

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

LUCAS MACCARI

**A POSSIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO
CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E DA CONVENIÊNCIA DE POLÍTICAS
PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS**

CRICIÚMA

2014

LUCAS MACCARI

**A POSSIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO
CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E DA CONVENIÊNCIA DE POLÍTICAS
PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira

CRICIÚMA

2014

LUCAS MACCARI

**A POSSIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA
CONSTITUCIONALIDADE E DA CONVENIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Políticas Públicas.

Criciúma, 09 de Dezembro de 2.014

BANCA EXAMINADORA

Prof. Reginaldo de Souza Vieira - Doutor - (UFSC) - Orientador

Profa. Adriane Bandeira Rodrigues - Mestranda - (UNESC)

Juliana Paganini - Mestranda - (UNESC)

Dedico este trabalho àqueles que sobrepujaram a falácia de que todos os problemas sociais e econômicos do Brasil seriam sanados com a adoção de um modelo minimalista de Estado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em geral, a todos aqueles que de alguma forma ajudaram a contribuir com a realização deste trabalho.

Como não poderia deixar de ser, agradeço aos meus familiares pelo constante apoio, nas horas difíceis e nos momentos de alegria. Agradeço à minha mãe por ter me oportunizado meios com os quais eu pudesse concluir este trabalho e este curso, e ao meu pai, que mesmo longe, continua perto.

Aos meus amigos que nunca olvidaram da minha capacidade, sempre apoiando e proporcionando momentos de riso e descontração.

Meus sinceros agradecimentos à minha namorada Cássia pela paciência e por ter emprestado o computador para que eu pudesse fazer o trabalho.

Agradeço ao Professor Reginaldo pela presteza e paciência no auxílio à realização deste trabalho.

“As energias e ansiedades mais características do mundo contemporâneo brotam dos movimentos da moderna vida econômica: da expansão dos desejos humanos para além das fronteiras locais, nacionais e morais; da pressão para que as pessoas explorem não só os outros, mas a si mesmas; dessa capacidade de utilizar crise e caos como trampolim para mais desenvolvimento, de alimentar-se de sua própria destruição.”

Marshall Berman

RESUMO

O presente trabalho objetiva, em suma, a averiguar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle de implantação e execução das políticas públicas instituidoras de direitos sociais, levando em consideração temas importantes que tangenciam os assuntos trabalhados, como a eventual ofensa ao princípio da separação de poderes, na medida em que o Judiciário, num primeiro momento, estaria impossibilitado de interferir na esfera de atuação do Poder Executivo. De forma geral, tratou-se no trabalho das transformações conceituais e práticas do que o Estado representa e suas consequências para a sociedade num geral. Buscou-se também delimitar um conceito de políticas públicas e sociais, características e aplicação. Finalmente, procurou-se expor os entendimentos do Supremo Tribunal Federal correlatos ao tema. Para tanto, fora utilizado método hipotético-dedutivo, e realizada pesquisa bibliográfica e doutrinária bem como consulta ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Direitos Sociais; Poder Executivo; Poder Judiciário; Políticas Públicas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/1988 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS.....	14
2.1 A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO.....	14
2.2 PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	23
2.3 ORGANIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO.....	27
2.4 ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	30
3 GESTÃO PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	33
3.1 GESTÃO PÚBLICA E DIREITO ADMINISTRATIVO.....	33
3.2 ATOS ADMINISTRATIVOS PUROS E ATOS DE GOVERNO.....	37
3.3 POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITOS, PROCESSOS DE FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO.....	40
3.4 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADOR DA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS.....	44
4 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS OU USURPAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS DO PODER EXECUTIVO.....	48
4.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DO SISTEMA RÍGIDO AO FLEXÍVEL.....	48
4.2 ATUAÇÃO JUDICIÁRIA <i>VERSUS</i> ATOS DE GOVERNO: LIMITES.....	52
4.3 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS.....	57
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	66

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno do Estado como instituição superior comportou, ao longo da história, períodos em que o poder fragmentava-se em cidades-estados, e em outros períodos, visualizava-se intensa concentração da administração central nas mãos de um monarca ou tirano.

Contudo, um traço marcante característico a todos os modelos de organização Estatal foi o de que, em nenhum momento, tal modelo foi detido como estanque, insuscetível de mudanças ou crises generalizadas. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se visualizava a fragmentação ou concentração de poder, as instituições – e a sociedade – que o fundamentava encontravam-se em latente evolução.

Assim, quando se concebia a “Pax Romana”, crescia a crise das instituições assentadas por aquela organização. Os Reinos e Principados medievais fundamentados principalmente pela Igreja Católica e pelos monarcas absolutos, da mesma forma, promoveram a manutenção da “identidade ocidental” na Europa, porém foram incapazes de suprir as novas demandas econômicas que surgiam com o descobrimento de novas culturas e a necessidade do intercâmbio comercial. Por fim, o Estado Capitalista que brotava com as revoluções burguesas – especialmente a Industrial e Francesa logrou sedimentar a base econômica do Estado moderno, influenciando medidas políticas para o estabelecimento das primeiras liberdades e garantias individuais, todavia, falhou quando questões sociais vieram à tona, notadamente pelo surgimento de doutrinas socialistas e a doutrina das classes sociais.

A partir de então, fora necessária nova digressão intelectual para a “montagem” ou “fundação” de um novo modelo de Estado. Ressalta-se, contudo, que essa nova forma não nasceu por si, representou em verdade novos aperfeiçoamentos do modelo pré-existente. O chamado Estado Social nascera das falhas visualizadas do Estado Liberal e da sua incapacidade de conceber a sociedade, direitos e garantias mínimas para a existência. A preocupação com o aspecto social e não apenas com o econômico deu o tom dessa nova forma de pensar e agir. Neste ínterim, os governos passaram a intervir na economia

objetivando corrigir as falhas do mercado, ao mesmo tempo em que procuravam conceber meios de existência digna à sociedade.

