

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

YURI SCHNEIDER

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-110-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade de Belo Horizonte/MG. Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu, entre 11/11/2015 e 14/11/2015 com o tema principal: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

Dentre os mais de 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 29 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas e na consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Há muito que o CONPEDI preocupa-se com esta área de Direitos Sociais e Políticas Públicas em GT's específicos como aqueles voltados para as relações sociais e políticas públicas de efetividade social, porém, é de destacar a introdução dos GT's específicos para tais matérias, tanto nos CONPEDIS nacionais como nos internacionais que já vem acontecendo desde o ano de 2014.

O conhecimento, pouco a pouco, vai sendo engendrado pelo pesquisa diuturna de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, evidenciam o pensamento jurídico de maneira séria e comprometida. Os Direitos Sociais já, em suas origens, apontavam como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da dignidade da pessoa humana e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nesta linha, os vinte e nove artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas nas relações sociais. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional, econômico e político, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O tema precisa ser constantemente visitado e revisitado, mormente pelo fato de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise da figura estatal internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Importante referir que, o Brasil, pelo último relatório do PNUD em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Países, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nas duas últimas décadas, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas percorrem o mesmo trajeto. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento deste novo século que apenas está começando.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, é importante reorganizar a agenda de políticas públicas estatais que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

Em terrae brasilis, já no Século XXI, temos no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar as críticas dos pensadores do Estado sobre os fatores reais do poder. É alarmante que, o Brasil, como um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda não consegue combater a fome em seu próprio território e, quando produz esse alimento, produz um alimento que mata aos poucos sua própria população, pois repleto de agrotóxicos. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos, propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como o leitor poderá perceber cada um dos autores, por meio de minuciosa análise, na sua seara de estudos, contribuiu com a seriedade na pesquisa que reflete no resultado de seu artigo.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Direitos fundamentais e sociais: desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa de Laerty Morelin Bernardino e Luna stipp;
2. Causas e consequências da desconstrução dos direitos sociais e da cidadania de Joelma Lúcia Vieira Pires, Roberto Bueno Pinto;
- 3 - A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. de Fernanda Priscila Ferreira Dantas , Maria Dos Remédios Fontes Silva ;
- 4 - A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções Administrativas. de Edimur Ferreira De Faria e Renato Horta Rezende;

5 - As Políticas Públicas e o papel das Agências Reguladoras. de Gabriel Fliege de Lucena Stuckert.

No segundo grupo apresentado foram conciliados os temas a seguir propostos:

1 - A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. de Simone Coelho Aguiar , Carolina Soares Hissa;

2 - A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. de Maisa de Souza Lopes , Thiago Ferraz de Oliveira;

3 - Aspectos relevantes da tutela jurisdicional dos direitos sociais. de Samantha Ribeiro Meyer-pflug , Christian Robert dos Rios;

4 - A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. de Glalber da Costa Cypreste Queiroz;

5 - Ativismo judicial e orçamento público. de Fabiana Oliveira Bastos de Castro.

No terceiro grupo de apresentações, foram expostos 07 artigos evidenciando o ativismo judicial e a (des)necessidade de participação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem de políticas públicas e concretização de um cenário democrático, com destaque para o artigo do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 - A política pública da saúde e os aspectos da sua judicialização. de Rafael Fernando dos Santos e Angelina Cortelazzi Bolzam;

2 - Controle judicial de políticas públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. de Juvêncio Borges Silva e Maysa Caliman Vicente;

3 - Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina. - de Anízio Pires Gavião Filho;

4 - A justicialidade das políticas públicas de saúde do idoso. Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar;

5 - A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. de Guilherme Costa Leroy;

6 - Análise crítica de alguns argumentos equivocados em tema de direito à saúde pública. - de Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar.

7 - Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. - de Pedro Bastos de Souza.

Nos terceiro e quarto grupos foram apresentados artigos quanto à (in)efetivação das políticas públicas no cenário brasileiro, latino e norte americano, já evidenciando que o CONPEDI preocupa-se com a rede de programas de pós graduação (mestrado e doutorado) que está sendo criada pelas instituições de ensino do Brasil e outros países da América Latina e do Norte.

1 - Circulação de trabalhadores no MERCOSUL: necessidade de efetivação das políticas sociais. de Lourival José de Oliveira e Patricia Ayub da Costa Ligmanovski;

2 - A ausência de políticas públicas para os direitos sociais da pessoa com deficiência: os reflexos não sentidos da convenção de Nova York no Brasil. de Marco Cesar De Carvalho;

3 - A crise no sistema carcerário brasileiro e a necessidade de judicialização de políticas públicas. de Paulo Henrique Januzzi da Silva;

4 - A segurança cidadã no contexto de Bogotá: um paradigma para a política de segurança pública brasileira. de Leticia Fonseca Paiva Delgado;

5 - As concepções de violência contra a mulher na leitura da lei Maria da Penha: um novo caminho possível pelo olhar dos direitos humanos e da ética da alteridade. de Patrick Costa Meneghetti;

6 - Direito ao desenvolvimento e à moradia. Um diagnóstico da implementação do programa Minha Casa Minha Vida no cenário brasileiro. de Karina Brandao Alves de Castro

7 - A política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade. de Ib Sales Tapajós.

8 - Ação afirmativa como vetor da justiça social: a contribuição do STF no reconhecimento da constitucionalidade do PROUNI. de René Vial.

E por fim, o último bloco foi composto por 4 artigos e discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso a estrutura estatal, senão veja-se:

1- A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. de Marta Battaglia Custódio;

2 - A política nacional de recursos hídricos: o modelo de gestão descentralizada e participativa frente ao domínio da água. de Carinna Gonçalves Simplício e Clarice Rogério de Castro;

3 - Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: o caso do Estado do Rio de Janeiro. de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Érica Maia Campelo Arruda;

4 - A mobilidade urbana através da integração da infraestrutura de transporte com o planejamento urbano: o caso do Plano Diretor de São Paulo. de Natália Sales de Oliveira

Note-se que a contribuição acadêmica, ora apresentada, é de suma importância para o processo de concretização dos Direitos Fundamentais, mormente em se falando do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e oxigena o engajamento da participação cidadã. Sendo assim, e já agradecendo aos autores, almeja-se o crescimento a partir dos trabalhos agora publicados no CONPEDI.

Por certo, não que há se negar que a significativa contribuição dos autores nos põe diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para nós, como mencionamos no início, é uma satisfação fazer esta apresentação. Aos leitores, uma ótima oportunidade para (re)pensar.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Yuri Schneider UNOESC

Professor Doutor Eduardo Martins de Lima - FUMEC

Professora Doutora Ynes Da Silva Félix - UFMS

A ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

THE DEVELOPMENT AND IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES FOR THE ACHIEVEMENT OF SOCIAL RIGHTS

**Fernanda Priscila Ferreira Dantas
Maria Dos Remédios Fontes Silva**

Resumo

A presente pesquisa promove uma análise da elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, constituindo esse o seu objetivo geral. Como objetivos específicos, tem-se o de trazer concepções gerais acerca das políticas públicas, tratando do seu conceito e aspectos basilares; tratar das fases das políticas em epígrafe, que vai desde a percepção dos problemas sociais à avaliação das políticas implementadas pelo Poder Público; abordar a discricionariedade administrativa inerente às políticas públicas; debater acerca das políticas públicas essenciais, o mínimo existencial e parâmetros de controle e, por fim, tratar da judicialização das políticas públicas, em face da ampla participação e intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas que concretizem direitos sociais diante da omissão inconstitucional da Administração Pública em sua implementação prioritária. Utiliza, para alcançar os objetivos traçados, o método de abordagem bibliográfica, normativa e análise de diversos dispositivos jurisprudenciais. Nas conclusões, considera que os Direitos Sociais, no Brasil, somente terão a efetivação e força normativa ansiada e devida em razão de sua aplicabilidade imediata e garantia conferida pelas normas constitucionais quando houver a devida priorização de recursos orçamentários necessários à implementação das políticas públicas sendo plenamente legítimo, nesse intento, a atuação do Poder Judiciário e demais instâncias e poderes estatais para que isso seja possível.

