seu amor, carinho e permanente incentivo.

Ao meu pastor Eliezer Martins, pelas orações e orientações, e a todos os membros da Igreja Assembleia de Deus – Ministério Prosperidade.

Aos professores André Gontijo, meu orientador, pela paciência e orientações.

À Márcia e familiares, pelo cuidado e apoio durante a realização deste trabalho.

Ao meu amigo Heitor, pela amizade e apoio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 NEOCONSTITUCIONALISMO	10
1.1 A Constituição e o Estado Democrático de Direito	10
1.2 O constitucionalismo no Brasil	13
1.3 Surgimento do neoconstitucionalismo	15
1.4 Neoconstitucionalismo no Brasil	17
1.5 Características do neoconstitucionalismo	19
1.5.1 <i>A normatividade constitucional</i>	20
1.5.2 <i>A ampliação da jurisdição constitucional</i>	23
1.5.3 <i>A nova interpretação constitucional</i>	28
2 POLÍTICAS PÚBLICAS	36
2.1 Crise da visão acerca das políticas públicas	36
2.2 Surgimento da área de políticas públicas	37
2.3 Definição de política públicas	39
2.3.1 <i>Características de uma política pública</i>	41
2.4. Formulação de uma política pública	42
2.4.1 <i>Modelos de política pública</i>	42
2.4.2 <i>Fases da política pública</i>	43
3 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	47
3.1 Críticas sobre o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário	47
3.1.1 <i>Separação de poderes</i>	48
3.1.2 <i>Legitimidade democrática</i>	49
3.1.3 <i>Discricionariedade orçamentária</i>	53
3.1.4 <i>Limitação técnica</i>	56
3.2 Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas	57
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	

“Não to mandei eu? Esforça-te, e tem bom ânimo; não temas, nem te espantes; porque o Senhor teu Deus é contigo, por onde quer que andares.”

Josué 1:9

RESUMO

O trabalho tem por objetivo tratar sobre a legitimidade do Poder Judiciário no cumprimento da sua função constitucional de regulador de atos proferidos pelos demais Poderes para a constituição de políticas públicas que visam a concretização dos direitos fundamentais constitucionais, sanando eventuais dúvidas sobre o tema. Realiza-se uma análise da influência do neoconstitucionalismo no atual momento constitucional brasileiro, surgindo com o advento da Constituição Cidadã de 1988. Realiza-se também o exame do conceito de políticas públicas e o seu complexo arranjo político de elaboração buscando identificar seu caráter jurídico ensejando o controle por órgãos jurisdicionais. Por fim verificam-se os argumentos a favor e contra a essa legitimidade do exercício de controle nos atos do Poder Público pelo Judiciário dando maior enfoque na possibilidade do Supremo Tribunal Federal observando seu posicionamento através de sua produção jurisprudencial. O Poder Judiciário possui legitimidade para controle e análise de políticas públicas a fim de se proteger e garantir os direitos fundamentais conquistados através da Carta Magna.

Palavras chave: Neoconstitucionalismo. Políticas públicas. Controle judicial. Supremacia constitucional.

INTRODUÇÃO

O controle judicial exercido pelo Poder Judiciário tem sido uma pauta polêmica no meio acadêmico dividindo opiniões, discutindo-se se este teria legitimidade para exercer o controle judicial de políticas públicas. Contesta-se se o controle exercido pelo Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, não estaria invadindo a competência dos demais poderes, afrontando assim o princípio constitucional da separação de poderes.

O grande questionamento gira em torno da possibilidade legítima do Poder Judiciário em exercer a regulação dessas políticas públicas elaboradas e executadas pelo Poder Público, sendo que tais políticas são produzidas por meio de um processo político, seara adversa da jurisdicional impossibilitando a incidência do controle jurisdicional.

O presente trabalho tem por finalidade solucionar esse questionamento observando a probabilidade desse controle pelo Judiciário. Buscaremos os principais argumentos que versam contra esse raciocínio e analisaremos ponto a ponto com o propósito de demonstrar a chance desse exercício controlador.

O trabalho visará sanar dúvidas acerca da legitimidade do Poder Público no cumprimento da sua função constitucional de regulador de atos proferidos pelos demais Poderes. Sua relevância se demonstra diante do crescimento da notoriedade do Poder Jurisdicional como agente regulador dos governos.

O cenário se estabelece no momento importante na história constitucional brasileira: o aniversário de 25 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988; o destaque do Supremo Tribunal Federal e a repercussão de seus julgamentos perante a sociedade; as diversas omissões do Estado brasileiro na busca da materialização de direitos fundamentais estabelecidos na Carta Maior.

Através das recentes manifestações de rua, a população brasileira demonstrou sua insatisfação com o agir do Poder Público na concretização de direitos básicos como saúde, educação, transportes entre outros e veem no Poder Judiciário a esperança que esse direitos sejam garantidos e prestados pela força da Lei Maior.

A obra consiste em três capítulos. No primeiro capítulo abordaremos o neoconstitucionalismo, nova ordem constitucional que surgiu após a 2ª Grande Guerra, que ascendeu a Constituição como norma suprema dentro dos Estados modernos gerando Estados Constitucionais, nos quais todos os poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – deveriam estar submetidos a ela.

No segundo capítulo trataremos uma conceituação de políticas públicas e seu processo de formação a fim de esclarecer como poderia incidir o controle de procedimentos que são construídos através da vontade política dos entes eleitos pelo povo.

No terceiro capítulo tratamos os principais argumentos que permeiam a questão da legitimidade do Poder Judiciário como a possível afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, a ilegitimidade democrática dos juízes, a impossibilidade de intervir na discricionariedade do ente político no momento de investir os recursos públicos e a ausência de conhecimento técnico dos magistrados para a análise dessas ações governamentais de alta complexidade. Por fim dedicamo-nos a apresentar a posição do Supremo Tribunal Federal sobre essa legitimidade.

Trata-se de um trabalho cujo método empregado foi o de pesquisa dogmático-instrumental, através da pesquisa de obras doutrinárias, periódicos especializados e jurisprudência com intuito de ter uma visão global acerca do tema desenvolvido.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1 A Constituição e o Estado Democrático de Direito

Define-se como Estado Constitucional Democrático o Estado cuja lei escrita é fundamental para a regência deste, onde sua lei fundamental é juridicamente constituída de estruturas básicas de justiça. Trata-se de constituições escritas que foram concebidas na idade contemporânea possuindo somente o condão da organização política do Estado.

O termo constituição era usado para denominar atos normativos que eram proferidos pelos imperadores. Já na antiguidade, o conceito de constituição foi marcado pela ideia apresentada por Aristóteles, em sua obra “Política” traz um conceito muito moderno para sua época e possui duas características marcantes segundo Canotilho: “(1) a constituição como ordenamento fundamental de uma associação política; (2) a constituição como o conjunto de regras organizatórias destinadas a disciplinar as relações entre os vários órgãos de soberania”¹.

Na época da República Romana, berço do Direito Civil moderno, um conceito com influência jurídica já que estava ligada ao pensamento de *res publica* que “exprime a coletividade tomada por sua individualidade como sujeito de relações jurídicas”. Conclui-se que a constituição nada mais seria do que a “organização jurídica do povo”².

Essa escalada histórica do conceito tem guinada durante a monarquia francesa com o surgimento do pensamento de uma lei suprema, fundamental. No início a ideia de lei fundamental era um “conjunto de princípios éticos-religiosos e de normas consuetudinárias ou pactícias, que vinculavam reciprocamente o rei e as várias classes sociais, não podendo ser violadas pelo

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 60.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 60-61.

titular do poder soberano”. Constatam-se os primeiros traços de uma elevação da norma constitucional, pois esta subordinaria até mesmo o monarca³.

Tal raciocínio gerou dentro dos reinados duas formas legislativas: (i) as leis provenientes do rei, as quais poderiam ser criadas e revogadas a qualquer tempo pelo soberano; e (ii) a lei fundamental, possuía grande poder coercitivo sobre todos, inclusive sobre próprio soberano⁴.

Porém essa situação legislativa começou a ser questionada por influência de diversas teorias políticas que surgiam à época. Subsistiram duas afirmações; a primeira seria que as leis fundamentais possuíam um caráter de definir parcelas de poder para o rei e para os demais estados do reino, e a segunda era que as leis fundamentais seriam leis de natureza superior⁵.

As revoluções francesa e americana foram o estopim do movimento constitucional dentro do cenário mundial. O principal foco desse movimento seria a instituição da lei fundamental como centro dos Estados. Buscava-se através dessa lei fundamental definir uma nova estrutura organizacional dos Estados que estavam surgindo como consequência das revoluções que tinham por objetivo cessar com a monarquia absolutista na França e encerrar o jugo inglês sob a América saindo do status de colônia para nação independente⁶.

No período moderno, Canotilho faz referência a contribuição de Carl Schmitt no aprimoramento do conceito. Segundo o autor, o conceito ideal de constituição introduzida por Schmitt trouxeram premissas cuja presença é atestada nas constituições modernas. Pautado no pensamento do jurista alemão, Canotilho conclui que:

“(a) constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 61-62.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 62.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 62.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 63.

reconhecimento de direitos individuais e da participação do ‘povo’ no actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o princípio da divisão dos poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito)”⁷.

Essas características foram um marco para demonstrar a diferença entre os Estados Constitucionais e não Constitucionais. O Estado Constitucional para ser caracterizado deveria ter um documento escrito cujo objetivo seria gerir o Estado, sendo o “garantidor das liberdades” e impondo limites para os Poderes “mediante o princípio da divisão dos poderes”⁸.

O autor também cita outros estudiosos como Martin Kriele, que trazem uma ideia de uma construção lógica do Estado Constitucional. O Estado estaria vinculado a um ordenamento jurídico, produzido e publicado, cuja formação já se encontra prevista, caracterizando um Estado de legalidade formal. Essa vinculação do Estado teria por objetivo garantir a justiça material, conferindo segurança à liberdade e as sociedades. Temos como exemplos a “vinculação do legislador aos direitos fundamentais” e a “obtenção do direito através da interpretação das leis segundo os princípios fundamentais da justiça” formando um Estado do direito material⁹.

A constituição, por consequência, se mostraria como o “garantidor do controlo judicial da aplicação dos princípios materiais e formais do Estado de Direito”, gerando assim um Estado de Justiça. O princípio da separação de poderes como elemento integrado na constituição permite que o juiz possa agir de forma independente e segura, sendo também possível o controle judicial do legislador por meio de uma jurisdição constitucional, surgindo assim um Estado Constitucional com divisão de poderes¹⁰.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 64.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 64-65.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 65.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 65.

