

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

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANTONIO GOMES DE VASCONCELOS

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

JULIA MAURMANN XIMENES

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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia
Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-111-1

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 I

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I, do XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Belo Horizonte, nos dias 11 a 14 de novembro de 2015.

Fruto do labor de mais de duas dezenas de pesquisadores, os trabalhos refletem um pouco de uma das mais palpitantes e instigantes páginas recentes do jovem Constitucionalismo Brasileiro.

É certo que a Constituição Federal de 1988, que refundou a República Brasileira, destacou a cidadania e dignidade da pessoa humana como os fundamentos do novo estado que dela derivou (C.F., art. 1º, incisos II e III). Ao fazer opção dos valores humanos como o núcleo da nova república, o Constituinte escreveu uma das mais avançadas cartas, que meritoriamente ficou conhecida como A Constituição Cidadã.

Além de destacar a cidadania e a dignidade humana como fundamentos da República, alçou como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (C. F., art. 3º). Já nesse ponto, está projetado o embrião da segunda geração dos direitos humanos, que são previstos e garantidos ao longo de nossa Carta Republicana.

Em didática definição, André Ramos Tavares (Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837) sustenta que os direitos sociais são direitos de prestação ou direitos prestacionais, porque exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social, especialmente dos hipossuficientes. Assim, a concreção de tais direitos se vincula à existência de políticas públicas efetivas.

No momento atual da vida institucional de nosso país, vivemos o amadurecimento, a perplexidade e a angústia, diante da necessidade de cumprimento de muitos dos postulados

consagrados na nossa Constituição. Mesmo diante dos imensos avanços vivenciados nos últimos anos, o Brasil ainda é um país repleto de desigualdades sociais. Poucos compartilham a riqueza e muitos dividem o pouco que sobra. Lamentavelmente o gigantesco abismo que separa economicamente as classes sociais, também se repete em todas as outras áreas. A pátria não consegue garantir oportunidades para a maioria de seus filhos, na maioria das vezes, pela ausência ou deficiência de políticas públicas.

A letargia que assola o estado brasileiro na implementação de políticas públicas tipifica um comportamento juridicamente reprovável e implica em transgressão da própria Constituição Federal, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Mello). É exatamente por essa razão que surgiu um ativismo judicial exacerbado, que hoje vem impondo ao poder executivo o cumprimento de muitas garantias e a implementação de políticas públicas para garantia de direitos sociais garantidos na Constituição.

Considerando estas premissas sobre a efetivação dos direitos sociais, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática para os intensos debates após a apresentação dos trabalhos.

Um dos grupos abordou o direito à saúde, objeto de intenso debate acadêmico e de pesquisas que buscam enfrentar os limites e possibilidades da judicialização. Os resultados de pesquisas sobre políticas públicas específicas de saúde também foram apresentados.

Outro grupo abordou uma temática que tangencia várias pesquisas sobre direitos sociais: a proteção à mulher. As pesquisas abordaram desde a violência contra a mulher até as políticas públicas afirmativas.

A proteção ao meio-ambiente, o direito à moradia, a sustentabilidade e a urbanização foram objeto de pesquisas apresentadas, com frequência utilizando o estudo de caso.

Por fim, cumpre destacar uma última pertinência temática: a proteção social. O programa bolsa família e a inclusão de pessoas com deficiência foi objeto de intenso debate, encerrando as discussões do grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I e retomando a discussão apresentada no início desta introdução: a necessidade de inclusão de muitos cidadãos que ainda não tem acesso efetivo aos direitos sociais previstos no texto constitucional de 88.

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA ATUAR NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS AND THE LEGITIMACY OF THE JUDICIARY TO ACT IN CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Karina Pinto Brasileiro

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, sem ferir o princípio da separação dos poderes e a discricionariedade administrativa, já que estas desempenham importante missão na concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, o Poder Judiciário surge como poder contramajoritário para coibir os excessos governamentais e garantir a efetivação dos direitos fundamentais, quando da implementação das políticas públicas. Assim, não há que se falar em intromissão indébita deste poder para controlar as referidas políticas, vez que é o guardião da Constituição e o responsável pela concretização do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Políticas públicas, Controle jurisdicional, Legitimidade, Discricionariedade, Separação dos poderes

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to examine the possibility of control of public policies by the judiciary without hurting the principle of separation of powers and administrative discretion. In times of discussions focused at neoconstitutionalism, the judiciary appears as a power to retrain government excesses and ensure the realization of fundamental rights within the implementation of public policies. Therefore, there is no need to talk about undue interference of this power to control such policies, once the judiciary is the guardian of the Constitution and responsible for the concretition of the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policy, Juriscicional control, Legitimacy, Discretion, Separation of powers

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de discussões voltadas ao neoconstitucionalismo e na construção de uma moderna democracia, o Judiciário ganha cada vez mais atuação na vida social e na Política Estatal, inclusive chegando a intervir nas chamadas políticas públicas. E neste crescente protagonismo do Judiciário, surgem várias questões quanto à legitimidade da sua intervenção no controle destas políticas.

Neste esteio de compreensão, cumpre destacar que o estudo das políticas públicas é fortemente influenciado pelas premissas do neoconstitucionalismo, dentre elas: a) supremacia e a força normativa da Constituição; b) a presença marcante da garantia jurisdicional; c) os traços da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição; d) a incorporação de valores e opções políticas ligadas aos direitos fundamentais; e) a expansão dos conflitos constitucionais.

De início sofre os efeitos da supremacia e da força normativa da Constituição, que permitem que os parâmetros constitucionais condicionem a definição e a execução das políticas públicas. Ademais, diante de os programas estatais serem, em alguma medida, alcançados pelos tentáculos da Constituição, visualiza-se espaço para o controle de constitucionalidade das políticas públicas, o que já justifica a fiscalização excepcional do Poder Judiciário, por intermédio da jurisdição constitucional.