Palavras-chave: Políticas públicas, Concretização, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The present research promotes an analysis of the elaboration and implementation of public policies for the social rights realization, this constitutes your general goal. As specific objectives, this research has the purpose to bring the general conceptions of public policy, dealing with its concept and basic aspects; to deal with the above-mentioned policies phase, going from social problems perception to Government implemented policies evaluation; to talk about the administrative discretion inherent in public policies; to debate about the essential public policies, the existential minimum and control parameters, and finally, to deal with the legalization of public policies in the face of broad participation and intervention of the judiciary in the implementation of public policies that materialize social rights against the

unconstitutional omission of Public Administration in its priority implementation. It uses to achieve the established objectives, the bibliographic approach method, normative and jurisprudential analysis of various devices. In the conclusions, it considers that the Social Rights, in Brazil, will only have the effect and longed normative force desired and deserved because of its immediate applicability and guarantee conferred by constitutional standards when there is a proper prioritization of budgetary resources necessary for the implementation of public policies being fully legitimate, in that attempt, the performance of the judiciary and other state bodies and powers to make this possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policy, Implementation, Social rights

1 INTRODUÇÃO

A concretização dos direitos sociais no Brasil ainda é um dos maiores desafios dos poderes estatais. As normas definidoras de direitos fundamentais, em que pese possuírem aplicabilidade imediata, conforme determina o artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 88, não possuem, no tocante a efetivação dos direitos sociais, a força normativa devida, nisso consistindo a problemática jurídica e social abordada no presente trabalho.

Considerando que as políticas públicas equivalem ao instrumento basilar propiciador da promoção e efetivação dos direitos sociais que, como exposto, carecem de concretização e priorização pela Administração Pública, será realizada a análise da elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização desses direitos, constituindo esse o objetivo geral do trabalho em alusão.

Dentre os objetivos específicos, registre-se o de trazer concepções gerais acerca das políticas públicas, tratando do seu conceito e aspectos basilares. Serão abordadas as principais fases inerentes à adoção das políticas em epígrafe, que tem a gênese na percepção dos problemas sociais e estende-se à avaliação das políticas implementadas pelo Poder Público. Em continuidade, será tratada a discricionariedade administrativa inerente às políticas públicas, com o fim de expor o limite dessa discricionariedade.

A definição de políticas públicas essenciais, voltadas para a realização do mínimo existencial, bem como os parâmetros de controle cabíveis, de forma oportuna, serão debatidos e, ao final, será tratado o fenômeno da judicialização das referidas políticas, em face da ampla participação e intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas provocada pela omissão flagrante e inconstitucional dos poderes estatais.

Com o intento de alcançar os objetivos traçados, é utilizado o método de abordagem bibliográfica, normativa e a análise de diversos dispositivos jurisprudenciais.

2 COMPREENSÕES GERAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais ou também chamados de direitos prestacionais nasceram, como visto, com o intuito de possibilitar aos indivíduos melhores condições de vida social e econômica, reduzindo a desigualdade e objetivando propiciar a justiça social. Ao invés da abstenção estatal, esses direitos requerem a atuação do Estado, por meio de prestações positivas, para que ocorra a sua concretização (NOBRE JÚNIOR, 2015, p. 03).

Os direitos sociais decorrem da existência de desigualdades e de situações de necessidade por parte de seus titulares. Se caracterizam como direitos de libertação da necessidade, como direitos de promoção, decorrendo do direito geral à igualdade (NOBRE JÚNIOR, 2015, p. 03).

Os direitos em alusão não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais (KRELL, 2002, p. 19). Como já estudado, os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata, conforme artigo 5º da Constituição Federal. Dessa forma, condicionar a aplicação desses direitos previstos constitucionalmente à edição de leis ou decretos é algo que deve ser rejeitado pela doutrina, posto que essa condição implica em reconhecer maior força à lei e ao decreto que a própria Constituição (MELLO, 1981, p. 35). É nesse interim que as políticas públicas, instrumentos de efetivação dos direitos sociais, devem ser prioritariamente adotadas, independente de regulamentação ou novas legislações atinentes à matéria social.

A expressão ‘política pública’ apresenta o substantivo ‘política’, que deve ser entendido como meta ou diretriz a alcançar, correspondente a uma melhoria em algum traço político, econômico ou social da sociedade¹.

As referidas políticas consistem em um programa governamental, não se restringindo a normas ou atos singulares, mas antes consistindo numa atividade, ou seja, uma série ordenada

¹ A esse respeito, cite-se que “em vários momentos, o Constituinte de 1988 se referiu, tanto no singular quanto no plural, ao termo política com o significado de programa de ação governamental. Basta que, numa leitura passageira do texto da Lei Maior, observem-se os artigos: a) 22, IX, atribuindo competência à União para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes; b) 23, XII, estatuindo a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito; c) 39, *caput*, contemplando a instituição, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de conselho de política de administração e de remuneração de pessoal; d) 165, § 2º, parte final, segundo o qual a lei orçamentária estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; e) 182, *caput*, §1º, inserto no Capítulo II (Da Política Urbana) do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), ao ditar que a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público municipal terá suas diretrizes gerais fixadas em lei federal, sendo seu instrumento básico o plano diretor; f) o 187, *caput*, § 2º, inserto também no Capítulo III (Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária) do Título VII, ao prever que a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva dos setores de produção, comercialização, armazenamento e de transportes, de acordo com as diretrizes indicadas nos seus incisos I a VIII, será compatibilizada com as ações de política agrícola e reforma agrária; g) 188, *caput*, ao prescrever que a destinação das terras públicas e devolutas compatibilizar-se-á com a política agrícola; h) 196, *caput*, proclamando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas; i) 200, IV, ao frisar competir ao sistema único de saúde participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; j) 204, II, ao consignar a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; l) 50 do ADCT, de acordo com o qual lei, a ser promulgada dentro de um ano, definirá os instrumentos de política agrícola”, conforme NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional **In Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed., 2007, disponível em** http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm. Acessado em 07/07/2015, p. 05.

de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado (COMPARATO, 2010, p. 72-73).

As políticas públicas são caracterizadas por um curso de ação intencional construído por um ator ou um conjunto de atores para lidar com um problema ou um motivo de preocupação. Decorrem de problemas sociais. É interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se eles não vêm acompanhado de instrumentos para efetivá-los (FONTE, 2013, p. 39).

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais. A função estatal de coordenar as ações públicas e privadas para a realização dos direitos dos cidadãos se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais (BUCCI, 1996, p. 135).

Apenas por meio de políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para a sua promoção (BARCELLOS, 2005, p. 90).

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 prestação de serviços (BARCELLOS, 2005, p. 90).

Conforme já tratado, a execução de políticas públicas depende de gastos públicos. Logo, é no processo político-jurídico de orçamento que encontra-se a gênese. Assim, as leis orçamentárias e planos plurianuais, todos de iniciativa exclusiva do executivo e aprovados pelo Legislativo, simboliza o nascimento ou anulação das políticas públicas².

A importância da tratativa de políticas públicas reside nas considerações já esboçadas de que elas são os meios necessários para a efetivação dos direitos sociais. E mais: seu fundamento reside na própria existência dos direitos prestacionais. Elas promovem o alcance dos fins traçados pela Constituição Federal.

A partir do exposto, a temática proposta das políticas públicas, desenvolvida através da delimitação de seu objeto, ciclo pertinente e elementos integrantes, se faz plausível para a temática proposta do trabalho em questão, que é o de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

² A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 165, prevê: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – Plano Plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.

3 AS FASES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS - PERCEPÇÃO DOS PROBLEMAS SOCIAIS À AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS IMPLEMENTADAS

Em sede doutrinária, já se reconheceu que a realização de determinadas finalidades do Estado, por meio de políticas públicas, pressupõe um procedimento a ser adotado, um ciclo a ser seguido. São várias etapas que dão ensejo à formação e execução das políticas públicas (FONTE, 2013, p. 49).