O jurista português afirma que a mescla dos conceitos de Constituição Ideal e Estado Constitucional fizeram nascer uma ideia constitucional e a ideologia do constitucionalismo. A ideia constitucional pode ser definida como a limitação e controle do poder político através das instituições legalmente constituídas, vinculando por meio de normas aplicadas os cidadãos e aqueles que possuem legitimidade para exercer o poder. Quanto à ideologia, essa seria a evolução, englobando além, os aspectos políticos, sociais e econômicos do indivíduo¹¹.

1.2 O constitucionalismo no Brasil

O constitucionalismo surgiu no Brasil ainda na época imperial, mais precisamente em 1822, ano da proclamação da Independência. O período de império constitucional perdurou até a proclamação da República¹².

Foi instalada em maio de 1823 a Assembleia Constituinte no Rio de Janeiro, sendo essa dissolvida em novembro do mesmo ano por intermédio de um golpe de Estado liderado pelo próprio imperador Dom Pedro I. Foi outorgada em março de 1834 a Constituição Política do Império do Brasil, sendo emendada somente uma vez em agosto do mesmo ano de sua outorga. Para melhor aplicação dessa constituição foi criada a Lei de Interpretação em 1840, cuja função era manter uma interpretação mais conservadora da Carta¹³.

Nesse período houve uma grande influência francesa na elaboração da Carta. Uma característica marcante foi a aplicação do modelo de Estado difundido por Montesquieu composto por três poderes: Executivo, Legislativo e

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 65

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 362.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 362-363.

Judiciário. Ainda sob a influência das ideias revolucionárias franceses, foram elencados diversos direitos e garantias individuais na Constituição Imperial¹⁴.

Contudo, esse período constitucionalista no Brasil não foi marcado somente pela presença de ideais franceses. Os ingleses da mesma forma inspiraram os constituintes brasileiros no sistema de governo. O Brasil adotou o modo parlamentarista de governo, classificada por Bonavides como “híbrido e primitivo”. A constituinte concluiu que devido o momento histórico em que se encontravam e dos costumes já existente no estado imperial acharam por bem adotarem tal sistema governamental¹⁵.

Mesmo com essa característica importada da Inglaterra, o constitucionalismo no período imperial foi em grande parte influenciado pela França. Uma peculiaridade evidente diante da influência de Montesquieu foi a inserção de mais um poder ao modelo tripartido de poder estatal, o Poder Moderador, que dava poder discricionário ao imperador para agir sobre os demais poderes¹⁶.

O próximo marco do constitucionalismo dentro do Brasil foi a instituição da República em novembro de 1889, dando início a um período de constitucionalismo republicano. Houve grandes mudanças dentro do Estado nacional nesse tempo em nível de valores e de estrutura de organização. O novo enfoque republicano se voltava para a nação norte-americana, a qual possuía diretrizes e estruturas inovadoras dentro do campo estatal¹⁷.

O antigo estado constitucional imperial se mostrava instável diante do Poder Moderador e do sistema de governo parlamentarista anterior. Nesse cenário de implementação da República que surgia, os Estados Unidos era visto

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 363.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 363-364.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 363.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 364.

como inspiração, pois os norte-americanos tinham um Estado eficiente, pautado no federalismo e no modelo presidencialista de governo¹⁸.

O jurista Rui Barbosa, importou do solo estrangeiro a força que as instituições liberais tinham dentro dos Estados Unidos. Outro fato relevante era a existência de uma corte suprema que zelava pela supremacia da Carta Constitucional norte-americana¹⁹.

A influência norte-americana sob a República brasileira foi intensa, causando profundas alterações. Características como “o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder” provenientes de um estado liberal que impactaram o Brasil, modificando o sistema imperial e ensejando a proclamação da República²⁰.

Aponta Bonavides, que tal influência aportou em terras brasileiras tardiamente, só sendo positivadas tais influências na promulgação da primeira constituição republicana²¹.

Essa fase constitucional republicana durou cerca de 40 anos sendo maculada por um intervalo ditatorial que só teve fim com o advento de uma nova assembleia constituinte. Até esse momento, o constitucionalismo nacional era pautado na doutrina norte-americana inserida dentro de um estado liberal, porém isso foi modificado com a promulgação da Constituição de 1934, inaugurando mais uma nova fase constitucional²².

1.3. Surgimento do Neoconstitucionalismo

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 364.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 365.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 365.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 365.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 365-366.

Uma nova ordem constitucional nasceu após a 2ª Guerra Mundial trazendo a ideia de supremacia da Carta Constitucional. A Constituição começou a perder o enfoque de documento político para se tornar a lei fundamental que rege o Estado contemporâneo. Países como Alemanha e Itália, após a Segunda Grande Guerra, necessitavam de uma nova base estatal para se reerguerem dentro do cenário mundial. Marcadas pelo totalitarismo governamental que os afligiram durante o período de guerra, observaram com o fim do conflito uma oportunidade de um novo começo²³.

A nova forma de regência surgiria através de uma concepção diferente de constituição, harmonizando a lei com valores que brotaram diante do choque causado pelo autoritarismo antes existente. A população não queria experimentar novamente o gosto da tirania, mas da democracia, uma participação direta do povo. A soma desse constitucionalismo com a democracia gerou o chamado Estado Democrático de Direito²⁴.

A cultura jurídica dos países europeus era que a principal fonte de Direito advinha das leis editadas pelas Casas Legislativas, restando a Constituição um papel meramente político, norteando a vontade do legislador na produção de normas, porém não sendo cabível buscar junto ao Judiciário o cumprimento de determinado direito que assistia ao cidadão²⁵.

O marco inicial desse novo movimento ocorreu na Alemanha com a edição da Lei Fundamental de Bonn em 1949. Após a promulgação da Constituição germânica, ocorreu uma expansão dentro do território europeu, despertando os demais países como Itália, Portugal e Espanha para elaboração e promulgação das suas respectivas Cartas Constitucionais. As constituições tinham por finalidade cessar com a extrema liberdade que os agentes públicos tinham dentro do sistema,

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

já que a população europeia começou a repensar seus valores éticos e morais diante dos regimes nazistas e fascistas, buscando aplacar novas possibilidades de líderes totalitários ascendessem ao poder²⁶.

1.4. Neoconstitucionalismo no Brasil

Esse movimento constitucional aportou no Brasil num momento oportuno: durante a elaboração da Constituição que viria a ser promulgada em 1988. Com o fim da ditadura militar, procuravam-se mudanças dentro do Estado brasileiro e a Constituição de 1988 veio para atender os anseios de um povo que se sentia oprimido e cativo. Num sentimento similar vivido pelos europeus, a população brasileira ansiava por liberdade de pensamento e de expressão, por liberdade de viver. Contemplou-se na edição de uma nova Constituição a oportunidade de consolidar os valores que antes foram coibidos pela agressividade do regime militar.

A Constituição revolucionou o nosso Estado se firmando como diretriz diante de momentos decisivos dentro da história da democracia, saindo das sombras para se erguer como a norma suprema dentro do ordenamento jurídico. Barroso descreve que esse quadro tem gerado na população brasileira um temor pela Carta Magna, uma valorização da mesma, gerando um “sentimento constitucional”²⁷.

As Cartas Constitucionais que surgiram não concediam tanto poder decisório aos parlamentos. Esses documentos possuíam grande injeção de valores tidos como importantes para as sociedades locais. Traziam em seu conteúdo descrições da composição do Estado, mas também uma gama de direitos individuais e coletivos, assuntos antes nunca tratados nas cartas políticas²⁸.

²⁶ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

Outro ponto chave nessa evolução foi conferência de status de norma jurídica a Constituição, quebrando o padrão de documento meramente político. Por possuir essa característica política, a Constituição não retinha nenhuma influência sobre o Poder Estatal, sendo ela interpretada e utilizada na forma que bem parecesse à autoridade. Quanto ao Poder Judiciário, esse não tinha qualquer ingerência em relação à Carta Maior²⁹.

Com o advento dessa recente ordem, a lei proveniente do Parlamento teria que estar submetida à Constituição, ou seja, toda norma produzida pelos parlamentares, a princípio, deveria estar de acordo com os parâmetros estabelecidos por ela. Essa mudança de perspectiva ocorreu por influência norte-americana, onde já possuíam uma visão da Constituição como principal norma fundamental³⁰.

Os Estados Unidos entendiam que certos direitos imprescindíveis deveriam ser garantidos independentemente do gosto político, sendo eles elencados em sua Constituição e incumbindo a defesa desses direitos ao Poder Judiciário. Assim se constituía a supremacia da Constituição³¹.

Os modelos europeus que cuja base era o Poder Legislativo se modificaram com as constituições. Para a consolidação dessas constituições foram criados Tribunais Constitucionais. A principal função desses Tribunais era zelar pela nova supremacia constitucional que surgia³².

A pioneira nesse inovador aspecto de Estado foi a Alemanha, criando o primeiro tribunal constitucional, o Tribunal Constitucional Federal, que tinha por missão a preservação da Carta Maior Alemã. O dito tribunal produziu

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

jurisprudência e linhas doutrinárias zelando pela hegemonia da Constituição, asseverando uma mudança de cenário. Após esse marco dentro da Alemanha, eclodiram diversas edições de Constituições as quais pregavam a supremacia constitucional dentro dos Estados Europeus. A Itália seguiu os mesmos passos estabelecendo uma Corte Constitucional, em seguida vieram Portugal e Espanha dando força e intensidade a onda constitucionalista que aparecia³³.

1.5 Características do neoconstitucionalismo

Existem várias características que compõem o neoconstitucionalismo. Ana Paula de Barcellos apresenta dois pontos de vista para melhor análise do tema. O primeiro classifica como características metodológico-formais e o segundo ponto de vista seriam de características matérias³⁴.

No primeiro ponto de vista, aborda que o neoconstitucionalismo se fundamenta sobre três pilares principais: "(i) a normatividade da Constituição; (ii) a superioridade da Constituição; (iii) a centralidade da Constituição dentro do sistema jurídico"³⁵.

No ponto de vista material, a autora ressalta dois pontos que integram o constitucionalismo contemporâneo: "(i) a grande atribuição axiológica e de variedades políticas agregadas ao texto constitucional através dos diversos princípios introduzidos como o da dignidade humana e dos direitos fundamentais; (ii) a ampliação de conflitos judiciais, sejam eles gerais ou específicos, entre

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 15 jul. 2013.