A participação do Poder Judiciário no processo de formulação e execução das políticas públicas se apresenta como fenômeno absolutamente inédito, pois implica a substituição de um ato de vontade dos governos eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos, o que gera uma série de debates acerca de sua legitimidade para atuar, sem ferir o princípio da separação dos poderes e a discricionariedade administrativa.

Neste sentido, vale destacar que o controle que decorre da tripartição das funções do Estado é indispensável para a manutenção da democracia e para salvaguarda da própria liberdade individual, e essa estrutura, coerente e fonte tanto da concretização quanto do respeito aos princípios constitucionais, vincula as ações dos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário, federais, estaduais e municipais) e privados, destacando a ‘multifuncionalidade’ dos princípios e gerando eficácia.

Além disso, todos os atos da Administração Pública podem ser submetidos ao controle jurisdicional. Portanto, em obediência à previsão constitucional, garantida através do art. 5º, XXXV, segundo a qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão

ou ameaça a direito, individual ou coletivo, há de se perquirir sobre o aspecto da legalidade do ato administrativo.

Outrossim, pode-se dizer que, sendo as políticas públicas atos administrativos que integram o sistema jurídico, o Poder Judiciário, através de um controle racional-jurídico, possui legitimidade constitucional para tutelá-las, desde que violadoras de direitos fundamentais, até como corolário da ideia de um Poder Judiciário elevado à categoria de guardião da Constituição e de protetor dos valores esculpidos em nível magno.

Frise-se ainda que cabe ao Poder Judiciário fiscalizar as políticas públicas em todas as suas fases (formulação, execução e avaliação), bem como em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos.

Deste modo, quanto à execução e implementação das políticas públicas, em conformidade com as normas constitucionais, o Estado deve respeitar os princípios constitucionais administrativos expressos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), sob pena de sofrer intervenção do Poder Judiciário para coibir quaisquer irregularidades cometidas.

É de bom alvitre mencionar ainda que cabe também ao Judiciário verificar se a política pública, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, está compatível com a Lei Orçamentária Anual (LOA), em face das metas fixadas no Plano Plurianual (PPA), bem como de sua adequação com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e, por fim, se está em consonância com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, o controle das políticas públicas passa necessariamente por um acompanhamento das peças orçamentárias dos poderes constituídos. É no orçamento, principalmente, que elas se materializam. Este não pode ser visto como mera peça de ficção ou mera autorização destituída de qualquer caráter impositivo, mas como instrumento importante para a efetividade de alguns direitos.

Desta feita, longe de exaurir o tema, esta pesquisa tem como objetivo geral a análise da legitimidade do Poder Judiciário para atuar quando da promoção das políticas públicas feitas pelo Poder Executivo, sem ferir o princípio da separação dos poderes; e, como objetivos específicos, analisar o conceito e as fases para concretização das políticas públicas; identificar o controle jurisdicional das políticas públicas; estudar o princípio da separação dos poderes, verificando sua origem e evolução e, por fim, analisar a superação do referido princípio com a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

Destaque-se, ainda, que o presente trabalho classifica-se como uma pesquisa explicativa, com vertente metodológica qualitativa, cujo método de abordagem é o dedutivo, com procedimento técnico bibliográfico e técnica de pesquisa de documentação indireta.

Ademais, não há que se falar em ausência de legitimidade do Poder Judiciário para atuar no controle das políticas públicas, tendo em vista que o seu amparo encontra guarida no texto constitucional e está em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico pátrio, conforme se verá a seguir.

2 CONCEITO E FASES DA POLÍTICA PÚBLICA

Na evolução do conceito de política pública, deve-se à Ronald Dworkin as formulações científicas básicas delineadoras do sentido adequado da *policy*, que para este autor se associa à ideia de diretrizes da Administração Pública, ou seja, de metas, objetivos sociais que exigem um programa de ação a ser desenvolvido e realizado pelo Estado providência, atrelado à ideia do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). (DWORKIN, 2002)

As políticas públicas se ligam à atividade promocional do Estado e à realização de fins coletivos. Tal concepção é fartamente acolhida por vários autores contemporâneos, que também não deixam de identificar as *policies* com as tarefas estatais associadas a uma intervenção na ordem social, econômica e política.

De acordo com Ronald Dworkin, citado por Barros (2008), a política (*policy*), contraposta à noção de princípio, designa aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, no mais das vezes uma melhoria das condições econômicas, políticas ou sociais da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, por implicarem na proteção de determinada característica da comunidade contra uma mudança hostil. Os princípios, na sua visão, já não têm a finalidade de assegurar uma situação socialmente desejável, mas instituir exigências de justiça e equidade.

Ademais, pensando nas políticas públicas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltado à intervenção no domínio social, por meio do qual são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição, Maria Paula Dallari Bucci definiu política pública da seguinte forma:

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 judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p. 39)

Assim, pode-se afirmar que o conjunto de ações que o Poder Público realiza visando o efetivo exercício da igualdade, base de toda a ordem social, constitui as políticas públicas. Também comenta Fábio Konder Comparato, citado por Barros (2008), que, ao se falar em atividade promocional dos Poderes Públicos, chega-se naturalmente ao conceito de políticas públicas.

Reitere-se, ademais, que tal atividade promocional tem base na Lei Maior e não deve ficar alheia à jurisdição constitucional. Assume papel de realce a moldura constitucional das políticas públicas. É o que afirma Canotilho, citado por Marcus Aurélio de Freitas Barros:

Não há dúvida que a consagração concreta de políticas implica um mandato constitucional de otimização dos direitos através de uma política predeterminada com a conseqüente restrição da liberdade de conformação do legislador e entrada do controle das políticas no circuito da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade). (BARROS, 2008, p. 59)

Deste modo, pode-se afirmar que políticas públicas são verdadeiras atividades públicas, qualificadas como programas estatais, que envolvem, dentre vários outros elementos, recursos públicos. Logo, têm ligação intrínseca com a proteção e promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição, de modo que os programas estatais são orientados em torno da concretização destes direitos fundamentais.