Partindo da compreensão de que as políticas públicas são cíclicas, merecem destaque as seguintes fases de sua formação e execução: a definição da agenda pública, a formulação e escolha das políticas públicas, a implementação pelo órgão competente e a avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição Federal (FONTE, 2013, p. 50).

Na primeira etapa, citada de definição da agenda pública, é crucial fixar a seguinte compreensão quanto a mesma: O Estado, nesse prelúdio, deve fazer um estudo e levantamento dos problemas socioeconômicos e governamentais que demandam a sua atuação. Considerando que os recursos são escassos, é bem bom alvitre considerar quais são os problemas mais graves do Estado, em termos de carência e extrema urgência de políticas públicas, para que sejam direcionados esforços, ações e recursos cabíveis para a atuação estatal na resolução do problema ou deficiência social em questão.

Assim, nesse primeiro momento, entende-se que o Estado, por meio do levantamento de dados, por exemplo, da concretização ou violação dos direitos sociais, deverá buscar a resposta para a seguinte pergunta: Em face da limitação orçamentária, considerando o mínimo existencial que deve ser propiciado à população, quais direitos sociais carecem de mais investimento no âmbito da atuação do referido Estado?

Nessa etapa inicial, é bem verdade que pode haver participação popular no processo de levantamento e definição da agenda pública, ou seja, das reais e maiores necessidades da população (FONTE, 2013, p. 51).

Todavia, compreende-se que em face das dificuldades inerentes à esse processo de abertura democrática, é mais indicado que haja o levantamento de dados pelo próprio poder público e a proclamação de decisões de gestão, sempre abertas e divulgadas em meios oficiais, para então poder haver a participação da sociedade, das instituições representativas dos interesses sociais, como o Ministério Público, dentre outros.

O que pretende-se dizer é que o Poder Público deverá detectar problemas sociais que demandam a sua ação e, no processo de formação de políticas públicas, tornar público o referido

procedimento de forma que a sociedade tenha a possibilidade de impugnar determinadas decisões que forem pautadas em dados falaciosos ou que não atendam ao interesse público.

É crucial incluir nessa etapa a análise jurídica, que possui inúmeras implicações. No Estado que adota uma Constituição dirigente, como é o caso do Brasil, o texto do principal documento jurídico sempre trará determinações relativas à agenda institucional. Logo, parece haver um novo tipo de agenda: A Agenda Constitucional, que deve condicionar à Agenda estatal, limitando o Estado e reclamando tipos de ações governamentais para a sua concretização (CANOTILHO, 1994, p. 15).

Cabe ainda ao legislador definir a quantidade de dinheiro que será retirada da sociedade para a realização de tais metas públicas, bem como da proporção que ficará disponível para cada tema de relevância social, o que faz por meio do orçamento público (FONTE, 2013, p. 54).

Quanto ao orçamento público, deve ser repisada a importância da realização do controle orçamentário, uma vez que as escolhas realizadas pelo executivo e legislativo, no tocante a destinação e aplicação das verbas públicas devem atender ao interesse público e às diretrizes da Constituição Federal, de forma que o controle do orçamento trata-se de mecanismo assecuratório desse fim.

Na etapa secundária do ciclo de políticas públicas ora tratado, tem-se a formulação e a escolha das políticas públicas. A primeira equivale ao momento em que o Estado e até mesmo atores sociais apresentam diversas soluções para os problemas e necessidades percebidas na fase anterior, que o Estado deve resolver (FONTE, 2013, p. 54).

Nesse contexto, quanto a escolha de políticas, cite-se o modelo puramente racional, que tem como objetivo a definição do problema e o levantamento de todas as estratégias possíveis, assim como todas as consequências dignas de nota de cada uma delas, para que, com base em uma avaliação de custo-benefício, seja escolhida a melhor de todas (FONTE, 2013, p. 56).

Em seguida, tem-se as etapas de implementação pelo órgão competente das políticas formuladas e, por fim, a avaliação das políticas públicas realizadas. No tocante a implementação das políticas públicas pelo órgão competente, o principal dessa fase é romper com a burocratização estatal, bem como ineficiência e omissão. A fiscalização da sociedade e especialmente do Ministério Público e do Poder Judiciário é crucial para a implementação em questão, uma vez que o Estado não terá margem discricionária ilícita e descabida para não concretizar disposições orçamentárias destinadas a concretizar direitos sociais por meio das estudadas políticas públicas.

Assim, caberá aos entes estatais não apenas fazer o levantamento das necessidades e problemas sociais presentes em seu âmbito de atuação, escolher políticas públicas adequadas para concretizar os direitos sociais. A destinação de recursos no orçamento público para esse fim é necessário, de forma prioritária, já que a efetivação dos direitos sociais é prioridade e o fim do Estado Democrático de Direito. Por fim, a implementação, pelos órgãos competentes, de todas as políticas públicas previamente planejadas, deverá ser realizada pelos entes respectivos e a fiscalização e atuação da sociedade e do Ministério Público, bem como do Poder Judiciário, para assegurar o êxito e a devida aplicação dos recursos públicos para o fim colimado, se faz fundamental em todas as etapas.

Na derradeira etapa elencada, qual seja o momento da avaliação das políticas públicas realizadas. Nesse momento, é importante verificar se os fins traçados pelo administrador, em face dos problemas sociais detectados, foram alcançados. Tanto a Administração poderá fazer essa análise, assim como os atores sociais e instituições fiscalizatórias podem fazê-lo. Para que uma análise ou avaliação seja possível, mister se fazer a publicização de todos os atos da atividade estatal, conforme já preconizado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

O controle pode ser de legalidade (que envolve também a fidelidade orçamentária e financeira), de mérito e de boa administração, compreendendo este último a eficiência, produtividade e gestão (MEDUAR, 2004, p. 447).

Ainda no âmbito de avaliação dos recursos empreendidos e das políticas públicas efetivamente empregadas, cite-se o controle externo exercido pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas, cuja função precípua é de auxílio e orientação ao Poder Legislativo, cabendo-lhe elaborar parecer para o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo (FONTE, 2013, p. 62).

Por fim, ainda quanto a avaliação das políticas públicas, tem-se o Poder Judiciário como poder competente, nos termos da Constituição, para reconhecer a inconstitucionalidade de atos da Administração Pública que confrontem o texto constitucional, restando controversa a possibilidade desse poder efetuar ingerência sobre decisões relativas aos demais poderes estatais, sobretudo quando estiver envolvida a discricionariedade administrativa ou legislativa (FONTE, 2013, p. 64).

Entretanto, em face das prioridades e disposições incontestadas da Constituição Federal a respeito da aplicabilidade imediata dos direitos sociais e da destinação do Estado Democrático de Direito consistente em assegurar o exercício destes, não há que se falar em ingerência do judiciário quando houver flagrante omissão estatal quanto a adoção de políticas públicas concretizadoras de Direitos Sociais, uma vez que os ditames da Constituição não

admitem descumprimento pela Administração Pública que, inclusive, deve-se lembrar, está adstrita, em sua atuação, ao princípio da legalidade que lhe confere a possibilidade de fazer ou deixar de fazer apenas e exatamente o que a lei assim determinar. Essa temática ainda será tratada em tópico oportuno.

4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais equivalem às normas constitucionais que carecem de força normativa, uma vez que inexistente ação estatal efetiva para a sua promoção, que ocorre através da adoção de políticas públicas voltadas para esse fim. A consequência dessa inconstitucionalidade por omissão é o desprezo às normas de caráter fundamental e a mandamentos constitucionais que devem ser observados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, considerando a omissão da Administração Pública em concretizar os referidos direitos sociais, necessária se faz a abordagem no que diz respeito à discricionariedade administrativa, utilizada de maneira equivocada, em matéria de concretização desses direitos, de forma a evidenciar que inexistente fundamento constitucional que legitime a suposta margem de escolha da Administração Pública em não concretizar os direitos em alusão.