A preocupação social, dessa maneira, motivou em alguns países a adoção de medidas destinadas a corrigir as desigualdades provocadas pelo capitalismo, numa alternativa ao radicalismo comunista. Mantinha-se uma economia de mercado no grau em que se destinava parte do aparelhamento estatal em discutir a questão social, propondo medidas e maneiras de superação dos problemas observados.

As constituições sociais surgidas no período representaram essa nova ideologia. Inseridas no texto constitucional, políticas sociais objetivavam ação do poder público em sanar questões relativas à moradia, saúde, educação e segurança, destinado à população necessitada. O poder público comprometia-se mediante a Constituição, em promover tais medidas buscando a melhoria e a crescente necessidade por direitos fundamentais.

Hodiernamente, é consenso que tais medidas representam a exata superação do individualismo clássico do liberalismo, devendo tais prestações além de previstas no texto constitucional, serem efetivadas pela administração central, principalmente em países com grande desigualdade social, como o Brasil. Ao considerando isso, deve-se reconhecer para a sociedade no geral, a legitimidade para aferir as ações promovidas em busca dessa igualdade.

Dessa maneira, alargando mais a problemática, busca-se com o trabalho averiguar a importância das políticas públicas no atual cenário brasileiro, a sua conceituação e a sua relação com a Administração Pública. Objetivou-se também, a diferenciação dos atos que instituem tais políticas daqueles que se caracterizam unicamente como atos administrativos puros.

Como objetivo principal e atrelado a problematização principal, procurou-se avaliar a possibilidade da ação do Poder Judiciário face ao controle das políticas públicas, considerando para tanto princípios basilares da separação dos poderes, e possíveis ingerências na esfera de ação do Executivo como órgão legitimado para a instituição de tais políticas, observando ainda o posicionamento do Supremo Tribunal Federal perante o tema.

Partindo de tais pressupostos, objetiva-se no primeiro capítulo elencar as condicionantes do Estado, e como o mesmo tornou-se a instituição máxima da organização social contemporânea. Ainda, tratou-se de estabelecer a forma como o

Estado brasileiro organiza-se e os princípios que o conduzem. Para tanto, utiliza-se pesquisa bibliográfica através de método hipotético-dedutivo, com fins de avaliar o surgimento e as transformações sofridas, conceitual e praticamente em torno da questão sobre o Estado.

Dando continuidade e acompanhando os objetivos traçados, procura-se conceituar políticas sociais e a sua aplicação de acordo com a proposta de organização estatal brasileira, levando em consideração temas relacionados ao Direito Administrativo, como a identificação do ato administrativo, diferenciando-o da problemática do ato de governo.

Finalmente, procurar-se-á objetivamente por elementos que autorizam ou não a intervenção do Judiciário. Para tanto, temas como a separação absoluta e flexível dos poderes foram desmembrados, ao mesmo tempo em que se busca o limite de tal intervenção, sopesando o princípio da separação de poderes. Neste ponto, a aferição dos entendimentos expressos pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados fora de significativa importância para a elucidação geral sobre o tema.

Torna-se importante a realização do presente trabalho na medida em que se visualiza tímidas manifestações de determinados setores da sociedade tendentes a questionar tal modelo proposto pelos governos centrais, levando em consideração princípios clássicos do liberalismo como liberdade, e da não intervenção do Estado na economia. Dessa forma, busca-se uma reflexão inicial para posterior aprofundamento sobre a real consequência do modelo social adotado no Brasil em relação a toda a sociedade.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

2.1 A contextualização histórica do Estado de Direito

Como disse Touraine (1996, p. 36), os regimes democráticos não se resumem a instituições ou procedimentos. Segundo tal entendimento, é temerário reduzir a democracia a um simples procedimento. A democracia, portanto, supera um modelo ou diretriz política governamental. Nesse ínterim, ao avaliar o avanço da questão democrática, torna-se imperioso contextualizar o surgimento do Estado Democrático, e aferir a que ponto da história passou-se a preocupar com a institucionalização de formas democráticas de se levar o Estado.

Sendo assim, num estudo em que se tem por objeto o Estado como instituição, aquele que substitui a própria força do homem, o questionamento primordial que deve ser feito é em que ponto da história a coletividade humana se deu conta da necessidade de uma instituição superior para o regramento das sociedades. Foi uma aceitação tácita da coletividade? A transição política se deu de forma linear assim como entende-se a história? São teses que pressupõem ingenuidade de tais questionamentos. Portanto, ainda é imperativo demonstrar as forças que contribuíram e ainda contribuem para a modelação do fenômeno do Estado moderno.

Pois, primeiramente cumpre assinalar que vários fatores políticos ou puramente normativos fatalmente influenciam o lidar com o tema. Zippelius (1997, p. 12) assegura que a confusão de temas conexos à questão do surgimento do Estado pode oferecer uma visão turva de sua própria conceituação. Isso, segundo o Autor, porém, não se torna empecilho visto que ao criarmos certas hipóteses, fundamentamo-nos com teorias já consolidadas no universo científico-crítico o qual por sua vez situar-se-á.

Diz Zippelius (1997, p. 16) que o homem fundamenta seu pensamento analisando suas experiências, de modo a isolar seus resultados em procedentes ou improcedentes, se a hipótese se confirma mediante o resultado, ou se ele perde seu valor ou tipificando as formas ou acontecimentos visualizados no mundo real, agrupando-os de acordo com as suas próprias nuances. Dessa forma, o autor salienta num sentido geral que a repetição dos agrupamentos de fenômenos implica

o conhecimento da ação humana, num sentido de que a história do presente é fruto das interações obtidas no passado.