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 15 jul. 2013.

alternativas normativas e principiológicas presentes dentro do sistema constitucional”³⁶.

Luís Roberto Barroso analisa a temática de outra forma, apontando marcos histórico, filosófico e teórico, nesse último destrinchando três fatos que ensejaram numa inovadora ótica acerca do direito constitucional: “(i) a força normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; (iii) a nova interpretação constitucional”³⁷.

1.5.1 A normatividade constitucional

A visão normativa da Constituição nasce logo após a Segunda Grande Guerra, nos países europeus como Alemanha, Itália e depois Portugal e Espanha. Ocorreu uma atribuição imperativa, coercitiva, as normas constitucionais, devido à equiparação que sofrera as normas jurídicas³⁸.

Esse avanço aportou em terras brasileiras em momento inoportuno, durante a ditadura militar, encontrando muitas barreiras para sua implantação. Somente com a Constituição de 1988, foi retirada a imagem de submissão do texto constitucional ao infraconstitucional³⁹.

Mas a normatividade constitucional foi devidamente atestada na obra de Konrad Hesse. O jurista relata sobre os fatores que ensejaram a ascensão da Constituição como força suprema legislativa.

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 15 jul. 2013.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

Em sua obra Hesse rebate as afirmações elaboradas por Lassalle sobre a Constituição. A principal crítica se faz acerca da ideia que a Constituição seria somente um mero pedaço de papel, não tendo qualquer repercussão no mundo real. Para Lassalle, a Constituição real, a qual seria aplicada neste mundo real, é aquela que deriva das relações entre instituições que compõem a sociedade, que exercem diversos poderes, e as leis editadas. Segundo Lassalle essas interações são denominadas relações de poder e essas relações tecerem essa Constituição real⁴⁰.

Diante da Constituição real a Constituição escrita pereceria, pois a segunda estaria limitada pela primeira, se contentando a regular o que a Constituição real definisse. As questões de ordem constitucional não seriam jurídicas, mas políticas assim sendo moldadas pelas relações de poder existentes.

Hesse rebate dizendo que na verdade ocorre uma interação entre a realidade fática e a realidade escrita na Constituição. Quando a Constituição é elaborada, ela tem o intuito de ser tornar uma realidade dentro do mundo fático, ou seja, se tornar concreta no mundo real. O jurista alemão evidencia sua ideia:

“Mas, - esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as formas sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”⁴¹.

Hesse admite a existência das Constituições real e jurídica, ditas por Lassalle. A primeira seria o conjunto dos fatos que ocorrem naquele momento

⁴⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

⁴¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

histórico, enquanto a segunda seria a normatividade contida na letra constitucional. Para Hesse uma interage com a outra, porém não são dependentes entre si. A Constituição jurídica tem significado próprio e adquire força normativa ao passo em que busca aplicação de forma eficaz⁴².

Atesta que toda a Constituição, mesmo que teórica, ela deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, dentro da índole nacional, necessitando somente que seja desenvolvida. A Constituição deve ser construída com base na realidade histórica, não podendo ser planejada no campo abstrato e teórico, mas visando algo futurístico⁴³.

A Lei Fundamental deve estar ligada as tendências futuras se antecipando as situações que vierem a surgir. Sua ligação é com a realidade e deve prever inclinações que aparecerão com o passar do tempo, sob pena de se tornar algo estéril, a mera Constituição de papel. Contudo, Hesse destaca que não basta somente adaptar de forma inteligente a realidade fática, a Constituição jurídica busca concretizar-se em força ativa pautada na natureza singular do presente⁴⁴.

Por ela mesma, a Constituição nada pode fazer, mas pode impor determinadas realizações. Se essas realizações forem concretizadas através de uma consciência coletiva, sendo mais presente naqueles que devem prezar pela ordem constitucional, a Constituição terá força normativa⁴⁵.

Hesse apresenta pressupostos para que seja desenvolvida de forma eficaz a força normativa. Tais pressupostos referem-se ao conteúdo da Constituição e a práxis constitucional. O conteúdo de uma Constituição não deve observar somente fatores políticos, sociais e econômicos, buscando também o estado de espírito da nação para se obter a aprovação da consciência geral. Deve ser elaborada com a noção de que podem ocorrer mudanças na realidade social e

⁴² HESSE, Konrad. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.p. 15.

⁴³ HESSE, Konrad. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 17.

⁴⁴ HESSE, Konrad. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 18-19.

⁴⁵ HESSE, Konrad. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

política, estando sempre apta a modificar-se, sendo sempre presentes no seu conteúdo alguns princípios fundamentais numa estrutura unilateral, para que sua essência não se perca⁴⁶.

Segundo Hesse a práxis constitucional deve compor esse conjunto, pois só o conteúdo não se sustentará a força normativa da Constituição. Todos aqueles que estão sob o influxo da Constituição devem compartilhar do que o autor define como “vontade de Constituição”. Essa vontade deve ser preservada mesmo que se vejam necessários sacrifícios a vantagens e benefícios. Tal ato de renúncia fortalece a Constituição e, por consequência, o Estado Democrático de Direito⁴⁷.

O jurista alerta sobre o prejuízo da prática recorrente de revisões constitucionais em face de vontades políticas. Afirma que a cada reforma na Constituição dá-se mais valor ao fato do que a norma existente. Essa prática traz uma instabilidade para dentro da estrutura constitucional, minando sua força normativa⁴⁸.

Ao final, disserta que a interpretação é crucial para que a força normativa da Constituição se consolide e se mantenha preservada. A interpretação constitucional está vinculada ao princípio que a norma constitucional foi criada para se concretizar. O citado princípio, porém não pode ser utilizado baseado na lógica da subsunção, pois a Constituição tem sua eficácia atrelada aos fatos concretos. A interpretação deverá ser feita analisando o fato à luz dos preceitos da Constituição. A melhor interpretação é aquela que consegue concretizar da melhor maneira o espírito da norma constitucional diante das condições do fato concreto⁴⁹.

1.5.2 A ampliação da jurisdição constitucional

⁴⁶ HESSE, Konrad. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 20-21.

⁴⁷ HESSE, Konrad. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 21-22.

⁴⁸ HESSE, Konrad. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22.

⁴⁹ HESSE, Konrad. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 23.

Antes da consolidação da Constituição como norma suprema, o Poder Legislativo dispunha de todo poder de governança sobre o Estado. O Legislativo era tido como soberano, pois a lei era a expressão da vontade popular e quem produzia as leis possuía o poder. Porém tal concepção sofreu alterações após os governos autoritários adotando uma posição constitucionalista devido à influência norte-americana.

O crescimento da jurisdição constitucional se deu precipuamente com o reconhecimento da supremacia da Constituição dentro dos ordenamentos jurídicos. Joseph Sieyès apresentou o conceito de supremacia constitucional através da eleição de representantes políticos pelo povo. Essas figuras eleitas teriam a aptidão para concretizar a vontade geral num estatuto fundamental. Sieyès também afirma acerca da necessidade da criação de uma jurisdição constitucional para a proteção dessa supremacia, pois essa poderia ser violada através da inconsequente produção legislativa⁵⁰.

Ao contrário do Estado inglês, que tinha como fonte de direito os costumes e a jurisprudência, o Estado norte-americano colocou a Constituição no lugar mais alto, superando a tradição parlamentarista inglesa. Fora incumbido ao Poder Judiciário a tarefa de garantir essa supremacia, ainda que resultasse na invalidade das leis dentro do ordenamento jurídico. Assim surgia o controle de constitucionalidade das leis⁵¹.

No sistema de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, todos os juízes possuem força para declarar nula qualquer lei ou ato que ofenda a Constituição. Mesmo com essa função de controle distribuída entre os magistrados, as decisões da Suprema Corte – o tribunal constitucional norte-americano – se destacam, pois estas tem aplicação com base no princípio *stare decisis*, que vincula todas as demais decisões do tribunais inferiores⁵².

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 23.

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 25.

⁵² BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 34.

O controle difuso de constitucionalidade se espalhou por diversos países contudo cedeu espaço em países como o Brasil, o qual possui ordenamento jurídicos com origem romano-germânica. Ao longo do século XX o controle difuso perdeu espaço para o controle concentrado⁵³.

Essa espécie de controle nasceu na Europa continental e tinha por fundamento que o controle de constitucionalidade era exercido de forma exclusiva por um órgão jurisdicional competente, que estaria apartado ou integrado no Poder Judiciário. Esse modelo de controle floresceu num período entre as Grandes Guerras, através da Constituição da Áustria, a qual teve inspiração nos pensamentos de Hans Kelsen⁵⁴.

Ao contrário do que preceituava o controle difuso, - que determinava que a lei declarada inconstitucional fosse anulada, assim como todos os efeitos por ela gerados que repercutiram na órbita jurídica até aquele momento - o controle concentrado não observa da mesma forma a nulidade dos efeitos. No controle concentrado os efeitos de determinada lei tida como inconstitucional não retroagem no tempo⁵⁵.

Binenbojm distingue os sistemas constitucionais:

“[...]no sistema ‘americano’ de controle a decisão que proclama inconstitucional tem natureza *declaratória*, com efeitos retroativos (*ex tunc*) mas restritos às partes da demanda (*inter partes*), ao passo que, no sistema ‘austríaco’, essa decisão é de conteúdo constitutivo, com efeitos prospectivos (*ex nunc*) e extensíveis a todos os casos a que a lei se refira (*erga omnes*)”⁵⁶.

Nessa modalidade, proveniente da Constituição Austríaca, o controle era exclusividade do Tribunal Constitucional a atribuição de avaliar as inconstitucionalidades dentro do ordenamento, não cabendo aos juízes realizar tal análise já que eram tidos como incompetentes, não podendo nem encaminhar ao

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 35.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 36.

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 36.

⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 36-37.

Tribunal eventuais casos de inconstitucionalidade. Tal sistema é caracterizado como abstrato, pois o Tribunal só analisava casos sem vinculação a casos concretos preocupando-se somente em observar a matéria de direito. Em consequência seria o rol muito restrito de legitimados para acionarem esse Tribunal⁵⁷.

Contudo essa visão foi modificada com a reforma constitucional de 1929, ampliando o rol de legitimados incluindo os tribunais inferiores, todavia esses não poderiam apresentar a inconstitucionalidade por meio de ação direta – instrumento o qual somente os legitimados primários da Constituição Austríaca poderiam fazer uso – somente por meio incidental, ou seja, se do decorrer de um processo fosse prolatada decisão que tivesse alguma relevância diante de uma discussão sobre constitucionalidade de norma infraconstitucional. Mesmo com esse avanço, tanto o controle abstrato como em concreto se encontravam sob análise exclusiva do Tribunal Constitucional⁵⁸.