O Estado Democrático de Direito se aperfeiçoa na concretização dos direitos fundamentais. A não aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais deve se constituir em exceção e apenas quanto a direitos que comportem alguma margem de discricionariedade exigindo, ainda, em todo caso, justificativa plausível do poder público. Deve ser mantido inviolável o núcleo de materialidade que a Constituição quer proteger. Fora desses casos, se tem arbitrariedade do poder público ou uma ditadura Constitucional (BONIFÁCIO, 2008, p. 126).

Nessa temática de defesa dos direitos fundamentais e de abuso da discricionariedade administrativa, Artur Cortez Bonifácio defende o direito de petição. Considera o disposto no artigo 5º, caput da Constituição Federal que garante (no inciso XXXIV) que é assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos em duas situações: defesa de direitos e contra ilegalidade ou abuso de poder (BONIFÁCIO, 2004, p. 123).

Além da necessária defesa dos direitos fundamentais sociais, deve-se destacar a oportunidade de utilização do direito de petição também para fazer face contra os atos de ilegalidade e abuso de poder. A prática de tais atos revela um desvio de conduta da administração, um desvio de finalidade, uma atitude que exorbita os comandos legais, na

medida em que o ato administrativo não atende ao interesse público e lesiona o patrimônio, a moralidade administrativa, a probidade, dentre outros princípios e regras inerentes à Administração pública (BONIFÁCIO, 2004, p. 123).

Como já estudado no presente trabalho, o Estado, através do planejamento e da gestão financeira, é o principal promotor do desenvolvimento. Coordenando as decisões pelo planejamento e execução orçamentária, o Estado deve atuar de forma muito ampla para modificar as estruturas socioeconômicas, bem como distribuir e descentralizar a renda, reduzir as desigualdades sociais e regionais, integrar social e politicamente a totalidade da população (BERCOVICI, 2006, p. 158).

Num plano conceitual, discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesce ao administrador para escolher, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante casos concretos, com o fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade definida em lei (MELLO, 2003, p. 761).

É importante dizer que a discricionariedade administrativa, entendida como uma margem de subjetividade que o ordenamento jurídico reconhece no ato administrativo, não está condicionada ao livre arbítrio do administrador. Se a discricionariedade, seja em que esfera do Estado for, romper suas fronteiras delimitadas pela lei, ela será inválida enquanto processo de decisão (FRANÇA, 2000, p 46).

O espaço para a utilização do juízo de discricionariedade pela Administração Pública só é admitido se houver uma norma jurídica que lhe confira tal poder e à luz do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo sob a égide da Constituição Cidadã, a Constituição Federal de 1988, tem-se que inexistente dispositivo legal que conceda tal prerrogativa discricionária à Administração Pública com matéria atinente a direitos sociais, para concretizá-los ou não.

A Constituição Federal não confere à Administração Pública possibilidade ou espaço para discricionariamente decidir concretizar ou não os direitos sociais, através da adoção de políticas públicas, uma vez que estes possuem aplicabilidade imediata e a República Federativa do Brasil foi destinada a esse fim³.

Desse modo, o Poder Público deve ser compelido a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias, evitando os remanejamentos de recursos para outras finalidades, assim como o Estado deve ser obrigado a prever na lei orçamentária os recursos

³ No preâmbulo, o constituinte originário instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o pleno exercício dos Direitos Fundamentais Sociais, o exercício da liberdade, da segurança, do bem estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, sendo estes os valores supremos de uma sociedade fraterna.

necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Executivo (NOBRE JÚNIOR, 2007, p. 05).

Logo, não há discricionariedade, possibilidade de utilização de juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública quando se trata de implementar políticas públicas, de forma prioritária, para promoção dos direitos sociais, uma vez que o Estado possui o dever constitucional de concretizá-los, cabendo uma margem de discricionariedade apenas na forma de fazê-lo mas sem distanciar-se da finalidade previamente prevista pelo legislador, perante a qual a administração deve ater-se em sua atuação.

Nesse contexto, a discricionariedade reside na forma de adoção das políticas públicas e na escolha dos mecanismos que o Estado dispõe para alcançar a finalidade já determinada pelo legislador.

Assim, concebe-se que a discricionariedade em alusão se apresenta tanto na decisão dos instrumentos para a realização de políticas públicas, quanto em matéria de dispêndio público, no sentido de alocação das verbas estatais para cada rubrica de política pública e direito social específico (FONTE, 2013, p. 77).

A existência da referida discricionariedade administrativa possui como um dos fundamentos o fato de que é impossível que o legislador preveja todas as situações do mundo dos fatos nas normas que ele elabora. Pode-se assim dizer que a discricionariedade é um defeito e um efeito da subsunção (FONTE, 2013, p. 77).

Entretanto, como já debatido, não compete ao administrador fazer juízo de oportunidade para um fim político-econômico posto no texto normativo, ou seja, não há espaço para uma apreciação subjetiva do administrador no que foi politicamente esgotado pelo legislador. Quer-se dizer que as políticas públicas não devem sujeitar-se, quanto a sua implementação e destinação orçamentária prioritária para tanto, à ilegítima discricionariedade que a lei não confere.

A liberdade que resulta do chamado ‘poder discricionário’, no Estado Democrático de Direito, não equivale a um fim em si mesmo e só pode ser reconhecida como instrumento legítimo se voltada para a realização dos fins constitucionais, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana (FONTE, 2013, p. 78).

Registre-se a posição de parte da doutrina quanto a inexistência da referida discricionariedade, posto que “nessa área, não incide manifestação discricionária nenhuma. Isso porque haverá de reconhecer-se uma priorização, no manuseio dos recursos disponíveis, aos dispêndios com direitos fundamentais sociais, tendo em vista o expreso desejo do Constituinte” em conferir primazia aos direitos sociais (NOBRE JÚNIOR, 2007, p. 20).

Para reduzir a discricionariedade equivocada utilizada reiteradamente pela Administração Pública, vislumbra-se que as metas, diretrizes e recursos necessários à concretização dos direitos sociais devem ser previstas no orçamento impolítico exposto em leis permanentes, de forma a constituir uma dupla garantia e imposição para que os direitos dotados de essencialidade sejam promovidos através do investimento necessário nas políticas públicas.

O Supremo Tribunal Federal, na apreciação da ADPF 45/DF, como já relatado, registrou que a política pública deve ser constitucionalizada e relacionada a direitos fundamentais para que seja possível o controle, pois nessa matéria não há espaço para o exercício da discricionariedade do administrador. Pontuou ainda que argumentos orçamentários não servem de justificativa para a omissão, salvo se houver comprovação efetiva de que os recursos existentes foram efetivamente utilizados para a finalidade (FONTE, 2013, p. 35).

No que diz respeito ao controle da discricionariedade da Administração Pública em matéria de políticas públicas, o judiciário não atua ilegitimamente, sobretudo, se for considerado que não há discricionariedade da Administração Pública quando a decisão estiver sob disciplina de norma constitucional de densidade suficiente ou quando a postura normativa ou administrativa colida com valor consagrado pela Constituição, ainda que em norma que não tenha aplicabilidade imediata, que não é o caso dos direitos fundamentais sociais (NOBRE JÚNIOR, 2007, p. 12).

Assim, nos termos inclusive do que ainda será debatido em tópico posterior, o controle da discricionariedade administrativa abusiva na tratativa das políticas públicas tem se dado a partir da judicialização destas, na medida em que as escolhas assumidas pelos poderes legislativo e, em especial, pelo poder executivo, não encontram respaldo na legislação atinente à atuação estatal para a promoção do bem-estar social.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E PARÂMETROS DE CONTROLE

Considerando a concepção doutrinária de um mínimo existencial, as políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais podem ser divididas em duas categorias distintas, definidas de acordo com a sua vocação para a materialização do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. O primeiro grupo diz respeito ao adimplemento concreto do mínimo existencial, que são denominadas de políticas públicas essenciais. As políticas públicas ditas não essenciais são aquelas relacionadas à área não nuclear dos princípios fundamentais previstos na Constituição (FONTE, 2013, p. 201).