Esta forma de abordagem tipificadora não extrai causalidades individualizadas, a partir de condições isoladas e estreitamente definidas. Assenta antes em situações típicas, isto é, em complexos de elementos característicos que permitem prever com probabilidade o desenrolar de determinados acontecimentos. (ZIPPELIUS, 1997, p. 20).

Mas não é só isso. Afinal, tais elementos sugerem o esclarecimento do surgimento do Estado para um observador fora de certa sociedade, aquele que analisando a experiência, pode confirmá-la ou refutá-la à medida que seus pressupostos falham ou não se mostram procedentes. Assim, como para aqueles que viviam em determinada tribo ou clã o costume viu-se suplantado por uma regra superior e que posteriormente vinculou outras tribos para um único centro social? É aí que o pensamento tipificador, aquele que agrupa os acontecimentos semelhantes pode fornecer uma resposta, mesmo que rudimentar.

É a ordem normativa que os separa e diferencia. Enquanto nas outras referidas formações políticas se prodigalizava a ordem normativa costumeira ou religiosa ou prodigalizavam ambas, o Estado é a um tempo só produtor e produto da ordem normativa jurídica, a partir da idéia de soberania, centro imputador de sua pessoa a serviço das pessoas individuais ou institucionais. (ARAÚJO, 2005, p. 56).

A questão que se forma agora é a de sopesar o momento em que se constroem tais conexões que culminam com a gênese do Estado. De fato, deve ser identificado o momento e como as sociedades renunciaram seu modelo de organização tribal para se submeterem a uma entidade normativa superior. As justificativas não faltam, existindo outros elementos imbricados no tema. Dallari (2013, p. 32) e Zippelius (1997, p. 36), por exemplo, questionam-se como determinados grupos, foram considerados ou autoconsideraram-se socialmente relevantes a ponto de constituírem um Estado. Ainda questiona-se como o pluralismo social deu origem a uma instituição infinitamente superior, por vontade própria, pela força de um superior ou por um acontecimento histórico. Engels (2002, p. 110), por exemplo, esboça elementos onde o Estado democrático ateniense unia-se. Essa interdependência de temáticas não é em nenhum momento prejudicial, acaba unicamente em engrandecer o debate em torno do tema. O que se pontifica, é

a necessidade de haver determinada atenção, tanto de quem pretende tratar do tema, quanto aquele que lê e pensa sobre o tema.

Teorizando sobre o Estado e suas mutações, assim temos tal entendimento a respeito:

A “necessidade” do Estado, por assim dizer, que faça a interdição, a ruptura, entre civilização e barbárie, o que se traduziu em um rompimento histórico-paradigmático, depois de sístoles e diástoles representadas pelas formas liberal e social, com o contraponto das experiências socialistas, tem o desafio, contemporaneamente, de responder às novas necessidades e enfrentar os novos dilemas, caracterizadas pelo epíteto que a tradição cunhou do século XX em diante: o Estado Democrático de Direito, que busca assegurar as conquistas modernas e resgatá-las naquilo que ainda está incumprido, enfrentando, inclusive, suas próprias dificuldades frente às transformações operadas por novas formas de vida. (STRECK; BOLZAN, 2008, p. 22).

Seguindo essa linha de raciocínio, Verdú, (2007), discorre de maneira clara sobre conceituação do Estado de Direito. O interesse pela democracia e pela sistematização dos direitos individuais e sociais do homem não foram sempre o mote e o interesse pelos teóricos do Estado. Discorre-se então sobre a interferência de outros objetivos e elementos que contribuiram de alguma forma para a evolução do Direito e do Estado, afinal, a ideologia inerente a cada momento ou movimento histórico ajuda a diferenciar o real do ideal. Por exemplo, quais eram os reais interesses da burguesia francesa às vésperas da grande Revolução de 1789? Ou então, qual era a motivação de se criar um “Estado de Bem Estar Social” no final da Segunda Guerra Mundial? São questões de tal monta que ajudarão a notar e exemplificar a sedimentação do modelo de Estado que observa-se hoje.

Diferenciando o surgimento quase surreal – que assim parece – de formas pré-Estatais de organização da gênese do Estado Moderno no bojo das Constituições burguesas, por exemplo, tem-se que no primeiro momento da aurora da humanidade, em algum ponto da história, tamanha foi a interdependência das comunidades motivada pela explosão agropecuária, pela gênese da escrita e pelo excesso de produção, que o despertar de uma instituição superior, conformadora de condutas sociais tornava-se questão de tempo. Gordon Childe, (1975, p. 154) define que a figura do Rei, já no alvorecer dos primeiros Estados sumérios, absorve o poder das tribos e os antagonismos das classes de trabalhadores, oradores e guerreiros.

A origem propriamente dita do Estado é, conforme já dito, fruto teórico, à medida que não se conseguiu, e provavelmente nunca será possível estabelecer uma data limite para o nascimento de tal instituição. Embora haja esse dissídio, alguns teóricos ressalvam que:

A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a *todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros*. [grifo no original]. (DALLARI, 2013, p. 59.).

Assim sendo, de acordo com o aludido autor, é concebido um caráter universal ao surgimento do Estado. A medida que as sociedades, independentemente de serem consideradas tribos, comunidades ou grupos familiares fixam normas superiores, de observância geral e conformadoras de conduta com força coativa, há o surgimento do Estado, ainda óbvio, dando seus primeiros passos, sem toda as atribuições que hoje lhe são peculiares, como poder soberano, poder territorial e poder sobre seus indivíduos.

Dallari (2013, p. 62.), ainda traz resumidamente as principais teorias que tentam descobrir como o Estado teria surgido, seja pela força, pela família ou por elementos econômicos. Não é oportuno o trato com toda essa gama de teorias, pelo que o objetivo precípuo do presente trabalho não constitui em uma investigação aprofundada especificamente sobre a evolução ou o surgimento do Estado. Unicamente trabalha-se o tema como um referencial teórico, para que possível seja, no momento oportuno, construir a discussão pretendida.