O controle de constitucionalidade por via incidental não alterou o fato que os juízes ordinários não tinham ainda meios de acesso ao Tribunal Constitucional. Eram meros aplicadores da lei em sentido estrito, mesmo que houvesse receio de inconstitucionalidade. Essa peculiaridade foi modificada dentro dos sistemas alemão e italiano, os quais admitiram a idéia que o juiz ordinário perante uma norma infraconstitucional, ter a permissão – e mais, a obrigação – de apresentar a possível inconstitucionalidade a Corte Suprema⁵⁹.

Após a Segunda Grande Guerra houve uma grande expansão desse modelo de constitucionalidade gerando múltiplas criações de tribunais constitucionais. Luís Roberto Barroso lista historicamente a expansão desses tribunais constitucionais:

“Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 38.

⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 38.

⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 39.

prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*⁶⁰.

Já no Brasil, a criação de um tribunal constitucional se deu em 1890, através do Decreto nº 848, sendo firmando na Constituição da República de 1891. Desse momento em diante a Corte Constitucional esteve presente em todas as constituições que viriam a ser criadas posteriormente⁶¹.

O controle de constitucionalidade no Brasil somente existia na sua modalidade incidental por influência norte-americana. Anos depois, com certo atraso, as deliberações sobre o sistema austríaco e as adaptações desse modelo em outros países tiveram influência no Brasil, com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, a qual introduziu a possibilidade no controle abstrato e concentrado – denominado como via principal de controle de constitucionalidade – o uso de uma ação judicial, na época batizada de genérica e atualmente conhecida como direta⁶².

No entanto, a expansão da jurisdição constitucional no Brasil só veio com o advento da Constituição Federal de 1988. Assim como ocorreu na Áustria, houve a aplicação dos legitimados para se manifestarem diante de provável inconstitucionalidade, mas diferente do país europeu, esses legitimados poderiam provocar a Suprema Corte de forma direta.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

⁶¹ DIREITO, Gustavo. *O Supremo Tribunal Federal: uma breve análise de sua criação*. Disponível em: <<http://www.supremoemnumeros.com.br/i-relatorio-abril2011-o-multiplio-supremo/>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

Na atual legislação há diversos meios para o controle de constitucionalidade pelo Supremo: ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º); mandado de injunção (art. 102, I, q); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º); recurso extraordinário (art. 102, III, a, b, c e d). Podemos notar a preocupação do constituinte pela supremacia da Constituição, pondo nas mãos do Supremo Tribunal Federal o poder de garantir que ela seja cumprida⁶³.

1.5.3 A nova interpretação constitucional

A equiparação das normas constitucionais às normas jurídicas, teve como resultado uma equiparação na lógica interpretativa, isto é, a Constituição é interpretada agora como norma jurídica, aplicando os mesmos artifícios de análise dos demais tipos legislativos. Observa-se, contudo, que os mesmos métodos empregados para interpretação de leis não poderiam ser usados de forma similar na Constituição Federal. Não se trata de uma lei ordinária, mas da Lei Fundamental. Assim desenvolveu-se uma interpretação própria, uma interpretação constitucional.

Para se realizar uma interpretação de uma Constituição dever ser observados alguns princípios. Canotilho lista os princípios que devem ser observados para a interpretação constitucional: o princípio da unidade da constituição; o princípio do efeito integrador; o princípio da máxima efetividade; o princípio da justeza ou da conformidade funcional; o princípio da concordância prática ou da harmonização; o princípio da força normativa da constituição; e o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição.

O princípio da unidade da constituição assevera que no momento da interpretação deve ser observada a Constituição de forma global, com intuito de evitar possíveis contradições. Esse princípio faz com que o intérprete tenha que equilibrar os possíveis embates entre princípios, como princípio do Estado de Direito

⁶³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2013.

e o princípio democrático; princípio unitário e princípio da autonomia regional e local. O intérprete deve observar a norma constitucional não de forma autônoma, mas como um componente de um sistema complexo⁶⁴.

O princípio do efeito integrador tem a função de obrigar o intérprete a dar prioridade as visões que beneficiem a integração política e social e reforçando a unidade política. Canotilho afirma que esse princípio não tem a pretensão de integrar Estado e sociedade, mas procura dirimir as contendas que despontam da análise racional da Constituição visando a condução para soluções que integrem de forma plural⁶⁵.

O princípio da máxima efetividade – também conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva – define que a interpretação de uma norma constitucional deve ser feita de forma que ela seja mais eficaz possível. É muito utilizada na seara dos direitos fundamentais, devido a sua vinculação a aplicação de normas programáticas⁶⁶.

O princípio da justeza ou da conformidade funcional tem por objetivo evitar a distorção das funções estabelecidas na Constituição. Os alvos desse princípio são os órgãos que, ao interpretar a lei constitucional, concluem por uma interpretação que corrompa com a estrutura funcional definida constitucionalmente. O autor ressalta que atualmente esse princípio se mostra mais relacionado como regras de competência do que de interpretação⁶⁷.

O princípio da concordância prática ou da harmonização tem como fundamento buscar um denominador comum em conflitos que envolvam bens jurídicos sem que haja a necessidade de renunciar um bem em detrimento do outro. Mais uma vez, Canotilho destaca a importância desse princípio para dirimir conflitos entre direitos fundamentais e de direitos fundamentais e bens juridicamente

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 232

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 233

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 233

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 233-234

tutelados pela Carta Constitucional. Não há hierarquização entre os bens catalogados na Lei Maior, dificultando elaborar soluções, pois tal pensamento não permite o sacrifício de determinado bem por outro. Assim, deve o intérprete se atear a limites e condições para obter uma harmonia entre esses bens⁶⁸.

O princípio da força normativa da constituição tem foco na resposta de conflitos de ordem jurídico-constitucionais com prioridades para as interpretações que levantam o meio para melhor eficácia da norma fundamental. Sendo assim, deve-se valorizar as interpretações que tenham base na histórica constitucional, dando margem a modernizar a ordem constitucional garantindo sua eficácia plena⁶⁹.

Canotilho diferencia o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição dos demais princípios já que se desdobra em outros aspectos que o compõe. O autor atesta que esse princípio é precipuamente de controle. Diante de normas constitucionais que possuam plurisignificados procurar-se dar primazia àquela interpretação que traga um sentido conforme a constituição. Dentro desse princípio ensejam algumas perspectivas.

A primeira seria o princípio da prevalência da constituição, o qual determina que dentre as opções interpretativas que existem deve-se acolher aquela que não afronta as normas constitucionais. A segunda seria o princípio da conservação de normas que preceitua contra a declaração de inconstitucionalidade se existe possibilidade dessa norma ser interpretada de acordo com a Carta Maior. A terceira e última seria o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição, que determina que a interpretação da norma não pode confrontar a natureza dela sob alegação dessa interpretação estar conforme a Constituição, mesmo que essa interpretação ache um denominador entre normas constitucionais e infraconstitucionais⁷⁰.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 234

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 235

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 235

O entendimento do princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição em todas as suas perspectivas só será obtido se configurada uma lacuna para a admissão de várias possibilidades interpretativas, umas de acordo com a Constituição e outras não. Se durante a avaliação de norma jurídica não se consegue vislumbrar algum traço de constitucionalidade, ela deve ser rejeitada pelos juízes, não cabendo revisão pelo juízo *ad quem*; e se a interpretação conforme a constituição resulta numa vontade adversa a do legislador gerando uma normatização diversa a pretendida na lei ofendendo o sentido desejado na lei⁷¹.

Com a base principiológica definida partiremos para os métodos interpretativos que resultaram desse processo constitucional. Barroso afirma que a tradicional interpretação jurídica possuem duas premissas: o papel da norma e o papel do juiz. A primeira traz um comando a ser executado, já o segundo tem a função de vasculhar dentro do ordenamento jurídico a norma mais apropriada para resolução daquela situação. No modelo tradicional as normas jurídicas são tidas como regras e os juízes como aplicadores das normas existentes nos casos que lhe são apresentados⁷².

Com a evolução do direito constitucional essas premissas sofreram modificações, já que se notou que essas não mais conseguiam ser tão eficazes. Sendo assim se entendeu que a norma não possui todas as respostas aos problemas que aparecem, sendo necessária uma avaliação minuciosa dos fatos que compõem o problema⁷³.

Consequentemente a função exercida pelo juiz também se modificou. Agora o juiz não deve ser mais uma máquina que aplica as regras, tornou-se uma parte integrante da criação do Direito, complementando a produção

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 235-236

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

legislativa, preenchendo as cláusulas abertas por meio da valoração e ponderação para alcançar a solução mais adequada⁷⁴.

Barroso explica que essa nova forma de interpretação se divide em categorias. São elas as cláusulas abertas, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação⁷⁵.

As cláusulas gerais - também denominadas de conceitos jurídicos indeterminados – são textos amplos que traçam um norte para o intérprete, tendo esse a liberdade diante de um caso concreto de aplicar a norma valorando os fatores presentes na situação fática do melhor modo possível. Nesse caso a norma não apresenta explicitamente a resolução do problema, cabendo ao magistrado analisar e extrair da norma a resposta mais acertada⁷⁶.

Outra categoria são os princípios e o reconhecimento de sua normatividade. Barroso afirma que esse destaque dos princípios é produto do desenvolvimento do pensamento filosófico ao longo dos séculos sendo definidos como expressão de valores fundamentais⁷⁷.

Dworkin define princípio como:

“[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁷⁸.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p.36.

O autor norte-americano ainda explica que a diferença entre princípio e regra está contida na natureza lógica de cada uma. Elas se diferenciam na natureza da diretriz que apresentam. Enquanto que a norma é objetiva e inflexível o princípio se mostra abstrato e flexível. O último diverge mais por ter um atributo que o primeiro não tem: a dimensão do peso⁷⁹.

Quanto às colisões constitucionais Barroso afirma que no presente tais embates se tornaram um fenômeno natural, até mesmo inevitável, fruto dos processos dialéticos na elaboração das Cartas Constitucionais modernas⁸⁰.

Há conflitos de princípios e de direitos fundamentais devido a normatização dos mesmos, às vezes possuindo valores antagônicos. O autor exemplifica no campo principiológico, princípios como da livre-iniciativa e da proteção do consumidor se colidem. No âmbito dos direitos fundamentais temos os conflitos entre o direito a privacidade com o direito da liberdade de expressão⁸¹.