Muitos autores – na esteira de Dworkin e Canotilho, com o propósito de esclarecer a noção básica de políticas públicas – salientam sua ligação com a atividade promocional do Estado e o objetivo de alcançar metas constitucionais coletivas. Outros chegam a ressaltar que, para atingir seus fins, deve, de um lado, combinar vontade política e conhecimento técnico e, de outro, respeitar as limitações e imposições constitucionais.

Neste liame de compreensão, Eduardo Appio (2007) preceitua que as políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.

Deste modo, pode-se afirmar que as políticas públicas representam os aparelhos de ação dos governos, através de uma substituição dos "governos por leis" (*government by law*) pelos "governos por políticas" (*government by policies*), imposta pela própria superação do dogma do Estado liberal pelo Estado social, que é o fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas, através do implemento dos direitos fundamentais positivos, que exigem uma prestação positiva do Poder Público.

Seguindo esses raciocínios, pode-se concluir que as políticas públicas consistem em ações governamentais, previamente programadas, que se realizam no contexto de um processo ou conjunto de processos levados a efeito segundo leis previamente fixadas, judicialmente definidas e administrativamente realizadas, com objetivos sociais relevantes e determinados politicamente. Tais objetivos devem ser orientados axiologicamente, segundo uma escala valorativa de prioridades, bem como o provimento de meios para sua realização, e a previsão temporal de sua efetivação.

É de bom alvitre mencionar ainda que as políticas públicas se submetem a diversas fases, as quais precisam ser controladas. Desde sua definição – onde há a discricionariedade política absoluta ante os parâmetros constitucionais – até sua implementação, são praticados um conjunto de atos. Graças às premissas do neoconstitucionalismo, tanto a compatibilidade da política eleita com a Constituição como as diversas condutas comissivas (fazer) ou omissivas (não fazer) devem passar, antes de tudo, pelo crivo da constitucionalidade e da legalidade.

No Brasil, existem três fases importantes para a construção da política pública e seu desenvolvimento. A primeira é a decisão estatal (feita por agentes públicos, com maior ou menor participação social); a segunda diz respeito à alteração institucional (mudanças estruturais ou organizacionais); e a terceira são as ações públicas propriamente ditas (a efetiva realização das ações). (BARROS, 2008)

De modo mais resumido, pode-se reconhecer duas etapas mais gerais da *policy*: uma de definição, onde são escolhidas, dentre o arsenal de possibilidades, as políticas que serão desenvolvidas; e outra de implementação ou execução, onde se transforma o que foi definido em realidade prática.

Pode-se afirmar que a fase da formação compreende a identificação dos problemas a serem tratados, estabelecendo uma agenda, assim como a proposição de soluções, abrangendo a realização dos estudos multidisciplinares necessários para delimitá-lo, a especificação dos objetivos que se pretende alcançar adequados ao problema e a indicação dos melhores modos de condução da ação pública, tratando-se, aqui, da formulação da política. Sucintamente, a fase de formulação baseia-se em estudos prévios e em um sistema adequado de informações,

definindo-se não só as metas, mas também os recursos e o horizonte temporal da atividade de planejamento. (BUCCI, 2006)

Sobrevindo a decisão conformadora da política, inicia-se a implementação, que deverá observar os princípios e diretrizes, prazos, metas etc. A implementação envolve o planejamento e a organização do aparelho administrativo, englobando-se aí todos os fatores envolvidos. Abrange também a execução e o acompanhamento das atividades desenvolvidas para, ao final, permitir uma avaliação de todo esse processo e a análise dos efeitos produzidos na sociedade. (PASSOS, 2014)

A avaliação, que se dá por vários métodos, vai verificar o impacto da política, se os objetivos previstos estão sendo atingidos e se há algo a ser modificado, isto é, irá aferir a adequação de meios e fins, promovendo a relegitimação ou a deslegitimação da ação pública e também fornecendo elementos para o controle judicial, social ou pelos tribunais de contas. (BUCCI, 2006)

Outrossim, a visualização destas etapas permite também uma melhor compreensão dos possíveis parâmetros de controle judicial das políticas públicas, que podem sofrer controle quanto à parâmetros objetivos (ex: aplicação dos percentuais mínimos em saúde e educação), quanto ao resultado final e quanto aos meios utilizados pelo poder público para realizar as metas constitucionais, os quais serão analisados a seguir.

3 CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O chamado controle jurisdicional da Administração Pública ganha sede constitucional, através do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que assim vaticinou:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV — A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

O controle jurisdicional, a partir da Constituição ou de parâmetros normativos, serve para legitimar a complexa atividade estatal desenvolvida quando da definição e execução dos programas estatais.

Assim, o controle jurisdicional de políticas públicas nada mais é do que um controle em relação aos fins estatais prioritários, levando em conta os valores e opções políticas realçadas. Este controle nada mais é, portanto, do que uma espécie de controle da Administração Pública.

Cumprido destacar que a Administração Pública não age segundo a sua vontade, mas segundo a finalidade determinada pela lei, em cujo continente ela existe e se impõe, obtendo liberdade de escolha concedida pela lei e obedecendo a forma, competência e finalidade. Porém, como a competência da Administração Pública volta-se à realização do bem público material, concretizando o disposto no sistema jurídico-normativo, claro está que, carente dos fundamentos para agir, não se pode ter como válido o ato que desborde dos preceitos e mandamentos de Direito vigente, o que significa dizer que o ato será passível de controle pelo Poder Judiciário.