Problema seguinte relaciona-se como o Estado chegou ao modelo atual, a ponto em que se diz haver uma fórmula ou modelo para a sua organização, por suposto dos direitos individuais e da democracia, pretendendo-se com isso, atribuir ao Estado um caráter imanente, inexorável da realidade e da necessidade humana. Esse tal modelo, frisa-se concebido no Ocidente, é aquele mesmo que segundo Engels (1975), conseguiu durante a história desvencilhar-se do Estado barbárie, avançando pelos períodos históricos para dar lugar a uma comunidade juridicamente construída.

Nessa linha, seria realmente possível uma “listagem histórica”? É possível avaliar a contextualização do Estado plasmada numa observação do mesmo pelos períodos históricos? Em que pese existirem opiniões diversas, notadamente a de

Dallari (2013, p. 57), acredita-se que o modelo vivenciado na realidade acompanhou diretamente o pensamento que se tinha do Estado. Não é simplesmente a divisão, mas sim uma aferição dos modelos de Estado com base naquilo que é observado pela história. Por exemplo, de acordo com Vieira (2013, p. 44), Grécia e Roma não constituíram um Estado na acepção moderna. Em que pese construírem modelos iniciais de democracia e direitos, organizavam-se em torno de cidades-estados, ou em torno da *Civitas* romana. Ainda conforme Vieira (2013, p. 86) foi no período medieval que se visualizara maior contributo à sistematização do Estado moderno, haja vista que os atritos entre Rei e Papa, viria a fomentar uma identidade Estatal. Modernamente, cita-se desde já, que essa força consubstanciou-se nos ideais burgueses de liberdade que posteriormente, irradiaram-se para a sociedade. Ela mesma criou, aceitou e submeteu-se a determinadas normas, julgadas necessárias para o convívio em um grupo universal. Basicamente, daí originou-se o Estado de Direito.

Mas ainda antes de admitir à sociedade essa força, a ponto de remodelar e recriar o conceito de Estado, o período dos Absolutismos, marcou profundamente a construção – ou desconstrução do conceito de Estado. Os Estados-Nações que timidamente surgiam após um longo período medieval concentraram nas mãos do Rei todo e qualquer tipo de poder. Essa concentração exagerada em alguns momentos dava oportunidade para decisões arbitrárias, e, se atrelada à essa pretensa concentração de poder, peculiar do período histórico, inexistia desse modo à possibilidade de haver um real Estado de Direito. O Rei só obedecia a si mesmo, não respeitava qualquer tipo de regramento ou Constituição. Sua própria vontade ditava o Direito, pois de acordo com Moraes (2011, p. 501) existia o princípio de que o Rei não estava suscetível a erros, dado o caráter vitalício de seu governo.

Mas avançando um pouco na história chega-se ao Estado Liberal de Direitos. A transição desses dois modelos, Absoluto e Liberal foi bastante saliente. A ruptura criada pelos dois modelos foi evidente, tanto para estudiosos do tema quanto para a sociedade em si. O Direito imbuído de Liberalismo, primeiramente com suas teorias jusnaturalistas e metafísicas sobre Direito, e depois com o positivismo jurídico, freou o poder abstrato do Rei, sendo estabelecidas a partir daí as primeiras codificações e Constituições. Essa ideia basicamente transmite o pensamento de Verdú (2007, p. 87-93)

As Constituições que surgiram nesse período vieram com objetivo de frear o poder do chefe supremo do Executivo, e em segundo plano, plasmar ideais burgueses na organização do Estado. Lograram, por conseguinte estabelecer uma gama de direitos individuais, mas falharam na interpretação dos mesmos. Destarte, pode se interpretar o Estado Liberal como uma grande carta de intenções – do próprio Estado para com os administrados. Capella (2002, p. 125) trata dessa ideia quando afirma que o Estado adquire personalidade para que o próprio cidadão à ele se iguale, em busca destes direitos. Ainda assim, têm-se os exemplos da ideia da democracia do sufrágio universal, que surge, em tese, com tal transmutação do Estado Absoluto para o Liberal. Entretanto, difícil foi visualizar resultados práticos deste novo “direito” instituído. Assim, aponta-se que:

O estado de natureza se constrói fazendo abstração de toda instituição política, imaginando a vida dos «indivíduos» - tal como foram definidos precedentemente – em ausência de todo poder superior, que obviamente seria de índole institucional. Em realidade, com o conceito de estado de natureza se descreve uma ausência; mas o relevante é a paisagem que sem o ausente se apresenta como visível. [grifos no original] (CAPELLA, p. 106. 2002).

Seguindo essa linha lógica de raciocínio, mais uma vez, utiliza-se os seguintes entendimentos:

A ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado, tendo em vista a proteção daqueles valores. A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. (DALLARI, 2011, p. 145).

Por conseguinte, superado o individualismo exacerbado do Estado Liberal, é o Estado de Social que dá as condições necessárias para a conquista de direitos. Logicamente, sabe-se ser impossível auferir direitos em sistemas que não reconheciam a liberdade e concentravam o poder (Estado Absoluto), e naqueles modelos de Estado que elevavam a condição de liberdade a níveis extremos, provocando individualização social (Estado Liberal). Dessa forma, a terceira via apontada por Verdú (2007, p. 75-93) foi a constitucionalização do então Estado Social de Direitos. O Estado Social já é uma realidade, uma realização observada no

período do pós 2ª Guerra, onde se evidenciou a necessidade objetiva em criar condições para a correção de falhas dos modelos pretéritos e para que a sociedade pudesse inserir-se no próprio Direito. O Estado de Social, sendo relativamente próximo ao Estado Liberal, não apresenta uma diferenciação ontológica elevada.