Diante de tantos conflitos o intérprete viu a necessidade de sopesar esse direitos visto que todos se mostravam relevantes. Surge assim a técnica da ponderação diante das colisões das normas constitucionais.

Robert Alexy classifica as regras como mandados de definição enquanto que os princípios como mandados de otimização. As regras são de uma natureza que apontam duas direções, ou são válidas ou inválidas, ou seja, não há possibilidade de impor uma graduação entre elas. Os princípios são diferentes, no sentido que esses foram produzidos de forma ampla, sendo possível dosar a intensidade sua aplicação diante das alternativas jurídicas sem afetar sua validade⁸².

⁷⁹ Esse atributo é de se notar quando há conflito de princípios. Observa-se qual princípio tem maior valor e relevância. Já nos conflitos de normas uma acaba por anular a outra, sendo suprimida do ordenamento jurídico. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p.36.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 90-91.

Essas balizas que limitam a otimização do princípio, são normas que tornam algum ponto excepcional e quando se encontram com outros princípios de mesma força, mas contrários, conclui Alexy pelo uso da ponderação⁸³.

Essa técnica consiste em se verificar a importância de cada um dos princípios defrontados, contudo inexistente uma hierarquia de princípios. Deve-se observar o caso em tela para se obter o resultado mais benéfico, não podendo excluir um princípio em face de outro⁸⁴.

Diante dos casos que se constata mais de uma solução cabível deve ser usada a argumentação, a razão de forma controlada por meio da ponderação. Quanto mais inovadora for a visão do magistrado numa decisão, maior será o seu dever de executar uma boa fundamentação na decisão, visto que pelo princípio da separação de poderes, o juiz não teria aptidão legislativa para tal⁸⁵.

Para assegurar a legitimidade e racionalidade da interpretação, Barroso descreve que devem ser observadas algumas pontuações na decisão. O magistrado deve remeter sua sentença à norma constitucional que lhe serviu de base, porque as decisões devem ser vinculadas a legislação. A decisão, igualmente, deve vislumbrar a possibilidade de que seus argumentos possam ser utilizados em casos similares, visando a universalização da jurisprudência, evitando o casuísmo. Por fim o magistrado, ao proferir sua sentença, deve refletir a respeito da repercussão que seus argumentos trarão para esfera fática⁸⁶.

Observamos o neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo Contemporâneo – desde seus primórdios e a sua progressão com a formação do Estado Constitucional de Direito, eclodindo após a Segunda Guerra Mundial, tendo

⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 90-91.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro* (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

sua influência mais marcante vinda da Alemanha, a qual teve forte influência em terras brasileiras. O neoconstitucionalismo se faz presente, podendo ser identificado nas decisões e sentenças proferidas pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Cidadã.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS

O principal meio de efetivação dos direitos fundamentais ligados a bens sociais e prestações de serviços sociais são as políticas públicas. O foco dessas políticas é a concretização de direitos sociais que

“[...]como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”⁸⁷.

Quando uma política pública é implementada pela Administração, busca-se concretizar os preceitos constitucionais a fim de que direitos e garantias fundamentais, mais precisamente os direitos sociais, possam ser exercidos. Traremos a seguir uma visão mais ampla acerca das políticas públicas e sua importância constitucional.

2.1 Crescimento da visão acerca das políticas públicas

Segundo Celina Souza, o crescimento do interesse acerca das políticas públicas se deu de forma gradual diante de determinados fatores. A autora aponta três fatores principais. O primeiro seria adoção de ações governamentais que restringiam os gastos de forma generalizada no cenário mundial, notada de maior modo nos países classificados como em desenvolvimento. Por consequência os holofotes se voltaram para elaboração e execução de políticas com objetivo de reduzir o consumo em todos os setores do Estado⁸⁸.

Outro fato ressaltado pela autora seria a modificação na visão governamental, retirando do centro as políticas pautadas nos princípios de Keynes, que se resumem a ideia do Estado ser o principal agente regulador da economia, presente no período pós-guerra para políticas restritivas de gastos. Sendo assim, o

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286.

⁸⁸ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

Estado não poderia ter a mesma liberdade para intervenções dentro âmbito econômico, tendo que se vincular a políticas econômicas que visavam uma estabilidade entre a receita e suas despesas⁸⁹.

O terceiro e último fator abordado pela autora está voltado aos países em desenvolvimento, como o Brasil e os demais países da América Latina, que possuem estados democráticos mais jovens. Celina Souza atesta que a formulação de políticas públicas nesses países é dificultada pela falta de consenso político entre parlamentares para direcionarem suas forças a elaboração de meios para alavancar a prosperidade econômica e redução das desigualdades sociais⁹⁰.

2.2 Surgimento da área de políticas públicas

Diante dos fatores já apresentados começaram a se desenvolver estudos acerca do tema. Existiram no início dos núcleos de estudos, a Europa e os Estados Unidos. Ambos iniciaram estudos sobre o Estado e acabaram por atingir a temática de políticas públicas. Na Europa, a área apareceu em decorrência de elucidações de estudos que possuíam por farol a função do Estado, mais precisamente do governo, como elaborador fundamental de políticas públicas⁹¹.

Seguindo um caminho mais progressista, o Estados Unidos, país que deu à luz a esse campo de estudos, diferentemente da prática europeia buscou analisar de forma mais direta as ações praticadas pelo governo dentro de suas universidades. Nesses empreendimentos acadêmicos concluíram que todo ato governamental realizado dentro de democracias sólidas estariam passivos de análise metodológica sendo averiguada se aquele determinado ato fora produzido com bases científicas, sendo seus avaliadores cientistas que não teriam vínculo com o governo⁹².

⁸⁹ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹⁰ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹¹ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹² SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em

Foram desenvolvidos diversos estudos de como os métodos científicos poderiam ser usados em tomadas de decisões pelo governo diante de diversos problemas que surgiam. Inicialmente utilizado para possíveis confrontos bélicos, esse pensamento se alastrou por diversos setores do Estado, atingindo a área das políticas públicas⁹³.

Souza aponta quatro personagens que são considerados “pais” fundadores da área de estudos sobre políticas públicas. Por ordem cronológica, temos Harold Laswell, que apresenta um método de análise de política pública que consistia em estabelecer uma conversa entre cientistas, a sociedade e o governo assim aplicando a compreensão científica dentro dos processos decisórios do governo⁹⁴.

Em seguida, Herbert Simon, que explicava que o processo de racionalização das decisões tomadas pelos gestores se encontrava limitada por diversos obstáculos como tempo, interesse dos gestores e falta de informação, mas que essa situação poderia ser modificada a partir de um regramento que disciplinasse a conduta desses gestores para atingir os fins desejados⁹⁵.

Outro “pai” foi Charles Edward Lindblom, que ponderou os métodos racionalistas dos dois pensadores anteriores, dando ênfase a possibilidades de introdução de outros elementos dentro da formulação e apreciação de políticas públicas. Aponta as ligações entre as diversas fases do processo de decisão e as relações de poder como variáveis dignas de influência dentro da elaboração de uma política pública, por isso devendo ultrapassar as questões meramente científicas e destaca como exemplo de variáveis os partidos políticos, grupos de interesses e a função das eleições⁹⁶.

<<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹³ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹⁴ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹⁵ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹⁶ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

O último seria David Easton, que afirma que as políticas públicas seriam compostas por etapas de formulação, obtenção de resultados e ambiente de elaboração, compondo assim um sistema. Easton afirma que instituições como partidos políticos, grupos sociais, e até a própria mídia exercem poder de influência na elaboração dessas políticas⁹⁷.

2.3 Definição de Política Pública

Não há consenso no que se diz respeito a uma definição de políticas públicas. Trata-se de um conceito ainda em construção em nosso país. Por se tratar de algo muito complexo e recente existem múltiplas concepções sobre o tema.

Para Américo Bedê Freire Júnior, “de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”⁹⁸.

Eduardo Appio descreve as políticas públicas de forma ampla como sendo

“[...]instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”⁹⁹.

Ana Paula De Barcellos apresenta um conceito baseado num conjunto de ações que também emana do Estado:

“Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a

⁹⁷ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

⁹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005. v.1. p. 47 (Temas Fundamentais de Direito).

⁹⁹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba:Juruá 2005 p. 136.

prestação de serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas¹⁰⁰.

Porém, Maria Paula Dallari Bucci é aquela que traz mais conhecimento acerca do tema. Segundo a professora, as políticas públicas possuem bases jurídicas para subsistirem. Esses pilares podem estar explícitos no texto constitucional ou infraconstitucional, havendo ainda possibilidade estarem dispostos em outros desdobramentos jurídicos como portarias e decretos, ou “até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo”¹⁰¹.

Bucci assevera sobre a equivocada classificação de determinadas normas jurídicas como política – como por exemplo a política nacional de abastecimento - já que para a autora política pública é composta de “meios de realização dos objetivos fixados” se caracterizando como uma ação governamental¹⁰².

Explica a autora que, para analisar de forma jurídica a política pública deve-se partir da premissa que “todo direito é permeado pela política”. Corroborando sua afirmação procede a diferenciação dos termos *politics* e *policy*, sendo que o primeiro se trata de atividade política num sentido lato enquanto que o segundo se liga a ideia de programas governamentais¹⁰³.

Diante disso afirma que

“[...] a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 15 jul. 2013.

¹⁰¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 11.

¹⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 11.

¹⁰³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 11

objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”¹⁰⁴.

Por fim, Bucci apresenta um conceito:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹⁰⁵.

A autora ressalta que a política pública ideal é aquela voltada para objetivos definidos numa ordem de priorização sendo observados os métodos para sua realização visando atingir determinadas metas dentro de um lapso temporal definido¹⁰⁶.

2.3.1 Características de uma política pública

Segundo Enrique Saraiva, uma série de quatro características é apontada nos conceitos de políticas públicas. A primeira característica seria seu caráter institucional, isto é, quando a política é elaborada por aquela autoridade competente legalmente composta para fazê-lo dentro de sua alçada e se caracterizando por legítima, assim, vinculando a todos¹⁰⁷.

Outra característica é o caráter decisório que se verifica na política pública. Ela é integrada por uma sucessão de decisões a respeito de um método, seja em curto ou longo prazo, para se obtenção de uma solução diante de um

¹⁰⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 14.

¹⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 39.

¹⁰⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 39.