Segundo grande parte da doutrina, não cabe ao Poder Judiciário controlar os atos administrativos dos poderes públicos, para não violar o princípio de separação dos poderes. No entanto, pelo fortalecimento dos princípios fundamentais da administração como o da moralidade e eficiência e os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, existe atualmente “uma nítida tendência à atenuação dessa vedação ao exercício, pelo Poder Judiciário, do controle de determinados aspectos de alguns atos administrativos, que costumavam ser encobertos pelo conceito vago de mérito administrativo”. (GRINOVER, 2013, p. 67)

Deste modo, no que tange ao controle jurisdicional, ele será direcionado para toda a atividade que se relaciona com a formulação, bem como para todo o andamento da fase de execução. Toda vez, portanto, que os fins, metas e objetivos constitucionais não forem atendidos, ou o planejamento orçamentário não for cumprido, ou ainda, haja ferimento aos direitos fundamentais, bem como abusividade estatal, haverá espaço para o controle jurisdicional. (BARROS, 2008)

O que se está a advogar é que, na perspectiva do acompanhamento das políticas públicas, fiscaliza-se a atividade direcionada a uma finalidade definida normativamente, bem como se todo o processamento está de acordo com os fins e os parâmetros definidos em normas jurídicas. Na verdade, é o *iter* procedimental ou a ausência deste (omissão), que são controlados.

Assim, os avanços da democracia pressupõem o controle jurisdicional de toda a atividade ligada à implementação de políticas públicas, impedindo-se o arbítrio estatal. O caminho mais adequado para se acompanhar o desenrolar de uma *policy* é admitir uma cautelosa tutela de orçamento, a fim de adequar as atividades dos poderes públicos aos padrões constitucionais.

Frise-se que não é razoável pensar em boa administração, em eficiência da atividade administrativa, se as metas previstas em peças orçamentárias ou na própria Constituição, são simplesmente desconsideradas e a missão de implementação gradual dos direitos sociais não logra atendimento.

A eficiência valoriza os resultados da atividade administrativa. No fundo, decorre da noção de boa administração. Assim, não há de negar-se que, em tema de implementação de políticas públicas, é importante atingir as metas previamente impostas. Enfim, urge que, mantidas as circunstâncias, seja seguido à risca o que foi planejado, caminhando-se na direção dos fins e objetivos propostos.

Vale ressaltar ainda que toda política pública, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, deve ser compatível com a Lei Orçamentária Anual (LOA), em face das metas fixadas no Plano Plurianual (PPA), bem como de sua adequação com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

O controle de políticas públicas passa, pois, por um controle dos orçamentos. Fala-se num controle preventivo e concomitante dos orçamentos. Essas leis orçamentárias, de acordo com o texto constitucional, tem um papel decisivo na formulação e concretização das políticas públicas.

Deste modo, ao se detectar que o projeto de lei ou a lei orçamentária não contemplam as metas estipuladas, pode o Poder Judiciário exigir a adequação da peça orçamentária aos modelos obrigatórios antes definidos.

Neste sentido, o controle jurisdicional possível é certamente realizado à luz dos valores e das metas prioritárias previstas no próprio planejamento orçamentário, que deve ser cumprido. Isto demonstra que a liberdade do administrador para não realizar a despesa ou realocar os recursos não é absoluta, sofrendo os condicionantes da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da supremacia da Constituição.

Em suma, fica muito claro que não é mais possível confinar o controle público apenas à etapa posterior aos resultados da atividade desenvolvida para a consecução das políticas públicas. Tampouco se deve restringir a fiscalização judicial. O Poder Judiciário, quando provocado, deverá ser apto a fiscalizar todas as etapas do procedimento e a série de atividades desenvolvidas no próprio processo de materialização das escolhas prioritárias em matéria de direitos fundamentais prestacionais. Tal controle deve se centrar num exame acurado do orçamento, assim também na compatibilização deste com as diretrizes previamente definidas.

Sob este liame de compreensão, é imperioso destacar que a espécie de controle jurisdicional de políticas públicas mais tormentosa é a que concerne à fiscalização da definição

das *policies*. É a modalidade que mais toca com preocupações ligadas ao respeito à separação de poderes e à discricionariedade política, já que tal atividade cabe melhor na esfera dos poderes Executivo e Legislativo.

De acordo com Barros (2008), alguns autores sequer cogitam a possibilidade de admitir o Poder Judiciário, mesmo excepcionalmente, como ente formulador de políticas públicas, pois tal possibilidade geraria o risco de um governo de juízes ou mesmo da instalação de uma perniciosa aristocracia judiciária. No entanto, outros autores reconhecem uma atuação mais ampla do Poder Judiciário. Para estes, o controle da formulação dos programas estatais é imperativo lógico da missão de planejamento da gestão pública, bem como da necessidade de atribuir máxima efetividade às normas constitucionais ligadas à implementação de direitos sociais, econômicos e culturais, diante da limitação dos recursos orçamentários. A própria Lei de Responsabilidade Fiscal já adverte que a responsabilidade fiscal pressupõe ação planejada e transparente.

Existe um dever de planejar o futuro, estabelecendo metas a serem alcançadas, estas acordadas com a Constituição e com outros parâmetros estabelecidos na ordem jurídica. Tais metas, portanto, não são livres, possuindo, em alguma medida, vinculação jurídica. Assim, todas as vezes que, por ação ou omissão, for verificado abuso governamental na formulação de *policies*, se afigura pertinente o controle jurisdicional.