A classificação exposta é uma tentativa doutrinária de arranjo institucional em prol da concretização dos direitos sociais, uma vez que determinados conteúdos não podem ficar à margem de boa vontade da Administração Pública e, por conseguinte, a consequência imediata defendida é que para as políticas públicas essenciais, o controle e juízo de conveniência e adequação pode e deve ser exercido pelo poder judiciário, em face da omissão estatal (FONTE, 2013, p. 201).

No que se refere ao mínimo existencial, seu fundamento basilar, que dá ensejo às políticas públicas essenciais, é de ordem normativa constitucional, uma vez que a Constituição prevê no artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana que demanda prestações essenciais necessárias à uma vida digna (RIBEIRO, 2003, p. 99).

Quando se fala de mínimo existencia, o primeiro conjunto de prestações ligadas à esse instituto diz respeito à manutenção da vida humana e do seu desenvolvimento. Trata-se de um mínimo existencial como um mínimo vital. O seu primeiro conteúdo básico é o de receber prestações básicas necessárias à manutenção da própria vida. Nesse aspecto, o Estado deve manter uma política pública abrangente de fornecimento de alimentos básicos de modo gratuito ou subsidiado, sem embargo de ser reconhecido um dever individual e específico de prestar (FONTE, 2013, p. 209). O direito à saúde também integra esse nucleo essencial à manutenção da própria existência.

O elemento constitucional essencial em alusão é o de que, abaixo de determinado nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais (RAWLS, 2000, p. 213).

A Constituição Federal de 88 veda, no artigo 5º, III, a submissão a tortura e ou a tratamento desumano ou degradante. Nessa perspectiva, qualquer situação em que o cidadão esteja submetido à essas condições, há que se falar em políticas públicas essenciais exigíveis em face da omissão inconstitucional estatal. Exemplo disso são os moradores de rua, que vivem sem a prestação do mínimo existencial e que são diariamente submetidos à situação desumana, por não gozarem do direito à moradia, dormindo nas ruas da cidade, alimentando-se de lixos, desprovidos de qualquer higienização e prestação necessária à saúde básica, educação, trabalho. São cidadãos excluídos de qualquer desenvolvimento e gozo da dignidade e da pessoa humana ; estão excluídos do mercado de trabalho, do convívio social, do acesso à oportunidades de crescimento e desenvolvimento, enquanto cidadãos, enquanto pessoas.

O direito à educação básica, equivalente a um direito social, também integra a concepção doutrinária versada de mínimo existencial. Ele é condição para o exercício da autonomia individual e, num segundo momento, para o exercício pleno dos direitos de

cidadania. O direito à educação básica reflete na necessidade de tornar isonômicos os indivíduos quanto ao ponto de partida dos cidadãos, no tocante à possibilidade de acesso às oportunidades e desenvolvimento, ancorados na ideia de justiça (FONTE, 2013, p. 211).

A esse respeito, cite-se ainda o artigo 214 da CF/88, que assim preceitua: A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à: I - Erradicação do analfabetismo; II – universalização do atendimento escolar; III – melhoria da qualidade do ensino, dentre outros. Entretanto, o que se vislumbra é a ausência de políticas públicas voltadas, eficaz e suficientemente, para esse fim, de maneira a ensejar o controle devido.

Existe, assim, um conteúdo que deve compor os direitos fundamentais sociais, a saber: saúde preventiva e curativa (arts. 6º e 196 da CF); educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade (art.208, I, CF), garantida sua oferta gratuita, inclusive aos que não tiveram acesso em idade própria; educação básica especializada às pessoas portadoras de deficiência, preferencialmente no sistema regular de ensino (art. 208, III, CF); creches e pré-escolas destinadas às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV); moradia que assegure proteção nas adversidades climáticas, dotada de infra-estrutura que promova igualmente condições básicas de higiene e saúde (art. 6º c/c com o art. 1º, III, CF); previdência social, assistência social, alimentação adequada (art. 6º, CF), dentre outros. Observa-se que essa lista ultrapassa a concepção majoritária de mínimo existencial mas não sobreexcede as necessidades humanas básicas (GONÇALVES, 2013, p. 188-189).

Nesse contexto, deve-se repisar o seguinte posicionamento: A criação doutrinária do mínimo existencial tem um fundamento plausível e normativo, como exposto, que é na dignidade da pessoa humana e também encontra fundamento em diversas normas constitucionais. A doutrina já citada defende a plena possibilidade de judicialização e, portanto, de intervenção judicial nas políticas públicas essenciais, que envolveriam os direitos integrantes do mínimo existencial por criação e entendimento doutrinário. Todavia, na hipótese da doutrina ser silente quanto ao direito social à moradia, por exemplo, não se posicionando quanto à inclusão desse direito no conceito de mínimo existencial, é plausível e juridicamente possível negar a aplicabilidade imediata desse direito e a sua judicialização, se necessário for, em face da omissão estatal, na hipótese versada da ausência dele na concepção formada pela doutrina de mínimo existencial?

O entendimento defendido é de que o mínimo existencial tem a sua contribuição para a dogmática e praxes jurídica. Entretanto, a eficácia dos direitos sociais e as políticas públicas,

bem como os deveres estatais e até mesmo a pretensão dos cidadãos quanto à concretização imediata desses direitos não pode ficar condicionada à inclusão doutrinária desses dentro do rol dos direitos integrantes do mínimo existencial.

Logo, o mínimo existencial deve ser utilizado para reforçar, contribuir e conferir maior eficácia às prestações estatais concretizadoras de direitos fundamentais sociais indispensáveis à existência humana. Mas não se pode, com isso, excluir ou negar vigência e aplicabilidade imediata dos demais direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição que, a critério do legislador constituinte originário e, em decorrência de inúmeras revoluções e lutas sociais históricas, figuram como direitos de caráter essencial e fundamental, constituindo-se como devida e necessária a sua proteção sem qualquer desprestígio ou desvalor.

O princípio da proibição da proteção deficitária ou insuficiente, ainda pouco discutido na doutrina brasileira, é um parâmetro já utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas. Segundo o referido tribunal, o Poder Judiciário deverá efetuar o controle especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. Decorre desse posicionamento, a interpretação de que o STF não concebe a existência de omissão estatal ou prestação deficiente no tocante às políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais (FONTE, 2013, p. 223).

O fundamento da vedação à proteção deficitária está no dever estatal primário de proteger os direitos fundamentais por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas. Logo, ao Estado cabe tutelar e promover a concretização de direitos sociais, por meio da implementação de políticas públicas de forma eficiente, em consonância com os ditames constitucionais, de forma que não apenas a sua omissão total, assim como a sua ineficiência nas políticas adotadas deve ser alvo de controle e correção posto tratar-se de conduta que desvia e descumpra mandamentos constitucionais.

Ainda no âmbito de parâmetros de controle, cite-se o princípio da vedação do retrocesso. O conteúdo básico do princípio é a vedação da supressão ou redução injustificada do nível de concretização – por intermédio de direitos ou garantias – da Constituição por parte do legislador (BARROSO, 2005, p. 44-45).

O fundamento da vedação do retrocesso, que atua como parâmetro para o controle das políticas públicas, reside nos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança legítima, ambos decorrentes da cláusula do Estado Democrático e social de Direito, e dignidade da pessoa humana, devendo haver a ampla aplicação da vedação do retrocesso aos direitos fundamentais

na disposição constitucional de aplicabilidade imediata de tais direitos. Negar a aplicação desse princípio implica conceber que a concretização dos direitos fundamentais são objeto da discricionariedade administrativa (SARLET, 2005, p. 427-428), que num momento decide torná-los efetivos por meio da implementação de políticas públicas e, em momento posterior, decide arbitrariamente e inconstitucionalmente negar vigência a esses direitos não implementando mais políticas públicas.

É importante destacar que o princípio em alusão é um avanço na busca de patamares mais justos e dignos de vida material. A proibição do retrocesso impede que os direitos sociais já disciplinados e garantidos, bem como implementados através de programas de políticas sociais sejam, ao alvedrio dos Poderes estatais, extintos. Decorre, como já delineado, do princípio da segurança jurídica, que constitui um dos direitos fundamentais e ampara hodiernamente as necessidades humanas básicas, sobretudo as dos necessitados (GONÇALVES, 2013, p.202).