¹⁰⁷ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

cenário específico. A terceira característica é o seu caráter comportamental devido o fato que política pública foca em fazer ou não fazer algo para alcançar determinado objetivo. A política é uma composição de diversas ações e não de um ato singular. O último elemento é o caráter causal, o qual se conclui que a política nada mais é do que um resultado de diversas atitudes que repercutem no sistema político-social¹⁰⁸.

Thoenig observa um componente a mais dentre os apresentados por Saraiva:

“[...] um conjunto de medidas concretas; decisões ou formas de alocação de recursos; ela esteja inserida em um ‘quadro geral de ação’; tenha um público-alvo (ou vários públicos); apresente definição obrigatória de metas ou objetivos a serem atingidos, definidos em função de norma e de valores”¹⁰⁹.

Saraiva adverte que o formato concreto dessas políticas deriva da sociedade a qual será implantada. Se essa sociedade for madura o suficiente certamente isso auxiliará na implementação da política pública, gerando uma política sólida e eficaz com a participação ativa da população e com transparência no processo decisório¹¹⁰.

2.4 Formulação de uma política pública

Para a formulação de uma política pública existem certos modelos para se basear e iniciar o processo e determinadas fases que devem ser ultrapassadas para se obter algum êxito nos trabalhos realizados. Trataremos a seguir desses pontos.

¹⁰⁸ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹⁰⁹ THOENIG, 1985, p. 7 apud SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹¹⁰ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

2.4.1 Modelos de política pública

A elaboração de uma política pública envolve muitos fatores e métodos. Apresentaremos os principais pontos para a elaboração de uma política pública. O primeiro passo para elaboração de uma política pública é definir que tipo de política pública se enquadra melhor no objetivo que se pretende, observando o cenário em que será executada.

Souza apresenta quatro tipos de políticas públicas: distributivas, regulatórias, redistributivas e constitutivas. As políticas distributivas são aquelas que o governo ignora o fato da sua limitação orçamentária. Essa política procura investir mais no indivíduo do que no coletivo, focando determinados grupos de pessoas ou áreas geográficas, os privilegiando em da face de outros. Outro tipo são as políticas regulatórias que são mais notórias para a população, temos como exemplo as agências reguladoras, que abrangem a burocracia, atividade política e grupos de interesses¹¹¹.

Temos as políticas redistributivas que alcançam grande número de pessoas visto que um grupo de pessoas perde parte de seus recursos em reduzido espaço de tempo em detrimento de outro grupo que futuramente, porém sem data certa, receberão esses recursos. Souza classifica as políticas sociais universais e o sistema previdenciário como exemplos de políticas redistributivas e ressalta que esse tipo de política é o mais árduo para se gerir. O quarto tipo é o das políticas constitutivas que trabalham com um processo de construção¹¹².

Adverte Souza que essas políticas públicas geram tanto grupos de apoio como movimentos contrários, e que essas manifestações variam de acordo com o sistema político no qual a política está sendo inserida¹¹³.

2.4.2 Fases de uma política pública

¹¹¹ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

¹¹² SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

¹¹³ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.

As políticas públicas passam por algumas etapas, cada uma delas tendo atores – tanto públicos (gestores públicos), como privados (aqueles que exercem influência na formação de políticas públicas) – os focos e os procedimentos diferentes¹¹⁴.

Saraiva assevera que as políticas públicas possuem basicamente três fases, formulação, implementação e avaliação, porém essas apresentam maiores desdobramentos na América Latina. Explica através do exemplo da necessidade de se diferenciar a elaboração da formulação. Segundo o autor, a elaboração trata do preparo da decisão política enquanto que a formulação é a decisão adotada por um parlamentar ou pelas Casas Legislativas e a transformação dessa decisão em uma norma jurídica. Evidencia a necessidade de fracionar implementação destacando que a implementação é a preparação para etapa de execução, ou seja, é a etapa para planejar projetos e programas. Já a execução seria aplicar a decisão parlamentar por meios desses planos¹¹⁵.

São observadas sete etapas para construção de uma política pública. Cada exerce uma função na criação da política. Saraiva esclarece que a diferenciação entre as etapas se faz necessária, pois cada uma delas esta ligada diversos campos de negociação política¹¹⁶.

A primeira etapa é a agenda, onde são listados diversos assuntos de necessidade social, priorizando-os diante do poder estatal. Saraiva descreve que para incluir determinado pleito numa agenda ocorrem vários estudos sobre cenários sociais a fim de se identificar algum problema e elevá-lo a circunstância de problema social. Adquirindo essa condição, esse problema se torna alvo de discussões no

¹¹⁴ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹¹⁵ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹¹⁶ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

meio político e midiático. Quando certo debate é incluso na agenda, entende-se por justificada a ação dos entes políticos por meio de suas decisões¹¹⁷.

A segunda etapa consiste na elaboração. Nesse momento é assinalado e delimitado um problema em potencial na sociedade, traçando-se possíveis soluções para tal com base em suas despesas e conseqüências em ordem de priorização.

O autor sustenta seus argumentos nas seguintes palavras de Hill:

“[...] os pesquisadores podem, por um lado, assumir que a elaboração de políticas é, essencialmente, um processo racional baseado nos clássicos passos, que vão desde a formulação do problema e avaliação de alternativas até a implementação. Podem ser admitidos os conflitos sobre metas ou percepções da situação, mas considera-se que eles resultam em efeitos estáveis e determinados e não interferem na consistência das operações do sistema. O problema é visto como técnico, o clima como consensual e o processo como controlado”¹¹⁸.

O terceiro momento está fundamentado no estabelecimento das metas e na delimitação judicial, financeira e administrativa da deliberação tomada, embasando-se na eleição e particularização da preferência mais favorável, acompanhada de depoimento de esclarecimento. Ou seja, consiste na formulação prévia do procedimento a ser executado quando legitimado¹¹⁹.

Em quarto lugar temos a implementação que se trata da preparação para etapa para execução. É o momento o qual se observa a como seria a aplicação dos planos elaborados na formulação e seus eventuais efeitos e repercussões

¹¹⁷ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹¹⁸ HILL, 1993, p.7 apud SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹¹⁹ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

dentro da sociedade. Os gestores analisam como seria essa política pública na prática¹²⁰.

Após as formulações e implementações, chegamos a etapa da execução da política pública que se resume no complexo de atividades cuja missão é atingir as metas estabelecidas pela política pública. Durante a fase de execução são avaliados os percalços que surgem para dificultar e até mesmo frear o andamento da política¹²¹.

Outra fase que foge do modelo tradicional é a do acompanhamento da política pública. Esse procedimento de controle sobre a execução da política é muito importante uma vez que assim são identificados eventuais erros para saná-los para a melhor efetividade da política pública¹²².

Temos a última etapa que é a avaliação da política pública a qual funda-se na observação da repercussão da política, avaliando se os objetivos que moveram aquela política foram atingidos, gerando alguma mudança no cenário inicial¹²³.

Apesar da complexidade nas etapas elaborativas e da alta carga política nas suas produções, as políticas públicas possuem vinculação com a lei, tendo como alicerces regramentos jurídicos que proporcionam sua sustentação dentro do sistema estatal. Essa essência jurídica identificada nas políticas públicas permite ao Judiciário a avaliação de possíveis incongruências com as normas constitucionais.

¹²⁰SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹²¹SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹²²SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

¹²³SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

3 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Apesar da incumbência da formulação de políticas públicas ser do Poder Legislativo, sendo implementado pelo Poder Executivo, cabe ao Judiciário exercer o controle das mesmas uma vez que são construídas com base em atos jurídicos, leis, portarias, e outros fenômenos jurídicos.

Bucci disserta sobre essa vinculação jurídica das políticas públicas:

“[...]o debate judicial sobre a aplicação de políticas públicas é o que se revela mais intrinsecamente jurídico, porque é onde se leva ao limite a questão da vinculatividade, isto é, o poder de coerção da norma jurídica, em relação ao direito, em especial aos direitos sociais. E nesse debate se revela, como em nenhum outro, a característica ontologicamente particular dos direitos sociais, cuja implementação justifica que se considere que o seu surgimento define um novo paradigma no cenário jurídico”¹²⁴.

As políticas públicas são provenientes de ações governamentais cujo intuito é realizar os direitos sociais de forma eficaz e imediata, e por se tratarem de atos jurídicos, são passivos de controle judicial. A seguir trataremos sobre alguns pontos polêmicos sobre análise desses atos normativos pelo controle jurisdicional.

3.1 Críticas sobre o controle de políticas públicas pelo Judiciário

São vários os questionamentos sobre o controle de políticas públicas exercido pelo Poder Judiciário. Bucci aponta que os problemas podem ser divididos em dois nichos, um político-institucional e outro econômico-financeiro.¹²⁵

¹²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 22.

¹²⁵ “I) Argumentos de ordem político-institucional: Separação de poderes, com base no art. 2º da Constituição Federal; Déficit democrático do Poder Judiciário; Limitações técnicas do Poder Judiciário para apreciação das políticas públicas em toda a sua complexidade; Discricionariedade administrativa; II) Argumentos de ordem econômica-financeira: “Reserva do possível”; Questão da iniciativa das políticas públicas: Poder Executivo(CF, art. 61, §1º, II, a e b) e Poder Legislativo”. BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de

O primeiro conjunto de problemas está mais focado na questão político-institucional cuja maior discussão se trata da ofensa ao princípio da separação de poderes. O Poder Judiciário estaria invadindo a competência do Poder Legislativo e Executivo, na seara de produção e execução, respectivamente, de políticas públicas.

O segundo conjunto trata da questão econômico-financeira que tem como ponto principal a alegação do Poder Público de não possuir as verbas necessárias para a manutenção de políticas públicas, denominada como reserva do possível. No caso o Poder Judiciário estaria impondo a Administração Pública algo impossível de ser fazer pela ausência de recursos.

Nesse trabalho elegemos quatro pontos que tratam da problematização do controle exercido pelo Poder Judiciário: A ofensa ao art. 2º da Constituição Federal; a ausência de legitimidade pelos juízes de exercerem o controle das políticas; a intervenção judicial no emprego de verbas públicas para financiar políticas sociais; e a ausência de conhecimento para exercer um juízo sobre as causas pertinentes ao tema.

Compõe esse conjunto de problemas questões como a legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle judicial dessas políticas públicas; a intervenção judicial no emprego de verbas públicas para financiar políticas sócias e a impossibilidade cognitiva dos magistrados de decidirem questões sobre esses programas sociais.