Ocorre que é impossível prever todos os meios, instrumentos, decisões que devem ser tomadas para que os programas sejam desenvolvidos e, com o passar do tempo, os objetivos sociais alcançados. No entanto, a definição dos meios não pode ser arbitrária. A própria legislação se encarrega de impor limites, uma vez que os meios não podem estar em dissonância com os fins estabelecidos, bem como não se admite que os meios não sejam predispostos, pois isso implicaria também em desconsideração das metas estabelecidas pelo legislador. Daí se dizer que é possível o controle da eficiência dos meios empregados, em atenção aos fins previamente estabelecidos. Trata-se, pois, de um controle jurisdicional dos fins, não se permitindo que as políticas não avancem, tendo em vista a ausência ou a iniquidade dos meios utilizados. (FAGUNDES, 2010)

Do ponto de vista prático, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), tornou-se mais um instrumento de averiguação de controle relacionado à formulação de políticas públicas e o planejamento orçamentário. Assim, o art. 16 da referida lei traz a questão da compatibilidade ao afirmar ser “compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições”. (DIAS, 2007)

Outra questão bastante conturbada é a discussão quanto à autorização do Poder Judiciário para invalidar uma política pública. Sobre o tema, Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008) admite que é uma questão gravíssima, pois o julgador não pode se arvorar senhor de todas as coisas e passar a definir em todo momento as políticas públicas, já que a escolha destas, em princípio, é atividade reservada à deliberação majoritária, ao passo que existe entendimento doutrinário que defende a invalidação da política pública por ineficiência, se houver ferimento a outros princípios jurídicos, como a proporcionalidade e a moralidade.

Ademais, o Poder Público vincula-se juridicamente às metas previamente fixadas na Constituição e nos planos orçamentários, de modo que os programas têm que contribuir para uma eficácia mínima, sob pena de afrontar, de modo inequívoco, a Constituição. Eis, pois, uma situação de ato comissivo ilícito que, por ferir claramente os princípios como o da eficiência, moralidade, razoabilidade, permite o controle jurisdicional, de natureza excepcional, com o fim de invalidar política definida. (MELO, 2010)

Cumprido destacar ainda que cabe ao Poder Judiciário a missão de, concomitantemente à execução orçamentária, verificar a regularidade dos atos praticados, em especial no que toca às despesas efetuadas, desde que devidamente provocado. É a efetiva realização das despesas que permite acompanhar a execução orçamentária na perspectiva de um controle de políticas públicas.

Uma vez definidas quais são as políticas públicas prioritárias e alocados os recursos para fazer face a elas, resta ainda a possibilidade de o Poder Judiciário ser instado a acompanhar se os resultados estão sendo alcançados, ou seja, se os meios e recursos predispostos estão sendo suficientes para que se atinjam os fins colimados por imposição constitucional.

Deste modo, pode-se afirmar que o controle jurisdicional de políticas públicas passa necessariamente pelo controle das diversas peças orçamentárias, mantendo-se o cuidado de, sem desprezar os valores constitucionais, não podar a liberdade política legítima. Além disso, tal controle, através dos orçamentos, cria um compromisso maior do gestor público também em relação à destinação das verbas públicas, propiciando um amplo caminhar na direção da efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais.

É imperioso ressaltar, por fim, que também podem ser destacados outros instrumentos colocados à disposição da sociedade para exercer o controle das políticas públicas. São os chamados remédios processuais. Neste sentido, deve-se mencionar que existem os remédios processuais comuns, quais sejam: aqueles pelos quais os atos administrativos submetidos ao crivo do poder judiciário possuem conteúdo semelhante aos atos jurídicos privados; assim como existem os remédios jurídicos especiais, que podem ser entendidos como ações especiais,

extraordinárias, que foram criadas pelo legislador para tratar de algumas situações contenciosas específicas. (FAGUNDES, 2010)

Ademais, são considerados como os principais remédios processuais específicos contra atos administrativos, existentes no nosso ordenamento jurídico: o habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, ambos previstos no texto constitucional. Além disso, destacam-se a tutela inibitória e de remoção do ilícito como as principais tutelas jurisdicionais coletivas que mais se amoldam aos fins do controle jurisdicional de políticas públicas. No entanto, tanto os remédios processuais especiais como as tutelas coletivas serão estudados em outro momento, cabendo, neste momento, apenas identificá-los.

4 LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA ATUAR NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Há muito se discute a questão da intervenção do Poder Judiciário nos outros poderes, questionando-se acerca da possibilidade de este poder ter legitimidade para controlar os atos políticos de outros poderes, sem que fira o princípio da separação dos poderes.

O fato ganha contornos ainda maiores quando se trata do controle jurisdicional dos atos administrativos, especialmente nas políticas públicas, uma vez que a competência para formulá-las e executá-las é do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário intervir neste âmbito administrativo.

Dentre os temas mais gerais ou teóricos, sempre ligados à legitimidade constitucional do contraste jurisdicional, destacam-se: a) a missão do Poder Judiciário e a natureza excepcional do controle de *policies*; e, b) as discussões em torno da separação das funções estatais e da discricionariedade administrativa. Outros temas envolvem legitimidades mais específicas, como para: a) o controle das omissões inconstitucionais ou ilícitas; b) a submissão do controle à reserva do possível e ao mínimo existencial; e, c) o controle dos orçamentos. (BARROS, 2008)

Na linha doutrinária de Oswaldo Luiz Palu, citado por Barros (2008, p. 117), uma das funções primordiais do Poder Judiciário no Estado atual é “a função de controle político, que se constitui no controle de constitucionalidade e no controle de conformidade”.

Este também é o pensamento de Eduardo Appio (2007, p. 68), ao mencionar:

Ao atuar em sede de controle de políticas públicas, o Poder Judiciário assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em

face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo, seja no administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos.

Diz-se, em resumo, que este poder padeceria de falta de legitimidade democrática e preparação técnica para atuar politicamente, além de gerar riscos de vir a se transformar numa espécie de superpoder, nocivo à democracia. Fala-se, também, de modo muito corriqueiro, que esta atuação político-jurídica do Poder Judiciário afrontaria o postulado da separação das funções estatais ou mesmo os limites da discricionariedade administrativa.