Aqui chega-se a um ponto então que à medida que se busca estabelecer um contraponto entre o Estado Liberal e o Estado Social, é imprescindível que haja um compêndio daquilo que cada modelo alcançou em matéria de democracia e concretização dos direitos, bem como as imperfeições e vícios que ensejaram imbricações mudanças. Justifica-se essa necessidade, pois o que se procura, é justamente uma visão analítica do que o Estado hoje representa para a coletividade, com intuito de ulteriormente, esboçar o projeto de avaliação dos paradigmas de interpretação do próprio Estado Social.

Novamente, faz-se a ressalva já perscrutada alhures que o modelo político de Estado eleito acompanha, ao ver, o pensamento político preponderante de determinada secção da história ou de determinado grupo social. Por exemplificação, atualmente vivencia-se momentos em que a sociedade busca incessantemente pela concretização daqueles direitos básicos, propostos ainda no raiar das Constituições sociais, ou batalhando por maior participação na vida política do próprio Estado. Dessa pequena observação, já se diagnostica um confronto entre o pensamento da justiça básica do Estado Liberal. Conforme Rawls (2000, p. 323) a teorização sobre sistemas e estruturas se contrapõem a teoria da justiça, pois elementos como objetivos particulares e aspirações pessoais devem ser levados em conta numa situação em que há conformação da sociedade pelo Estado. Sobre isso também se relaciona a lição de Nogueira (2005, p. 63), quando diz que a participação política da sociedade sugere autoconhecimento e a vivência das mudanças necessárias.

Quanto mais política houver, ou quanto mais politizada for uma comunidade, maiores chances existirão de que desejos, paixões e pulsões entrem em cena, sejam respeitados e produzam decisões que interessem a todos e vinculem todos. Isso quer dizer que a política promove mediações e totaliza, possibilitando que uma comunidade se reconheça a si mesma e vivencie a mudança como processo relativamente ordenado. (NOGUEIRA, 2005, p. 63).

Neste sentido, ao seguir a linha de raciocínio proposta, a separação entre Estado e sociedade foi, de acordo com Novais, (2006, p. 59), o grande sedimento e

fundamento do Liberalismo Político. Daí denota-se que essa separação sugere claramente rupturas entre o econômico e social, entre o político-teórico e o político-prático, num crescente desencontro de ações que inibem o diálogo entre instituições e entre poder instituinte e o poder instituído. Logrou com êxito o Estado Liberal e as suas Constituições modernas frear o poder absoluto e abstrato dos Reis e Imperadores, ao mesmo tempo em que cumpria os objetivos da crescente burguesia e do capitalismo. Falhou, porém ao resumir a atividade estatal em simples atos de polícia com fins de garantir unicamente a concretização da atividade econômica pela iniciativa privada.

O Estado Liberal negava, portanto, a sua função de sedimentar os direitos sociais da forma que são encarados hodiernamente. Da mesma forma, a única “concretização social” prática do Estado Liberal, a especificação dos direitos fundamentais de liberdade e atuação conforme a lei – sob a forma do princípio da legalidade, surgiram em realidade como corolário do próprio modelo de atuação pretendido, que se consubstanciava na proteção da burguesia e da propriedade e da iniciativa privada. Dessa maneira, aduz-se que:

O problema que se põe à organização política do mundo burguês é o de reivindicar uma sociedade autônoma, isto é, separada do controlo do Estado, mas ao mesmo tempo, sem se comprometer, ir gradualmente e conseguindo que o Estado se proponha garantir essa autonomia e, para isso, venha mais tarde ou mais cedo a surgir como um mandatário dessa mesma sociedade. (NOVAIS, 2006, p. 63).

Essa foi basicamente a realidade durante o período que compreendeu a Revolução Francesa¹ até o período pós-Segunda Guerra. Nesse ínterim, a materialização jurídica do Estado Liberal deu azo ao surgimento do “Estado-Lei”, propugnado pelo sistema juspositivista. Chegando neste ponto, não parece ser pertinente adentrar em juízos de valor e digressões profundas acerca das especificidades do tema. Porém, o que se objeta aqui é o fato de as ideias e princípios kelsenianos terem reverberado negativamente, dando origem às experiências totalitárias na Europa, sobretudo os regimes nacionalistas em Itália e Alemanha.

¹ A Revolução Francesa consubstanciou-se num conjunto de acontecimentos políticos compreendidos entre os anos de 1789 e 1799 iniciados na França e irradiados para grande parte da Europa que culminaram com a abolição do absolutismo e da ascensão da classe burguesa ao poder, sendo reconhecido pelos historiadores, como o marco final da Idade Moderna e início da Contemporânea. (HOBSBAWN, 1007, p. 83).

A partir daí é curioso denotar que o Estado Liberal chega a um ponto crucial de sua existência. A realidade destruidora que as guerras – sobretudo a primeira ocasionou às nações europeias bem como os clamores populares vivenciados a partir de então, inculcaram novos planos de ação estatal. As constituições mexicanas de 1917, bem como a de Weimar em 1919 serviram como base para o assentamento de novos princípios do Estado, transpassando-o em um modelo socialmente responsável, com objetivo de fornecer ao cidadão serviços básicos, bem como a concessão de oportunidades para que o mínimo de igualdade pudesse ser alcançado. Essa é a ideia de Pelayo (2009, p. 53 e ss.), onde o sistema neocapitalista adquire feições do Estado Social, atuando na busca do pleno emprego, crescimento constante e a busca pelo bem estar social. Essa atividade norteou as ações estatais durante todo o século XX. Bonavides (1996) expõe que este é o momento em que há certa conciliação do Estado para com a sociedade. Assim diz:

À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. (BONAVIDES, 2005, p. 185)

Com relação a tais ações, faz-se precípua referência às políticas sociais, bem como impera mencionar a ideologia de Keynes e do *Welfare State*, cujos trabalhos muito embora tenham sido direcionados à economia, lograram resultados benéficos também na seara social. As mudanças hermenêuticas ocorridas segundo a lição de Capella (2002, p. 175) denotam essa constante intervenção, sobretudo ocorridas na Suprema Corte Americana. Na mesma monta, Verdú (2007), dedica capítulo de sua obra unicamente avaliando a mudança do pensamento na Suprema Corte, que relutava em respaldar juridicamente as mudanças sociais ocorridas com o advento de políticas sociais específicas e do *New Deal* americano. Chegava-se então a um ponto que segundo o próprio estudioso, era impossível sustentar argumentos contrários a uma relativização do Liberalismo político. O momento indicava amadurecimento das instituições, tanto necessário para impor e objetar mudanças práticas nas ações estatais.