3.1.1 Separação dos poderes

O princípio da separação de poderes consagrado no art. 2º da Constituição Federal é sempre suscitado quando o Poder Judiciário se debruça sobre questões que versam sobre a discricionariedade política em casos determinados¹²⁶.

políticas públicas: possibilidades e limites. *Forúm Administrativo: Direito Público*. Belo Horizonte, ano 9, n.103, p.7-16, set. 2009. p. 9

¹²⁶ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o

Appio afirma que a separação dos poderes “se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não especializado, desde que compatível com sua atividade-fim”, porém esse exercício ocasional não se aplica ao Poder Judiciário já que sua atribuição constitucionalmente definida é de verificar se as atividades legislativas estão compatíveis a Constituição Federal¹²⁷.

Explicita Appio sobre a possibilidade da intervenção judicial em casos de reserva absoluta de lei que “implica a destinação específica da regulação de uma dada matéria – inclusive as formas de exercício de um determinado direito – à atividade legislativa, a qual não pode ser exercida pelos membros dos demais Poderes”, contudo os atos de controle emanados do Poder Judiciário não ferem nestas circunstâncias o princípio da separação de poderes¹²⁸.

Em casos que Constituição não confere discricionariedade para o gestor exercer sua função de forma diferente daquela definida ou que não há reserva absoluta de lei é equivocado afirmar que a intervenção judiciária se configure como uma invasão do exercício legislativo ou administrativo dos demais poderes. É legítima a interferência do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas na ausência de reserva de lei, se estiverem de acordo com os parâmetros da participação democrática¹²⁹.

3.1.2 Legitimidade democrática

Como já explicitado, a formulação de uma política pública é de extrema complexidade diante das circunstâncias como orçamentos, atores envolvidos, cenário para a aplicação da política, etc. Os legitimados para realizarem

Executivo e o Judiciário”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2013.

¹²⁷ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá 2005 p. 149.

¹²⁸ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá 2005 p. 150.

¹²⁹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá 2005 p. 150.

essas elaborações são os representantes eleitos pelo povo, o qual escolhe os integrantes do Poder Executivo e Legislativo para atender os seus anseios e aspirações.

A elaboração de uma política pública, como já versado anteriormente, é um procedimento altamente complexo, sendo as Casas Legislativas responsáveis pela deliberação para criação desses programas, nas quais os políticos representando a vontade popular definem as prioridades e quais atitudes devem ser tomadas para que esses anseios sejam saciados.

Os magistrados, porém, para ascenderem a este posto o fazem por intermédio de concurso de provas e títulos - aqueles que possuem a aptidão obtêm êxito e se tornam juízes, seja no âmbito estadual, seja no âmbito federal - não havendo qualquer escolha por meio de vontade popular.

Acerca da formulação de políticas públicas pelo Poder Público afirma Appio que

“Esta atividade tradicionalmente demanda o exercício de um ineliminável poder discricionário pelo Poder Legislativo, através de prognoses legislativas, as quais levam em consideração os fins que se pretende atingir e a idoneidade dos meios eleitos. Muito embora o Poder Judiciário possa proceder a um exame acerca da constitucionalidade destas leis, sempre que demandado, a formulação da política pública compete ao Poder Legislativo”¹³⁰.

Por ser tratar de um processo político os juízes não teriam legitimidade para exercer o controle das políticas elaboradas pelo Legislativo, ou seja, os julgadores não teriam força legitimadora para impor através de suas decisões judiciais a implementação de políticas públicas diante de uma omissão estatal.

Realmente não há de se discutir o conteúdo de decisões políticas, pois essa não seria atribuição do Judiciário, contudo a ideia da construção de um

¹³⁰ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 156-157.

Estado Democrático de Direito inculcado na Constituição vai além do sistema de representatividade eletiva, superando a estrutura orgânica do Estado¹³¹.

Questiona-se a imparcialidade dos juízes, já estes não estariam sendo isentos nas suas decisões relacionadas à garantia de direitos fundamentais, indo de encontro com democracia social. Segundo Osvaldo Canela Junior, essa imparcialidade deve ser analisada sobre dois pontos de vistas.

O primeiro, numa vertente mais tradicional, se resume na total falta de interesse do magistrado no caso concreto, se engajando na manutenção da ordem jurídica pautado na sua livre convicção. A segunda ótica se vincula a primeira, no ponto que os julgadores estão vinculados as metas propostas no texto constitucional, mais precisamente no campo da realização de direitos fundamentais¹³².

Canela Junior afirma que os constituintes tinham por intenção assegurar os direitos fundamentais a todos os cidadãos e que essa vontade induziu uma modificação do “sistema ético de referência” dos magistrados, transformando “a pessoa humana como valor supremo, característica do Estado Democrático de Direitos”. Com essa nova referência, o Judiciário toma um novo posicionamento como instituição, obtendo a independência democrática estabelecida na Constituição¹³³.

A legitimidade do Judiciário para análise de políticas públicas foi discutida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que reconheceu a possibilidade da Corte Constitucional em intervir em atos da Administração em sede de políticas públicas, não se verificando afronta ao princípio da separação dos poderes.

Em seu voto, o ministro atesta da possibilidade do controle de políticas públicas pelo Judiciário em face do Estado quando esse se faz omissivo na

¹³¹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 157.

¹³² CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

¹³³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

sua tarefa de materializar os direitos fundamentais constitucionalmente impostos. O julgador traz em sua decisão os argumentos de Andreas Krell justificando seu posicionamento:

“Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (grifei)¹³⁴.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 45*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <

Enfim Appio arremata sobre a problemática referente a legitimidade democrática para intervenção judiciária:

“A intervenção judicial será mais pronunciada nos casos em que o governo eleito se distanciar dos programas inicialmente propostos, na medida em que o Poder Judiciário gozará, nestes casos, de uma legitimidade material que decorre dos objetivos do próprio sistema representativo. A relação entre legitimidade e democracia é intensa, quando se considera a superação dos postulados tradicionais de um sistema fundado exclusivamente na representação popular. Neste contexto, não existe mais a legitimidade em si; transcendente e indiscutível, justa e imaculada. A legitimidade passa a ser um direito conquistado todos os dias, transforma-se num discurso no qual a justificação depende da práxis argumentativa racional”¹³⁵.

No mesmo sentido assegura Canela Junior sobre a legitimidade democrática:

“É por tais razões que não procede a assertiva de que os magistrados não detêm legitimidade democrática para determinar às demais formas de expressão do poder Estatal a realização material dos bens da vida protegidos por direitos fundamentais sociais”¹³⁶.

Tais preceitos que se ajustam com o neoconstitucionalismo, como a força normativa e a supremacia do texto constitucional sobre os poderes componentes do Estado. Esse mesmo Estado concede ao órgão jurisdicional a capacidade de intervenção em sede de políticas públicas.

3.1.3 *Discrecionariade orçamentária*

Outra crítica feita ao controle jurisdicional é na área econômica, sob a alegação que os juízes não poderiam determinar ao Poder Executivo onde deveria alocar seus recursos almejando a materialização dos direitos fundamentais sociais.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)> Acesso em: 13 jul. 2013.

¹³⁵ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba Editora Juruá 2005 p. 159

¹³⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, p. 99

Num Estado Democrático de Direito que provém de uma Carta Constitucional preceitua-se a ideia que o Estado, caso queira fazer uso do poder político, deverá se submeter às regras contidas na ordem constitucional, assim, o uso dos recursos financeiros devem se submeter às ordenanças contidas na lei¹³⁷.

Os gastos públicos são - ou deveriam ser - utilizados pela força política conforme as normas constitucionais com a finalidade de tornar os direitos sociais uma realidade para a população. As normas não tem o poder de engessar os entes políticos para investir somente em determinados fins, pois estaria anulando a liberdade de escolha política, contudo o administrador não possui total liberdade para direcionar os recursos a seu bel-prazer, havendo certa vinculação ao Texto Magno.

Barcellos, explica de forma mais contundente sobre o tema:

“Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem em tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais”¹³⁸.

Quando há a ocorrência de controle judicial no quesito de emprego de recursos para o cumprimento de objetivos constitucionais, o juiz não escolhe onde será empregado o financiamento se sobrepondo a escolha política, mas o juiz, através do poder concedido pela própria Carta Federal se põe como defensor da

¹³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 15 jul. 2013.

¹³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 15 jul. 2013.

ordem constitucional determinando ao governante que se invista onde já estava legalmente determinado.

Todavia, há a possibilidade de o gestor alegar falta de recursos inviabilizando o cumprimento do comando constitucional, justificando-se perante o Judiciário a sua omissão. Tal argumento parte da ideia denominada reserva do possível que seria “a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas”¹³⁹.

A alegação estatal de não possuir meios econômicos para suprir a necessidade apontada através de uma política pública se mostra insuficiente. A mera alegação de não possuir fundos não se apresenta bastante, tendo o Estado que demonstrar tal impossibilidade em juízo. É reprovável a ideia que o Executivo ignore a Constituição Federal através da decisão exarada pelo Judiciário sob o argumento que não haveria recursos para concretizar a política pública, sendo que esse teriam recursos para outras áreas de menor importância como propaganda governamental¹⁴⁰.

É incompreensível que o Poder Público elabore e implemente uma política pública não havendo dinheiro para sustentá-la. O papel do Judiciário é de grande importância, assumindo o papel de garantidor da eficácia dessas políticas:

“No tocante a estes programas, o Poder Executivo terá de previamente analisar sua própria capacidade de financiamento de uma programa social, antes de implementá-lo, pois estará sujeito à fiscalização do Poder Judiciário caso o implemente sem os recursos suficientes. A implementação das políticas públicas de natureza social é , portanto um ato de grande responsabilidade política, razão pela qual não admite a outorga ilusória de direitos sociais, condicionados a disponibilidade do orçamento público”¹⁴¹.

¹³⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005. v.1. p. 73-74 (Temas Fundamentais de Direito).

¹⁴⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005. v.1. p. 74 (Temas Fundamentais de Direito).

¹⁴¹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá 2005 p. 175.

Cabe ao político, eleito pelo povo como gestor capaz, gerir de forma idônea e responsável os fundos econômicos. Não fazendo uso apropriado das verbas públicas, o gestor incide em crime de responsabilidade.

Ademais, os recursos para a concretização de políticas públicas constitucionais já se encontram descritos na própria Carta Constitucional, não havendo chance para o governante alegar problemas técnicos ou insuficiência orçamentária sendo que esses valores já são reservados para esses fins dentro das esferas federal, estadual e municipal por meio de repasses obrigatórios¹⁴².