No Estado Constitucional atual, contudo, diante da afirmação do neoconstitucionalismo e do processo de globalização, há uma crise na democracia representativa, que decorre da redução da importância do Poder Legislativo, o que gera, conseqüentemente, a necessidade de o Poder Judiciário, como um contrapoder, enveredar no controle da constitucionalidade e legalidade das políticas públicas.

Por outro lado, o Poder Judiciário passa a ser mais exigido e ter que assumir posição proeminente neste Estado que se modela na novel configuração da separação dos poderes. Resta imperiosa a compreensão, para fazer face ao estreitamento da esfera pública, da sua dimensão política. As reivindicações desta ordem, paulatinamente, vão se traduzindo em demandas judiciais. Daí o papel de protagonista que se outorga aos órgãos judiciários, num verdadeiro processo de judicialização da política ou, para alguns, de politização da justiça. (BARROS, 2008)

Ora, se, no que toca às políticas públicas, há enorme concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo, até diante da influência de portentosos poderes sociais e da agilidade que o mundo atual requer, resta a alternativa do Poder Judiciário, como poder contramajoritário, para debelar os abusos praticados, com a ressalva de que não se deve pretender um protagonismo exacerbado no exercício de sua missão constitucional.

Importante partir da ideia que o manejo das políticas públicas é função que se inclui, primariamente, no âmbito das funções institucionais dos Poderes Legislativo e Executivo, especialmente deste último, que, no modelo atual, concentra grandes poderes em relação à definição e à execução de políticas públicas. Assim, cumpre ao Poder Judiciário apenas garantir que a atuação política seja legítima, não ultrapassando os limites normativos impostos no ordenamento jurídico.

Frise-se, por oportuno, que a legitimidade do Poder Judiciário é excepcional, no sentido de que não deve substituir a atuação dos demais poderes políticos, já que isto poderia produzir grave ofensa à democracia, podendo significar - no caso, por exemplo, de imposição coercitiva

de *policies* pelo Judiciário- o surgimento de uma verdadeira aristocracia judiciária. A missão constitucional deste poder é apenas resguardar a observância dos limites constitucionalmente definidos, não mais que isso.

A atuação do Poder Judiciário só acontecerá em caso de abusividade governamental. Desde que os poderes políticos mantenham-se nos trilhos do espaço político que lhes é reservado por força da própria deliberação majoritária nada há que possa dizer respeito ao Poder Judiciário. Excepcionalmente, contudo, se houver abuso da missão política, ao não observar a medida da vinculação jurídica, abre-se espaço para a tutela jurisdicional das políticas públicas.

O Poder Judiciário atuará, portanto, para controlar os desvios na definição e também na execução de políticas públicas, afastando-se, por completo, a incabível ideia de que, ao controlar políticas públicas, apresentar-se-ia como um superpoder. Em verdade, apresenta-se apenas como guardião da Constituição. Nada mais que isso.

Outro aspecto que merece comentário são as relações entre o controle jurisdicional de políticas públicas e os limites impostos pela discricionariedade administrativa.

Hoje, percebe-se um evidente percurso dirigido à atenuação do âmbito da atividade discricionária, em matéria de controle da administração pública. Neste sentido, Seabra Fagundes (2010) percebeu que o ato administrativo, além dos aspectos ligados a sua competência e forma, poderia ser controlado a partir dos seus motivos (daí a teoria dos motivos determinantes) ou dos seus fins (a partir da teoria do desvio de poder ou, no Brasil, do desvio de finalidade). Daí foi um passo para se perceber que o controle também poderia existir a partir dos princípios ou dos contornos dos direitos fundamentais. Indo mais à frente, pode-se dizer que as metas, objetivos e fins constitucionais também são parâmetros para um controle, mesmo que prospectivo, da atividade administrativa.

Somente a atividade política legítima (àquela não alcançada pelos efeitos da juridicidade) fica descoberto da possibilidade de controle jurisdicional, a fim de evitar usurpação da atividade administrativa ou que se instale um descabido governo de juízes.

5 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: origem e evolução

A doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra, no século XVII, estreitamente associada à ideia de *rule of law* ou, mais concretamente, concebida como pré-requisito prático ou condição *sine qua non* da sua realização. Baseava-se em específicas ideias, reivindicações e critérios jurídicos, de cariz essencialmente anti-absolutista. Constituía, assim, elemento essencial do modelo que ao Estado absolutista então se contrapunha como

alternativa: a própria *rule of law*, primeira forma histórica do que viria a ser Estado-tipo do Ocidente, ou seja, o Estado constitucional ou de Direito, que igualmente inclui como seu elemento essencial o princípio da separação dos poderes. (PIÇARRA, 1989)

Tradicionalmente entendida como tendo por objetivo a limitação ou a moderação do poder público e a garantia da liberdade, a doutrina da separação dos poderes entronca perfeitamente numa das vertentes basilares da Filosofia Política e da Teoria do Estado ocidentais, a qual remonta a Antiguidade greco-romana.