Especialmente no Brasil, o princípio da vedação do retrocesso reitera que os direitos fundamentais são garantias da Constituição que foi concebida inclusive com a participação ampla dos segmentos populares. Os direitos fundamentais sociais não são concessões paternalistas de governos, mas sim imposições constitucionais (GONÇALVES, 2013, p. 203).

Assim, defende-se a utilização desse princípio como parâmetro de controle da atuação estatal, com o fito de vedar que a proteção do Estado e a efetivação dos direitos sociais, por meio da implementação de políticas públicas, ocorra de forma ineficiente e em retrocesso.

Nesse contexto de vedação ao retrocesso e de garantia de concretização dos direitos fundamentais, cite-se a decisão judicial oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Cuidava-se de ação ajuizada por cinco usuários do hotel popular situado na Central do Brasil, no centro da cidade do Rio de Janeiro e mantido pelo estado do Rio de Janeiro e pela Fundação Leão XIII. Conforme consta no voto do condutor do acordão, os cinco autores eram moradores do interior do Estado e não possuíam recursos para fazer o percurso de ida e volta todos os dias, razão pela qual passavam os cinco dias úteis da semana no referido abrigo. Foi quando a Administração Pública estadual determinou o limite máximo de estadia em 3 (três) dias por semana para cada pessoa no referido abrigo e reduziu o número de vagas disponíveis de 138 para 43 vagas por noite (FONTE, 2013, p. 241).

Na defesa, os réus alegaram basicamente a inexistência de direito subjetivo à vaga no hotel popular, e que questões orçamentárias levaram à redução do quantitativo de funcionários lotados no citado estabelecimento. Verifica-se que a matéria sujeita à juízo consistia em nulidade de ato administrativo que limitou o número de noites de cada indivíduo. A sentença

de primeiro grau julgou o pedido procedente quanto a vedação do retrocesso para a concretização dos direitos sociais⁴.

Assinalou o referido acórdão que a cláusula da vedação do retrocesso, como preferem alguns, prestigia o desenvolvimento e a evolução dos direitos sociais impedindo, assim, que normas de caráter fundamental venham a sofrer limitações de efetividade e eficácia, mediante reformas legislativas, constitucionais, ou administrativas, de forma a causar a desestabilidade jurídica.

Dessa forma, defende-se que o poder discricionário da Administração Pública em gerir os recursos estatais fazendo escolhas quanto a implementação de políticas públicas e na criação de normas regulamentadoras imperiosas à efetivação dos direitos fundamentais, deve guardar obediência ao princípio em alusão, estimando assegurar a estabilidade dos direitos fundamentais sociais e a segurança jurídica na efetivação desses direitos e da dignidade da pessoa humana.

Será de bom alvitre quando ações judiciais coletivas, de natureza e teor análogos aos da demanda acima citada, sejam propostas com maior incidência em todos os entes federados do país. Certamente, isso trará maior respeito e vinculação da Administração Pública pelo orçamento voltado à efetivação dos direitos sociais de que carecem a população.

É bem verdade que a manutenção de bens e serviços depende da existência de créditos orçamentários. Entretanto, argumentos de capacidade orçamentária não podem prevalecer no que diz respeito às políticas públicas essenciais, exatamente porque elas não estão sujeitas à margem de discricionariedade do administrador ou legislador derivado (FONTE, 2013, p. 243).

É nessa esteira que se remonta à compreensão já apresentada no tópico atinente ao orçamento e ao princípio da reserva do possível, consistente em defender a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, bem como a necessária priorização das políticas públicas a despeito de qualquer escusa estatal relacionada à ausência ou escassez de recursos, especialmente quando o referido Estado não demonstra comprovadamente que utilizou os recursos disponíveis da forma mais eficiente possível e que, de fato, inexistem recursos para fazê-lo (SARLET, 2010, p.28).

⁴ TJRJ, 8º Câmara Cível, Apelação Cível n 2008.001.49362, Rel. Des. Mônica Maria Costa, j. 18—11-2008.

6 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As disposições constitucionais, tenham elas natureza de regra ou de princípio, são dotadas de normatividade. Logo, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Ademais, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico (BARCELLOS, 2010, p.104).

Os direitos fundamentais sociais, por sua vez, ocupam uma posição central no âmbito do sistema constitucional, em decorrência da centralidade do homem e de sua dignidade, de forma que tanto o Estado como o Direito existem em função do homem, para proteger e promover seus direitos humanos e fundamentais, de modo que tais estruturas (Direito e Estado) devem ser interpretadas e concebidas considerando essa diretriz (BARCELLOS, 2010, p. 104).

Nesse contexto, o trabalho do jurista é resgatar a efetividade potencial e intrínseca das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, através de sua produção jurídica. Ademais, é missão do aplicador do direito realizá-la, conferindo-lhe um tratamento diferenciado dentre as demais normas da Constituição, considerando, especialmente, a aplicabilidade imediata já relatada, inerente aos direitos fundamentais (BONIFÁCIO, 2008, p. 23).

Ainda que se entenda haver necessidade da interveniência do legislador, o aplicador da norma deve utilizar o sistema jurídico, os valores e os princípios constitucionais e o sistema dos direitos fundamentais, em respeito à vontade do constituinte originário e dos anseios e necessidade social (BONIFÁCIO, 2008, p. 123). Essa aplicação relaciona-se com a temática da judicialização das políticas públicas, que consiste na interferência e discussão de matérias atinentes às políticas em comento pelo Poder Judiciário, diante da omissão do Estado em implementá-las.

Numa perspectiva já tratada, os recursos orçamentários obtidos através da tributação são escassos e as necessidades sociais são infindáveis. Por essa razão, a utilização, alocação e destinação das verbas públicas deve ser realizada de maneira eficiente, com o fim de atingir o maior número de necessidades pessoais e de cidadãos com o mesmo recurso (TIMM, 2010, p. 53).

Nesse sentido, o planejamento do gasto público no orçamento do Estado deve ser voltado para essa compreensão de escassez de recursos e de eficiência na alocação dos mesmos. Se faz necessário eleger prioridades dos gastos para custear políticas públicas que concretizem direitos sociais, que atendam a um maior número de beneficiários.

O que notadamente tem ocorrido no Brasil é que o Estado justifica sua omissão quanto a efetivação de direitos sociais com o argumento da escassez de recursos. Em face da crescente judicialização das políticas públicas, é suficiente que um juiz profira uma decisão judicial no sentido de determinar a concretização de um determinado direito social que o Executivo encontra um meio de obter verba para cumprir a determinação judicial.

Na temática de judicialização de políticas públicas, cumpre registrar a crítica doutrinária no sentido de que o Poder Judiciário está adstrito à um processo judicial e, por não ter competência constitucional para tanto, não pode fazer planejamento, que é a base para as políticas públicas, pois este permite visualizar objetivos, traçar metas, dentre outros. Ademais, levando o planejamento a sério, poderá então haver o emprego de verbas públicas, de forma eficiente, alcançando um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente da tributação (TIMM, 2010, p. 53).

Entretanto, no caso brasileiro, tem-se a extrema necessidade e patente legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas em face do abuso de poder e do exercício ilegítimo deste, uma vez que o planejamento do Executivo, a alocação de verbas e o emprego efetivo de recursos públicos para concretizar direitos sociais, historicamente, tem sido a última opção da Administração Pública dos entes federativos do Brasil.

No que diz respeito à crítica registrada, não há dúvida de que definir quanto se deve gastar de recursos públicos, com que finalidade, em que e como são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado. A própria Constituição reconhece ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo no que toca a elaboração do orçamento e sua execução (BARCELLOS, 2010, p. 108).

Entretanto, o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais é indispensável para o funcionamento da própria democracia e, por conseguinte, para a existência do controle social das políticas públicas. Em condições de pobreza e de extrema miséria, e na ausência de níveis básicos de educação, a autonomia do indivíduo para avaliar e participar do processo democrático estará amplamente prejudicada (BARCELLOS, 2010, p. 109).