3.1.4 Limitação técnica

Ventila-se a ideia que os magistrados não possuiriam o conhecimento e a técnica necessária para resolver lides que envolvem políticas públicas, sob o argumento de que a formação acadêmica não proporcionaria a carga de compreensão suficiente para procedimentos tão complexos que compõe as políticas sociais em lides individuais.

Barcellos resume a problemática:

“O juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear. Ele não tem tempo necessário para fazer uma investigação completa sobre o assunto, nem meios para tanto. Nem lhe cabe afinal levar a cabo um planejamento global da atuação dos Poderes Públicos”¹⁴³.

Porém esse empecilho é contornado no controle concentrado através da figura do *amicus curiae*, instituto possível e presente nos art. 7, §2º, e art. 9º, §§1º e 2º; art. 7º, §2º, e art. 20, §§ 1º e 2º; da Lei 9.868/99 e no art. 6º, §§ 1º e 2º,

¹⁴² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá 2005 p. 170.

¹⁴³ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, n.3, jul./set.2006. p.34

da Lei 9882/99. O próprio legislador expandiu os meios dos juízes agregarem mais informações para exercício mais justo e preciso dos pleitos¹⁴⁴.

No controle exercido na modalidade abstrata também se encontra amparado por intermédio de

“[...] institutos tradicionais, como a perícia ou a requisição de informações aos tribunais, mas também instituíram-se novas formas de fomentar o debate, como a designação de audiência pública e a autorização de manifestação, voluntária ou por requisição judicial, de terceiros não portadores do interesse jurídico autorizador da intervenção assistencial”¹⁴⁵.

A limitação técnica realmente existe, contudo ela é transponível através desses instrumentos fornecidos pelo próprio legislador suprimindo as lacunas para uma prestação jurisdicional mais precisa.

3.2 Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o controle judicial de políticas públicas se mostra consolidado através de sua jurisprudência. Em ementa proferida em voto recente do ministro Dias Toffoli no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 708.667 proveniente de São Paulo define essa posição da Corte Suprema brasileira:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. **O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que**

¹⁴⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Juruá, Curitiba:Juruá 2008 p.81.

¹⁴⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Juruá, Curitiba:Juruá 2008 p.81.

isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido¹⁴⁶. (grifo nosso)

No caso em tela, o Município de São Paulo interpôs um agravo regimental contra a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento, que não admitiu recurso extraordinário, que tinha por objeto suposta ofensa ao artigo 2º da Constituição Federal¹⁴⁷.

O município firmou um Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Estado de São Paulo com o intuito de regularizar a situação de famílias que construíram moradia em lugar indevido, sem autorização legal e em área de risco. O município não cumpriu integralmente o termo, ensejando em resposta judicial do *parquet* paulista¹⁴⁸.

O Poder Judiciário em favor do Ministério Público decidiu pelo cumprimento do termo ajustado por parte do município de São Paulo. Diante desta decisão o Município de São Paulo interpôs recurso contra a decisão exarada, sob a alegação de que Poder Judiciário não teria legitimidade para impor ao Poder Executivo municipal o cumprimento do termo, pois afrontaria o princípio da separação de poderes¹⁴⁹.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em: 19 set. 2013.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em: 19 set. 2013.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em: 19 set. 2013.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em: 19 set. 2013.

A Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não proveu o pedido, pois esta não entendeu a revisão de atos de outros poderes pelo Poder Judiciário, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, como ofensiva ao princípio de separação de poderes¹⁵⁰.

Novamente, a municipalidade não se satisfaz com a decisão da Câmara, interpondo recurso extraordinário junto ao STF, o qual não o admitiu. Tendo isso em vista, o Município de São Paulo ingressou com agravo regimental, ficando sob a relatoria do ministro Dias Toffoli¹⁵¹.

O ministro atesta que, em situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública tome providências, com a intenção de assegurar os direitos cruciais elencados na Lei Maior - mais especificamente ao direito à integridade física e à moradia digna em caso - de maneira que o princípio da separação de poderes não seja ferido, visto que não há intervenção de um Poder na competência do outro¹⁵².

Em seu voto o ministro colaciona o voto do ministro Celso de Mello que explicita a posição consolidada da Corte a respeito do tema, no que tange os julgamentos acerca da legalidade do controle de atos realizados pelos Poderes Executivo e Legislativo, não ensejando em ofensa ao princípio da separação dos poderes. O Judiciário aparentemente estaria intervindo nas ações políticas, porém isso demonstra um equívoco¹⁵³.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em: 19 set. 2013.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em: 19 set. 2013.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em: 19 set. 2013.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de

O ministro Celso de Mello assegura em seu voto a legitimidade do Judiciário em intervir diante da omissão do Estado em assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais através de políticas públicas:

“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 impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”¹⁵⁴.

A legitimação se configura a partir do fato que a Administração Pública se ausenta, seja de forma parcial ou integral, diante do dever constitucional de implementar políticas públicas, agredindo a unidade da Lei Fundamental. Com esse tipo de atitude – ou melhor, a ausência dela – se incita a degradação da força e integridade da Constituição¹⁵⁵.

“A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos”¹⁵⁶.

2012. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em:
 19 set. 2013.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília,

Não escapa da análise do magistrado a polêmica sobre o emprego dos recursos econômicos. O magistrado reconhece a escassez das verbas públicas acaba gerando conflitos entre a execução de políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais assegurados na Carta Maior. Contudo, afirma que cabe ao Poder Público ultrapassar esses embates observando os valores que estão sob análise e priorizar um em detrimento do outro, tendo que realizar “trágicas escolhas” sob a observância do princípio da dignidade humana¹⁵⁷.

Acerca que a reserva do possível, aponta que não poderia ser invocada com o intuito “de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Essa alegação encontraria óbice na prerrogativa constitucional do Estado prover o mínimo para proporcionar uma vivência digna do cidadão¹⁵⁸.

O ministro explica a teoria do mínimo existencial:

“A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)”¹⁵⁹.

23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em:

Demonstra que, uma vez já implementada a política pública com o objetivo de tornar realidade um direito fundamental na vida do cidadão ou de um grupo social, o Estado não poderia se eximir dessa tarefa visto que o princípio da proibição do retrocesso o impediria¹⁶⁰.

“A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina”¹⁶¹.

Por força dessa ordem principiológica, quando o Estado admite o direito da população de receber essas prestações, fica incumbido não somente de concretizá-los, mas também, se vê vinculado, já que o não cumprimento dessas prestações incidiria em ofensa constitucional, não havendo possibilidade de omissão integral ou parcial de direitos já consubstanciados.

Percebemos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal como legítimo controlador de políticas públicas. A Corte Máxima busca de forma eficaz e efetividade cumprir a missão constitucionalmente imposta: a defesa da preservação do sistema constitucional que foi construído com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, assim garantindo sua supremacia da norma constitucional.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

CONCLUSÃO

Ao tratar do acerca do neoconstitucionalismo pudemos observar a sua influência no sistema constitucional atual, sendo caracterizada pela força normativa existente na Lei Fundamental brasileira, pela criação de uma jurisdição constitucional – criação do Supremo Tribunal Federal – e o desenvolvimento de uma nova interpretação da Constituição com o intuito de tornar realidade os desejos e anseios introduzidos no texto.

Essa nova visão trouxe uma grande segurança e estabilidade jurídica, garantindo ao povo seus direitos, lhe concedendo a chance de pleiteá-los e usufruí-los. O Judiciário então assume um papel de garantidor desses direitos por intermédio do controle judicial dos atos do poder público visando manter a supremacia da Constituição.

Analizamos a ideia conceitual de políticas públicas, identificando que mesmo sendo compostas por deliberações de cunho político, elas são intrinsecamente jurídicas já que essas políticas são construídas por meio de decretos, leis, portarias e principalmente pelo texto constitucional, onde são definidos os direitos fundamentais. Essa base jurídica na estrutura das políticas públicas possibilita seu controle pelo órgão judiciário.

Abordamos os diversos modelos e etapas de formação de uma política buscando entender sua complexidade e a função dos personagens políticas na produção dessas políticas. Atestamos que as políticas públicas são os meios propícios para se obter a materialização dos direitos fundamentais.

Ao final pudemos analisar os pontos que desconsideram a legitimidade do exercício de regulação de políticas públicas. O Poder Judiciário estaria por praticar atos fora da sua atribuição, interferindo na discricionariedade política, desafiando a própria Constituição que procura defender, afrontando o preceito da separação dos poderes do Estado.

Contudo, esse argumento cai por terra ao passo que o Judiciário pratica a regulação dentro das premissas constitucionais, agindo onde não há a presença de reserva de lei ou quando no próprio texto legislativo, seja constitucional ou infraconstitucional, define quais as medidas que o gestor deve tomar, vinculado ao preconizado na lei.

Temos a discussão acerca da legitimidade democrática, a qual os juízes não poderiam interferir em questões de ordem política já que não foram eleitos para tal função. Essa atitude do Poder Judiciário diante do cenário atual se mostra justificável devido a omissão do Poder Público na sua missão de materializar os direitos fundamentais constitucionais.

Quanto à discricionariedade orçamentária, o Judiciário não impõe aos demais Poderes onde devem ser aplicados os recursos econômicos, mas ressalta que devem ser cumpridas as metas financeiras já estabelecidas, evitando investimentos desenfreados em determinado setor sendo que na própria legislação outra área já se encontrava priorizada.

Por fim, tivemos por objeto a ausência dos conhecimentos necessários por parte dos magistrados para a análise dos complexos arranjos que integram as políticas públicas. Esse óbice se encontra superado com a criação da figura do *amicus curiae* e a presença de peritos e técnicos para auxiliarem os julgadores em questões mais específicas.

Concluimos que o controle judicial de políticas públicas exercido pelo Supremo Tribunal Federal não é somente legítimo, mas também necessário, pois, por intermédio dessa regulação o Tribunal Constitucional zela pela supremacia da Constituição Federal, mantendo a ordem dentro do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba:Juruá 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, n.3, jul./set.2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 15 jul. 2013

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro* (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 11 jun. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 45*. Tribunal Pleno. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)> Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI 708667 AgR / SP*. Primeira Turma. Relatoria: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1888652>> Acesso em: 19 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 639337 AgR / SP*. Segunda Turma. Relatoria: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 20 set 2013.

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

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Juruá, Curitiba:Juruá 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005. v.1. (Temas Fundamentais de Direito).

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858> Acesso em: 25 ago. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2013.