Todavia, a doutrina da separação dos poderes, na parte em que envolve uma distinção entre funções estaduais, prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome, sobretudo, da liberdade individual, é de origem inequivocamente moderna, tendo nascido em Inglaterra no século XVII. Foi defendida, a partir de princípios jurídicos, como pré-requisito da *rule of law*. (PIÇARRA, 1989)

Como arma ideológica de luta contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento Inglês, a necessidade de separação dos poderes era invocada com o preciso sentido de limitar aquele órgão no desempenho da função legislativa, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveria caber. Eis a doutrina da separação dos poderes, pela primeira vez enunciada nos seus traços autônomos fundamentais, como doutrina prescritiva de determinados arranjos orgânico-funcionais, baseada numa certa análise das funções do Estado. ((PIÇARRA, 1989)

O princípio da separação dos poderes foi constitucionalmente consagrado segundo o esquema preconizado por Montesquieu, de acordo com o ideal de constituição mista, tendo em conta uma sociedade de estados. Ao propor-se como objetivo fundamental a limitação do poder político, assume-se como tema recorrente do pensamento ocidental, desde a Antiguidade Clássica. Remontam à Grécia e a Roma antigas algumas das ideias que vieram a encontrar a sua expressão institucional mais perfeita no moderno Estado constitucional e que poderiam ser designadas por axiomas fundamentais da ideia ocidental de Estado, contraposta, desde sempre, ao despotismo oriental.

Encontra-se no modelo aristotélico de Constituição Mista apenas uma ideia que virá a andar associada à doutrina da separação dos poderes, numa fase já adiantada da sua evolução: a do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional. (PIÇARRA, 1989)

Foi tomando o poder executivo na primeira aceção que então se exigiu a sua separação orgânica e pessoal do poder legislativo: “para que os cidadãos sejam governados por leis

imparciais, os autores destas não hão de, simultaneamente, julgar e punir as suas violações”. (PIÇARRA, 1989, p. 51)

A partir do momento em que ficou comprovada, na prática, a reduzida probabilidade de os autores das leis atuarem sempre de acordo com elas, aplicando-as imparcialmente aos casos concretos, porque a isso se mostra adversa a natureza humana, a separação entre a função legislativa e a função executiva (do ponto de vista dos órgãos que as exercem e dos respectivos titulares) passou a ser considerada condição *sine qua non* para a realização da *rule of law* (princípio da legalidade).

Ora, se as mesmas pessoas que fazem as leis podem aplicá-las, não está garantido este princípio, pois no exercício do poder legislativo elas podem sempre modificar as leis existentes ou fazer novas leis para justificar os atos praticados ao abrigo da sua competência executiva. Se, pois, os que executam as leis tiverem simultaneamente competência legislativa para modificar os limites legais a que estão vinculados ao exercerem a competência executiva, tornar-se-ão inevitavelmente legisladores arbitrários e tirânicos.

No Estado de Direito do século XX, a ideia de controle, fiscalização e também coordenação recíprocos tornou-se o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes. Uma função de controle tem até sido elevada a função autônoma do Estado. (PIÇARRA, 1989)

Tem-se mesmo considerado que os controles de natureza jurídica efetuados por um poder judicial independente, tendem a superar em importância, para efeitos da moderação e limitação do poder estadual, os controles de natureza política entre os órgãos constitucionais de direção política (parlamento e governo), os quais estão unificados pelos partidos majoritários. O sistema de controles jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito Contemporâneo.

A partir da ideia de um controle de poder pelo poder, tem-se mesmo considerado que a função jurisdicional, tal como atualmente se configura, constitui o contrapoder da função legislativa enquanto instrumento da função política.

Neste sentido, com a evolução do constitucionalismo e do próprio Estado de Direito, a clássica ideia da separação dos poderes tem sido revisitada, ganhando um colorido axiológico especial, permitindo-se, portanto, a atuação do Poder Judiciário em qualquer esfera quando houver flagrante desrespeito aos preceitos constitucionais.

Assim, numa postura clara de se buscar efetivar aqueles direitos garantidos nas Constituições dos Estados contemporâneos, gerou-se a necessidade de um Poder Judiciário mais participativo, responsável também pela concretização do Estado Democrático de Direito,

por não se aceitar mais a ideia de entrega a alguém do poder absoluto sobre determinada função pública, especialmente o de formular e implementar políticas públicas.

Tal postura se deve também ao pensamento de que a Carta Máxima de direitos de uma sociedade possui uma força normativa suficiente para garantir a plena aplicabilidade de suas normas, impedindo a violação de seus dispositivos constitucionais, em respeito à primazia da supremacia da Constituição.

É neste sentido que tem evoluído o entendimento jurisprudencial e doutrinário pátrio. Na análise da decisão proferida pelo Min. Relator Celso de Mello no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, verifica-se que prevaleceu o entendimento da supremacia constitucional, que impõe que os direitos fundamentais sejam preservados por todos os poderes.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Deste modo, é impossível alegar intromissão indébita do Poder Judiciário na esfera dos poderes políticos. Esta atuação somente tem lugar quando há abusividade estatal. É, inclusive, uma exigência clara de fiscalização em relação aos outros poderes, conforme se verá a seguir.

6. SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: a atuação do Poder Judiciário

A teoria clássica da separação dos poderes de Montesquieu foi concebida dentro de um contexto recém-saído do absolutismo, marcado por um histórico de arbitrariedades decorrentes da ausência de limites ao poder soberano, razão pela qual inviabiliza sua aplicação na modernidade.

Em tempos atuais, a adoção do modelo Montesquiano, sem qualquer adaptação, traz, por consequência, um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência aos conflitos

privados. Não é a separação dos poderes que garante o exercício moderado do poder, mas o sistema de pesos e contrapesos. (PASSOS, 2014)

Deste modo, no atual estágio do constitucionalismo democrático, a divisão de poderes, certamente não pode ser entendida como óbice à legitimidade constitucional do controle jurisdicional de políticas públicas.