Ademais, na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo existente, por exemplo, no contingenciamento prévio, por parte do Poder Executivo, e posterior liberação de verbas de interesse dos parlamentares, tendo em conta seu nicho de atuação política (BARCELLOS, 2010, p. 109).

No tocante à judicialização das políticas públicas, o posicionamento mais coerente com a efetivação dos valores, princípios e direitos fundamentais é o do suprimento pelo Poder

Judiciário de norma infraconstitucional que supostamente esteja pendente de elaboração. Primeiro, em razão do princípio da inafastabilidade do Controle jurisdicional e, segundo, em face do princípio do acesso à justiça, ambos previstos no artigo 5º da Constituição de 1988. Conceber uma posição diferente é subtrair da cidadania um de seus instrumentos mais valorativos à realização dos direitos fundamentais, impondo ao cidadão mais uma espera por uma norma regulamentadora que poderá nunca ser elaborada (BONIFÁCIO, 2008, p. 109).

Ao corresponderem ao corolário do Estado Democrático, os direitos fundamentais vinculam todos os órgãos dos poderes públicos à sua fiel observância, de forma que as decisões sobre a definição de políticas devem resguardar esses direitos e valores. Se existe escassez de recursos, a reserva do possível deve ser utilizada em proveito do atendimento da efetivação das normas fundamentais de caráter social ou programático, assegurando-se, assim, uma assistência e eficácia mínima ao cidadão (BONIFÁCIO, 2008, p. 130).

No âmbito da ADPF 45/DF, já tratada no presente trabalho, podem ser destacados alguns critérios para a discussão, inclusive judicial, das políticas públicas: i) a política pública deve ser constitucionalizada e relacionada a direitos fundamentais para que seja possível o controle, pois nesse âmbito não há espaço para o exercício da discricionariedade do administrador; ii) deve haver omissão estatal ou prestação deficiente e iii) argumentos orçamentários não servem de justificativa para a omissão, salvo se houver comprovação efetiva de que os recursos existentes foram efetivamente utilizados para a finalidade (FONTE, 2013, p. 35).

O controle jurisdicional das políticas públicas fundamenta-se na própria norma jurídica que é igualmente fruto da deliberação democrática. Dessa forma, se uma política pública ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei (BARCELLOS, 2010, p. 114).

Nesse contexto, destaque-se mais uma vez, a necessidade de prevalência, no âmbito da judicialização das políticas públicas, das ações e demandas de natureza coletiva, posto que as mesmas possuem um caráter político, possibilitam discutir um quadro mais amplo de fatores, fazendo com que a prestação jurisdicional, nesse tipo de demanda, esteja mais associada e paralela ao fenômeno das políticas públicas.

A atuação do MP é de crucial importância, especialmente primando pelo coletivo e não por demandas individuais, bem como atuando na fase de planejamento orçamentário. A referida instituição, que possui a missão constitucional de zelar pelos interesses e direitos

sociais indisponíveis, tem a seu dispor inúmeros instrumentos para realizar a sua missão, a exemplo dos instrumentos extrajudiciais - Termo de Ajustamento de Conduta, Recomendação Legal e Termo de Compromisso que lhe conferem executoriedade dos acordos firmados, como a cobrança de multa, além de ferramentas que lhe tornam viável o controle judicial na defesa dos direitos sociais e do regime jurídico, por Ação Civil Pública.

O Poder Judiciário não tem a tarefa de desenhar políticas públicas, tampouco o MP, mas de confrontá-las com os princípios e direitos estabelecidos legal e constitucionalmente e, em caso de divergência, utilizar os instrumentos garantidos no ordenamento jurídico brasileiro para reenviar aos poderes pertinentes para que eles reajustem sua atividade em consequência.

Há evidente interesse dos entes federativos em conter ou pelo menos reduzir os efeitos significativos nas verbas públicas decorrentes das decisões judiciais que envolvem direitos sociais e políticas públicas. De outro lado, há um número sem fim de cidadãos menos favorecidos que não tem acesso às potencialidades da prestação jurisdicional. Não se pode duvidar da parcela significativa da classe média que espera ter acesso aos serviços estatais de boa qualidade, como hospitais, escolas e segurança pública de boa qualidade (FONTE, 2013, p. 19).

Na temática de judicialização das políticas públicas e de prestações que tornem efetivos, no caso concreto, direitos sociais, a preferência da tutela coletiva em detrimento da tutela individual é, sem dúvida, a medida mais cabível e com menos efeitos negativos para a problemática em questão.

Essa hierarquização de tutelas tem como fundamentos duas razões gerais: nas ações coletivas é possível levar a cabo a análise das políticas públicas destinadas à melhoria da saúde num contexto sistêmico, analisando-se, inclusive, a quantidade disponível de recursos, e, a produção de efeitos *erga omnes*, que decorre do manejo de ações coletivas ou abstratas, permite que não seja violado o princípio da isonomia no acesso aos bens e serviços públicos básicos.

Ademais, há mais fundamentos para priorizar a judicialização de demandas coletivas. A doutrina aponta ainda que os direitos fundamentais prestacionais foram instituídos para serem fruídos coletivamente e não de forma isolada, individual. A obtenção de prestações específicas em demandas individuais impede que outras pessoas tenham acesso ao mesmo bem. Sustenta-se ainda que em uma demanda individual, caso o magistrado perceba a violação aos deveres objetivos de proteção e promoção dos direitos sociais, deve aplicar o artigo 7º da Lei nº 7.347/85, segundo o qual o juiz deve remeter peças ao Ministério Público caso verifique a existência de razões para o ajuizamento de ação civil pública (LINS, 2008, p. 223).

Na análise econômica do Direito, já enunciada no presente trabalho, no tocante às políticas públicas, ela também aponta para o caminho das ações coletivas, se o objetivo for garantir a concretização de direitos sociais por meio da atuação judicial, para correção do processo democrático e da destinação devida das verbas públicas. Isso porque tal atuação é apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como prioritariamente devem ser concebidos os direitos sociais, uma vez que a concepção de justiça pressupõe que os direitos em alusão sejam garantidos a todas as pessoas que se encontrarem na mesma situação fática e não a um indivíduo em prejuízo ou detrimento dos demais (TIMM, 2010, p. 61).

A demanda coletiva é, portanto, um mecanismo que permite atingir todas as pessoas que se encontrarem na mesma situação fática sem a necessidade de recorrer a um número infundável de processos judiciais idênticos que abarrotam ainda mais o Poder Judiciário (TIMM, 2010, p. 61), tornando-o mais moroso e ineficiente na prestação jurisdicional e tutela dos direitos fundamentais sociais. É, de igual forma, a ação coletiva que enseja uma maior consideração dos efeitos da decisão para a sociedade.

Ainda no âmbito das possibilidades de controle das políticas públicas, tem-se a análise de aplicação dos investimentos mínimos obrigatórios para as áreas de saúde e educação, bem como na destinação dos fundos públicos reservados à proteção do mínimo existencial, como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação – FUNDEB, Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza – FCEP, dentre outros (FONTE, 2013, p. 294).

Isso porque o Constituinte, explicitando sua preocupação com os direitos sociais, além de prevê-los de forma explícita, conferindo-lhes aplicabilidade imediata, ainda estabeleceu patamares mínimos⁵ que deverão ser investidos nas áreas de educação e saúde (FONTE, 2013, p. 292), que representam grande relação não apenas com o mínimo existencial, mas com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o princípio da isonomia, com o direito ao desenvolvimento e ao acesso de oportunidades a todos, sem embargos de outros.

Para a educação pública, a previsão de investimentos mínimos envolve menos complexidades e está disciplinada no artigo 212 da Constituição Federal de 1988, que preceitua, no *caput*, que “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

⁵ Como exemplo, cite-se o artigo 198 da Constituição Federal de 1988: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) parágrafo segundo: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre (...).

Esse parâmetro é, sem dúvida, mais simples e objetivo e de fácil utilização. Para possibilitar a incidência do mesmo, basta verificar a quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição em matéria de saúde e educação, considerando a arrecadação dos impostos e referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições e então verificar se tais recursos estão sendo devidamente investidos em políticas públicas vinculadas aos fins constitucionais acima referidos (BARCELLOS, 2005, p. 105).