O período logo posterior corresponde à concretização das medidas, perpetradas pelo próprio Estado, ou via atividade judicial, atribuindo novos significados – operando-se aí uma verdadeira mudança hermenêutica no modo de pensar o que é o Estado e qual a função do Estado. Cumpre, por vez, definir que a ação social do Estado é o mote atual das políticas administrativas, fundamentando-se no bem comum e na garantia a uma sociedade justa e equilibrada.

Seguindo com o tema, novamente adentra-se a um ponto nevrálgico e tormentoso da organização político-Estatal. As mudanças vivenciadas foram até certo ponto tidas como unanimidades, aceitas com poucas ressalvas, confrontadas face às necessidades reinantes. Como a atividade de pensar o Estado nunca se encontrou estática, e aqueles que se propuseram a enfrentar os problemas sempre apresentaram diagnósticos precisos, aqui a realidade não é outra. As objeções que surgiram não simplesmente representam uma lembrança saudosa do liberalismo, são pertinentes reflexões com intuito de se reforçar o conceito moderno de democracia e sociedade. Bonavides (1996), delimita essa problemática relacionada com a linha tênue sob a qual o Estado Social percorre, ainda adquirindo certas feições liberais, mormente pela ação do capital – que frise-se, não é combatido por tal modelo de Estado.

Configuramos, assim, as contradições componentes da ameaça intestina que pesa sobre o Estado social da democracia. Não lhe faltam, pois, inimigos. Se fossemos contar os que o assediam de fora, doutrinariamente disciplinados, teríamos que nos deslocar para um exaustivo exame das ideologias e das forças políticas vivas, que, inadaptáveis à democracia, forcejam sistematicamente por destruí-la, rompendo a situação de equilíbrio e compromisso em que constitucionalmente ela repousa. (BONAVIDES, 2005, p. 202.)

A concretização constitucional e hermenêutica do Estado Social Democrático vai de encontro com a posição de Bonavides (1996, p. 204), pois é necessário, portanto que haja novas formas de pensar o Direito dentro do próprio Direito.

2.2 Princípios do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático, então, surge como forma de resguardar todas as conquistas sociais e de direito das formas pretéritas de Estado. Com esse intuito,

acaba por possuir uma gama de princípios considerados específicos, instituídos basicamente ao redor da constitucionalidade e legalidade dos atos dos poderes, igualdade democrática e respeito aos direitos fundamentais. A sistematização de tais princípios entre os autores não é unânime e equalizada, bastando, porém, que determinados pontos sejam estudados e especificados para que o entendimento do tema seja satisfatório.

Em exemplo disso, conforme já dito acima, deve-se ter em mente que tal sistematização de princípios acompanha o propósito do Estado Democrático, ou seja, aquele de democratização, participação e concretização de direitos sociais para todas as camadas da população. Bobbio (2007, p. 135) afirma categoricamente na sistematização do conceito de democracia em relação às formas de governo, ela funciona como um limite da extensão dos governos, onde a democracia limita o poder Estatal. Não há dessa forma um conceito para “justiça social”, e sim de uma legitimação do Estado conforme preceitos democráticos.

Não é difícil entender o porquê. Sendo a justiça um conceito transcendente e a primeira vista não palpável mesmo em sede teórica, a sedimentação do Estado Democrático proposta vai conforme as próprias regras de experiência democrática, e ainda seguindo preceitos de respeito às minorias, e uma perspectiva ideológico-relativista.

Não há uma pretensão mais ampla de fundamentação filosófica ou explicação sociológica das “regras do jogo” a partir das peculiaridades da sociedade moderna. No entanto, a abordagem bobbiana, por enfatizar a questão da diversidade que deve ser absorvida nos procedimentos democráticos, sem consideração privilegiada de determinados valores ou interesses, permanece relevante para os fins a que me proponho: a relação paradoxal entre consenso procedimental e dissenso conteudístico no Estado Democrático de Direito. (NEVES, 2008, p. 138).

De tal forma, insurge-se em especificar os mais significativos princípios do Estado Democrático.

Todavia, a sua utilidade reside na transparência com que elucida as dimensões essenciais de uma compreensão actualizada do velho ideal de limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do cidadão. De facto, ela sugere imediatamente a confluência, no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional, de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática. (NOVAIS, 2006, p. 210).

Uma observação a ser feita de acordo com a linha de explicação dos temas, é apontar em sequencia que tais princípios básicos demonstram a imperatividade do Estado Democrático em primeiro, assegurar a aplicação e eficiência normativa dos direitos fundamentais de cunho social, mediante ao ver em aplicação de políticas públicas, que por consequência, tais políticas públicas acompanhariam o viés democrático do Estado. Essa característica, por fim, resultaria no dever do Estado em prever uma atuação material em relação à sociedade. Este é o entendimento que consubstancia-se na literatura correlata:

Pelo contrário, o Estado social e democrático de Direito reconhece na autonomia individual e nos direitos fundamentais uma força vinculante que, independentemente dos fundamentos filosóficos, políticos ou ideológicos invocados, afecta não só a Administração e o conjunto dos poderes constituídos, mas que se impõe materialmente ao próprio poder constituinte originário. Assim, o poder de autodeterminação democrática da sociedade no Estado de Direito inscreve-se originária e obrigatoriamente nos limites demarcados por aquela vinculação material. (NOVAIS, 2006, p. 212-213).