Mesmo, pois, em sua concepção originária, não se pode obscurecer a importante faceta do postulado da separação dos poderes de tencionar estabelecer limites ao exercício do poder político, podando as arbitrariedades. É justamente este um dos mais notáveis sentidos da existência da teoria dos pesos e contrapesos (“*checks and balances*”) desenvolvida no direito estadunidense. Se assim é, resta óbvio que a imposição da divisão das funções estatais não deve servir, em sentido inverso às finalidades políticas de sua criação, de âncora para permitir abusos governamentais. (BARROS, 2008)

Não se pode, mesmo tendo em conta os parâmetros liberais, traçar contornos absolutos à supremacia do legislativo e à visão clássica francesa do princípio da separação dos poderes, utilizando-o como um anteparo a impedir a concretização de direitos fundamentais, diante de abusos praticados na gestão da coisa pública.

Se a visão estática de Montesquieu carece de compreensão mais aguda quando se aprofunda a outra vertente política (desenvolvida à luz do liberalismo americano) da doutrina da separação dos poderes, é fato que ela não pode se sustentar diante das exigências de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Hoje, com o modelo atual de Estado Neoconstitucional e os novos e importantes movimentos sociais, a visão francesa clássica está superada. É preciso atualizar o postulado da separação dos poderes, de molde a retirar-lhe o caráter sagrado e intocável, admitindo-se uma expansão da fiscalização judicial da atividade e das omissões dos demais poderes.

Não se aceita uma absoluta liberdade de conformação do legislador no que toca à implementação de políticas públicas. Resta um papel de destaque ao Poder Judiciário, no sentido de debelar os abusos e omissões inconstitucionais, permitindo-se uma imperiosa revisão da teoria clássica da separação dos poderes. Percebe esta circunstância, em trecho lapidar do seu voto na ADPF nº 45 MC/DF, o Min. Celso de Mello, citado por Marcus Aurélio de Freitas Barros, ao explicar que:

Não obstante a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a

atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais (...), justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (BARROS, 2008, p. 137)

Fica muito claro que não há como deixar de defender, mesmo diante do postulado em exame e do princípio majoritário, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas. A legitimidade constitucional decorrente desta atuação, consideradas as circunstâncias deste novo milênio, a crise de representação política e a ampliação da dimensão política do Poder Judiciário, é absolutamente indiscutível.

A separação dos poderes deve ser interpretada como uma coordenação ou colaboração ou co-participação entre os poderes em certas tarefas. A relativa independência que garante as liberdades deve agregar o valor de cooperação entre os poderes, voltada à realização dos objetivos e direitos fundamentais.

Um Judiciário forte é elemento fundamental para o equilíbrio de forças necessárias à desconcentração do poder e contenção do arbítrio, garantindo ainda que as aspirações democráticas assumidas constitucionalmente logrem a adesão de todo o aparato estatal.

É de bom alvitre mencionar ainda a impossibilidade de uma separação absoluta entre os poderes, qualquer um deles sempre exercerá as funções de outro, ainda que de forma secundária. Não há como pensar no exercício regular de funções típicas sem o exercício daquelas atípicas, não se podendo falar, portanto, em separação absoluta de poderes, mas apenas em primazia no exercício de determinada função. (PASSOS, 2014)

O incremento das funções judiciais no processo de políticas públicas é condição *sine qua non* da imperatividade das normas constitucionais. O Judiciário omissivo, norteado por uma ideologia liberal, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Frise-se, ademais, que o tratamento dogmático-constitucional do princípio da separação dos poderes faz-se a partir da análise de uma constituição concreta em vigor. O princípio constitucional da separação dos poderes não é prévio à constituição, mas constrói-se a partir dela. (PIÇARRA, 1989)

Logo, com arrimo em Karl Loewenstein, citado por Daniel Silva Passos (2014), é possível sustentar uma profunda revisão do dogma da separação dos poderes, o qual deve ser reinterpretado de modo a ostentar a seguinte tripartição: a função responsável por conformar a política (*policy determination*), a função responsável por executar a política (*policy execution*)

e a função responsável por controlar a política (*policy control*). Fica superado, portanto, qualquer tentativa de excluir o Poder Judiciário do processo de políticas públicas sob o argumento de que estaria enveredando em instância que não lhe compete. Todos os três poderes são corresponsáveis pela concretização dos direitos e objetivos constitucionais, ainda que exista a primazia no exercício de determinada função.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas integram o sistema jurídico, tendo o Poder Judiciário, através de um controle racional-jurídico, legitimidade constitucional para tutelá-las, desde que violadoras de direitos fundamentais, já que estes traduzem os fins do Estado Democrático de Direito e impõem ao administrador público tarefas positivas, reduzindo-lhe o espectro de discricionariedade posto a sua disposição.

Deste modo, os direitos fundamentais são plenamente justicializáveis. A discricionariedade instrumental do Poder Legislativo e do Poder Executivo não inibe a atuação do Poder Judiciário, já que não há discricionariedade em face de lesão a direitos fundamentais nem de abusividade estatal.

No contexto atual, observa-se uma concentração exagerada de responsabilidade quanto à definição e execução das políticas públicas nas mãos do Poder Executivo, por isso, como poder contramajoritário, o Judiciário é chamado para intervir nas *policies* e coibir os excessos governamentais, sem que isso signifique ultrapassar os limites que lhe são institucionalmente impostos ou violar ao princípio da separação dos poderes, já que, como exposto alhures, esta ideia subsiste em tempos de neoconstitucionalismo.

Ademais, há legitimidade constitucional para o controle jurisdicional de políticas públicas, até como corolário da ideia de um Poder Judiciário elevado à categoria de guardião da Constituição e de protetor dos valores esculpidos em nível magno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Citação**: NBR-10520/ago -2002. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em: 19 fev. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 DF**. Relator: Min. CELSO DE MELLO DJ DATA-04/05/2004 P – 00012. Brasília, DF. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 19 fev. 2015.

_____. **Lei Complementar 101 de 04.05.2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 19 fev. 2015

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: Bucci, Maria Paula Dallari. (Coord.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Ed. Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fonte, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. **Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Portugal: Editora Coimbra, 1989.