Convém citar o julgado exarado pelo STJ no Recurso Especial nº 493.811/SP⁶. Tratou-se de Ação Civil Pública em que o Ministério Público do estado de São Paulo pretendia compelir o município de Santos a aparelhar as creches para tratamento de crianças e adolescentes viciados em álcool e drogas. O acórdão considerou que, na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica e concedeu a tutela específica para que fosse incluída verba no próximo orçamento com o fim de atender a propostas políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais (BARROSO, 2000, p. 147).

No âmbito ainda da priorização de demandas coletivas, tem-se a possibilidade e necessidade de realização de um controle coletivo do resultado esperado das políticas públicas que, por sua vez, oferecerá uma solução geral, além de permitir uma discussão mais concreta sobre os recursos disponíveis e planejamento estatal como um todo. No tocante ao controle abstrato, cite-se que em face da omissão inconstitucional do Poder Público capaz de violar preceito fundamental, poderá ser também objeto de controle por meio da ADPF, regulamentada pela Lei 9.882/99 (BARCELLOS, 2010, p. 130).

Ademais, concebe-se a possibilidade de controle jurídico nas políticas públicas quanto a imposição ou cobrança de metas mínimas já traçadas pela Administração Pública, exigindo que sejam atingidos determinados patamares na entrega de bens e prestação de serviços públicos básicos. Essa imposição de metas se daria num momento posterior ao controle da própria inclusão de verbas no orçamento, relacionado aos resultados esperados da execução orçamentária (FONTE, 2013, p. 304).

Nesse controle posterior a alocação dos recursos e voltado para o acompanhamento do alcance das metas traçadas pela Constituição e especificamente pela própria Administração Pública, tem-se como exemplo a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário para que

⁶ Recurso Especial nº 493.811/SP (DJU 15-3-2004).

um órgão público não funcione de forma precária, gerando risco para seus usuários, determinando um prazo para que eles sejam suprimidos (caso concreto de um hospital com condições precárias de instalações e funcionamento) (FONTE, 2013, p. 305).

Assim, vislumbra-se que inúmeras são as formas de atuação e de ocorrência do controle sobre a máquina administrativa, para que haja uma administração pública democrática e centrada nos direitos e fins sociais indisponíveis. O controle social, ministerial, judicial, contribuem muito para essa questão. Desses mecanismos de controle decorrem discussões concretas sobre o planejamento e recursos estatais disponíveis; metas mínimas são traçadas ou poderão ser cobradas, na hipótese de já terem sido previstas pela Administração; ações estatais específicas (como a de construir uma escola, ampliar o número de vagas de uma creche) são determinadas com a coercibilidade inerente às vias judiciais, com o intento de promover o alcance de patamares mais sólidos e significativos na concretização dos direitos em apreço.

Nesse sentido, registre-se que é possível controlar, em abstrato, (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, é possível cogitar do controle (ii) do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor. Ademais, é possível controlar ainda três outros objetos: (iii) a quantidade de recursos a ser investida, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade (BARCELLOS, 2010, p. 116)

Como é fácil perceber, os dois primeiros objetos de controle se ocupam do conteúdo das políticas públicas em si, ao passo que os três últimos pretendem controlar aspectos do processo de decisão e execução das políticas públicas levada a cabo pelo Poder Público (BARCELLOS, 2010, p. 116).

Todos esses parâmetros e mecanismos de controle, presentes na judicialização das políticas públicas, sem dúvida, contribuem amplamente para a garantia de uma maior e mais eficiente ação estatal no sentido de implementar, avaliar e acompanhar as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, considerando que não deve ser concebida a omissão estatal, a proteção deficitária dos direitos sociais ou o retrocesso na promoção e garantia desses direitos.

Assim, a judicialização das políticas públicas decorre da natureza do poder judiciário, que é guardião da Constituição, bem como assegura a própria natureza e fundamento das políticas públicas que, como visto, equivale a existência dos direitos sociais.

7 CONCLUSÃO

O estudo das políticas públicas propicia a compreensão de que estas constituem um conjunto de programas ou ações estatais desenvolvidas para o alcance de determinados objetivos. Elas encontram seu fundamento de existência nos próprios direitos sociais, uma vez que são destinadas para a promoção destes.

Para que sejam implementadas deve, como exposto, ser realizado um estudo e levantamento dos problemas socioeconômicos e governamentais que carecem de atuação estatal. Uma vez que os recursos são escassos, é bem bom alvitre considerar quais são os problemas mais graves do Estado, em termos de carência e extrema urgência de políticas públicas, para que sejam direcionados esforços, ações e recursos cabíveis para a atuação estatal na resolução do problema ou deficiência social em questão.

Dentre as principais etapas que seguem o processo de adoção das políticas públicas, tem-se a fase da implementação pelo órgão competente das políticas formuladas e, por fim, a avaliação das políticas públicas realizadas. Assim, compete aos entes estatais não apenas fazer o levantamento das necessidades e problemas sociais presentes em seu âmbito de atuação, escolher políticas públicas adequadas para concretizar os direitos sociais. A destinação e efetiva utilização de recursos no orçamento público para esse fim se faz necessária, de forma prioritária, já que a efetivação dos direitos sociais é prioridade e a que se destina o Estado Democrático de Direito.

Como abordado, deve ser aplicado às políticas públicas o fundamento da vedação à proteção deficitária, consistente no dever estatal primário de proteger os direitos fundamentais por meio de previsões legais e ações administrativas efetivas. Logo, ao Estado cabe tutelar e promover a concretização de direitos sociais, por meio da implementação de políticas públicas de forma eficiente, em consonância com os ditames constitucionais, de forma que não apenas a sua omissão total, assim como a sua ineficiência nas políticas adotadas deve ser alvo de controle e correção posto tratar-se de conduta que desvia e descumpre mandamentos constitucionais.

No sentido de propiciar a efetiva implementação das políticas públicas defendeu-se a legitimidade de sua judicialização, sempre priorizando as demandas coletivas e levando-se em consideração alguns critérios para essa discussão judicial dessas políticas, dentre os quais tem-se: i) a política pública deve ser constitucionalizada e relacionada a direitos fundamentais para que seja possível o controle, pois nesse âmbito não há espaço para o exercício da discricionariedade do administrador em não implementá-las; ii) deve haver omissão estatal ou

prestação deficiente e iii) argumentos orçamentários não servem de justificativa para a omissão, salvo se houver comprovação efetiva de que os recursos existentes foram efetivamente utilizados para a finalidade na esteira, inclusive, do posicionamento do STF.

Com base no exposto, considera-se que a presente pesquisa atingiu os seus objetivos delenados e, além de ter trazido à discussão um tema de relevância e grande pertinência para o constitucionalismo hodierno e contexto social, alcançou o seu intento de apresentar contribuições para a problemática discutida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo** n 240, 2005;

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002;

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático in **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010;

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/> Acesso em 25/04/2015.

_____. BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**, t. III, Rio de Janeiro, Renovar, 2005;

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**, in Maria Paula Dallari (org) **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006;

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004;

_____. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008 – Coleção Professor Gilmar Mendes; 8), p. 126.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, **Revista Trimestral de Direito Público** n 13, 1996;

CANOTILHO, Joaquim José G. Canotilho. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, Coimbra: Coimbra, 1994;

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 40;

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito** – São Paulo: Saraiva, 2013;

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

FREIRE Jr. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005;

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2013;

LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito do Estado, n 112, 2008;

MEDUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 8º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social**, RDP 57-58/254, Ed. RT, Janeiro-junho/1981;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**, 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional **In Revista de Doutrina do TRF 4º Região, 19º ed.**, 2007, disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm. Acessado em 07/07/2015

KRELL, Andrea J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (descaminhos) de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002;

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2º ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000;

RIBEIRO, Gustavo Moulin. O mínimo existencial e o direito constitucional brasileiro, mimeo, 2003;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 5º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et aç.] 2 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.