Entendendo por esse modo, pode-se sacramentar que a atuação do Estado Democrático e a Administração Pública por ele constituída deve pautar-se pela concretização democrática dos direitos fundamentais de ordem social, bem como prestações materiais palpáveis para que tais consolidações possam ser sentidas no meio social de fato. O sucesso desse modelo seria aferido na maneira de que como a Administração Pública consegue suprir as diferenças sociais e eventuais irregularidades do Estado. Pelayo (2013, p. 23 e ss.) explicita alguns pontos que transmitem a ideia, onde a população passaria a participar maciçamente da decisão política do Estado, atuação estatal não resumindo-se somente na legislação, e sim atuação plena e material para a consecução dos direitos sociais, e finalmente, atribuição aos partidos políticos a função de questionar e lutar os rumos das políticas estatais.

Explica-se: levando em consideração os princípios listados, a Administração Pública brasileira, tomando consideração dos problemas sociais estabelece programas e políticas públicas objetivando a melhoria das condições de vida de determinado grupo social. Essa atuação, conforme o citado autor significa uma prestação material de fato, que deve atender o grande grupo social, de acordo com a necessidade verificada. Contudo, segundo Novais (2006, p. 213), tal atuação

ainda deve ser comedida, sopesando conforme o direito e a legitimidade de tais políticas públicas.

É exactamente neste plano que a dimensão democrática do Estado de Direito adquire a maior relevância, já que, numa sociedade politicamente heterogénea, pluralista, atravessada por profundos conflitos sociais e dissensões ideológicas, não se pode pretender – a não ser recorrendo a soluções autoritárias, excluídas por definição – chegar a uma decisão unívoca e consensual sobre essa matéria. (NOVAIS, 2006, p. 2013).

Neves (2008, p. 168-169) ainda ressalta alguns pontos em que os princípios atuam de forma a identificar o Estado Democrático de Direitos. Pode-se dizer que segundo o autor, o princípio da igualdade não seria simplesmente um informativo de que os indivíduos seriam considerados iguais perante o sistema jurídico adotado. A igualdade aqui seria entendida, como um complexo sistema de interpretações fáticas, respeitando a pluralidade social. Esse entendimento entra em consonância com o exposto brevemente acima. Ademais, diz que:

O princípio da igualdade, entretanto, não se restringe à integração igualitária no sistema. A noção de acesso igualitário aos procedimentos pode ser lida a partir de duas perspectivas diversas e, entretanto, inseparáveis. Do ponto de vista sistêmico, a questão refere-se à neutralização de desigualdades fáticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos. Mas por outro lado, é imprescindível que na esfera pública pluralista tenha-se desenvolvido a ideia de que as diferenças sejam recíproca e simetricamente respeitadas. Isso exige que os procedimentos constitucionais apresentem-se como sensíveis ao convívio dos diferentes e, dessa maneira, possibilitem-lhes um tratamento jurídico-político igualitário. (NEVES, 2008, p. 171).

Na esteira desse pensamento, ainda utilizando-se das lições de Neves (2008, p. 183), chega-se a delimitar de que a igualdade pensada como questão de cidadania. Ao alongar o debate em torno desse fato, chega-se ao ponto que a complexa relação entre cidadania e igualdade corresponde ao acesso da população aos procedimentos e benefícios que o Estado Democrático oferece. Já fazendo parêntese com relação à atuação das políticas públicas, pode-se dizer que a questão do princípio da igualdade e da cidadania diz respeito ao acesso aos programas de governo instituídos. Ainda em sede de princípios, pode-se fazer menção a uma gama de outros autores, que embora de maneira mais didática, oferecem uma visão mais geral e elucidativa da questão principiológica do Estado Democrático de Direito.

Por exemplo, Dallari (2011, p. 150) estabelece também três princípios básicos que caracterizam e diferenciam o Estado Democrático, sendo eles a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a já citada questão da igualdade de direitos. Ainda salienta-se que:

As transformações do Estado, durante o século XIX e primeira metade do século XX, seriam determinadas pela busca de realização desses preceitos, os quais se puseram também como limites a qualquer objetivo político. A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade. (DALLARI, 2011, p. 150).

Assim, percebe-se que a fundamentação principiológica do Estado Democrático tem o intuito de assegurar em primeiro lugar a igualdade como forma de defesa social e das classes sociais ante os abusos do poder público, bem como na questão social, delimitar a atuação da Administração Pública para solver problemas com a instituição de programas e políticas públicas. Em suma, o Estado Democrático propôs, uma nova forma de pensar a atividade administrativa e a própria atividade do poder público.

2.3 Organização do Estado Democrático brasileiro

Historicamente falando, o aspecto democrático do Estado brasileiro é bastante moderno e repleto de percalços e regressos. Entre as inúmeras experiências antidemocráticas vivenciadas, atualmente, após a CRFB/1988 é que se pode pensar numa cristalização de preceitos e instituições fundamentadas naqueles princípios antes listados. O *caput* do artigo 1º da CRFB/88, por exemplo, informa que a República Brasileira constitui-se como Estado Democrático, ao passo que os incisos do artigo 3º demonstram objetivos precípuos da República do Brasil, como a redução das desigualdades, construção de uma sociedade justa e igualitária, erradicação da pobreza e garantia do bom desenvolvimento nacional.

Ainda, falando-se na questão do Estado, deve-se ter em mente que essa inexperiência fora muitas vezes provocada por fatores externos, motivadas por ferrenhas disputas ideológicas no campo da geopolítica mundial. Acompanhando o destino dos “irmãos” latino americanos citando aqui a importante obra de Galeano (2000, p. 13), a atuação política interna foi gerenciada por muito tempo por

interesses estranhos aos interesses sociais nacionais. A redemocratização que se vê em processo, dá-se, logicamente, a passos lentos, procurando sempre a sedimentação das conquistas democráticas e a eliminação do ranço das ditaduras. Por conseguinte, assevera-se que:

Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e “exclusões” que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais. (NEVES, 2008, p. 246).

A CRFB/1988, no entanto, acompanha o ideal de redemocratização, privilegiando, por conseguinte um projeto social e de garantias individuais fundamentais e também promovendo pontuais restrições às liberdades clássicas, como por exemplo, a exigência de uma função social para a propriedade e consagrando a busca pela justiça social inclusive pela ordem econômica vigente. Da mesma maneira, essa mesma Constituição e a legislação dela decorrente prevêm a inserção daqueles princípios básicos do Estado Democrático, a soberania popular, a igualdade de fato, e a igualdade de direitos.

Seguindo a linhagem histórica, na década seguinte, foi vivenciado no Estado brasileiro que se iniciava uma espécie de crise dos valores sociais que (teriam) sido implantados pela Constituição. Os governos que seguiram a promulgação da CRFB/1988 privilegiaram um modelo de crescimento econômico ante a concretização dos direitos sociais programados pela norma constitucional de 1988.

No Brasil, esses processos só ganharam densidade no decorrer da década de 1990. Na sequência dessa década, foram implementadas as chamadas medidas de ajuste estrutural preconizadas pelo Consenso de Washington, em correspondência com o aprofundamento dos processos de globalização. Foi com o governo de Collor (fevereiro de 1990 a setembro de 1992) que se operou uma drástica redução da agenda pública, de acordo com as diretrizes neoliberais. A nova agenda política de ajuste passou a ser dominada por temas como refluxo do Estado e primazia do mercado através das políticas de abertura comercial e financeira ao capital internacional, desregulamentação e privatização, redução dos fundos públicos para o financiamento das políticas sociais, enfim, uma agenda que só podia ser conduzida contra as conquistas de 1988. (DURIGUETTO, 2007, p. 171).

Nesse ponto, pode-se claramente notar um contrassenso entre os propósitos instituídos pela chamada “Constituição Cidadã” e os rumos da política e

economia que o país tomava até tal ponto. Em que pese a decisão política não ser de toda a forma inepta, o julgamento da mesma em relação as necessidade da nação, a consideravam fora de contexto. Ainda de acordo com o entendimento acima descrito, tais reformas vinham de uma suposta insatisfação da população com relação à ineficiência estatal.

De acordo com Duriguetto (2007, p. 175), no Brasil, o passo seguinte torna-se difícil de ser dado, em virtude de tais incongruências governamentais darem lugar a intensos debates ideológicos. Por exemplo, doutrinas econômicas que propugnavam pela redução do papel interventor do Estado, bem como “enxugar” a máquina do Estado, adotando medidas como privatizações, delegações de serviços à particulares e a descentralização desmedida das funções próprias do Executivo. Se observada a efemeridade dos governos, complica-se ainda mais a busca por uma terceira via, ou uma síntese política entre os preceitos sociais constitucionais e a questão econômica pura.

O que se vê, portanto, é uma dificuldade de se definir o caminho adotado e as opções políticas tomadas pelos governos brasileiros. Isso até então, se relacionado com nossa recente história democrática não se torna desesperadora. Contudo, não se justifica a demora em se (re)constitucionalizar aquilo que fora relativizado pelo levante neoliberal. As atuais políticas sociais e de integração buscam elidir os erros recentes e também conciliar os propósitos sociais do Estado democrático com questões econômicas diversas.

A ampliação dos direitos políticos de cidadania aparece associada à proposição de mecanismos político-administrativos que efetivem processos de descentralização do Estado voltados para a criação de canais institucionais que possibilitem a participação social nos processos de discussão, controle e fiscalização das políticas sociais públicas, bem como na criação progressiva de espaços de participação não institucionalizados. (DURIGUETTO, 2007, p. 124).

Dessa forma, procura-se entender que o Estado Democrático brasileiro ainda encontra-se em formação. As diretrizes políticas que se estabeleceram na última década apontam uma preocupação maior do Estado com a concretização de direitos básicos sociais. Essa opção, portanto, implica ações e mudanças não apenas no mundo real, e sim em todo o arcabouço jurídico, com a implementação de normas, decretos e atos governamentais. A necessidade só por si não mudaria o

sistema político vigente. Era imperioso que tais mudanças fossem plasmadas pelo ordenamento jurídico.

2.4 Estado Democrático brasileiro e Administração Pública

Seguindo a diretriz política estabelecida pela CRFB/1988, todo o aparato estatal brasileiro tem se moldado ou vem sendo moldado com intuito de concretização daqueles direitos propostos pela Carta Magna. De acordo com Mello (2013, p. 50), ponderadas as visíveis diferenças ideológicas entre os governos Collor (90-92), Itamar Franco/FHC (92-02) e Luiz Inácio da Silva/Dilma Rousseff (03-atual), vê-se que a atividade administrativa em maior ou menor grau, encontra-se atrelada com os princípios fundamentais e os direitos fundamentais. O artigo 170 da CRFB88, por exemplo, aponta que a livre iniciativa é um imperativo da ordem constitucional, mas deve buscar a redução das desigualdades sociais, conforme o inciso VII do citado artigo.

Outras exemplificações soam possíveis, porém, o desiderato principal é a demonstração que a atividade administrativa brasileira tem sido pautada pela concretização dos direitos sociais e da instituição de medidas que venham a reduzir as gritantes desigualdades sociais do país.

O Estado social faz a sua missão de «prover ao conjunto da sociedade os sistemas vitais (serviços públicos essenciais) e de prestações (emprego, segurança social, saúde, acesso a bens culturais) que garantem o seu funcionamento e um nível mínimo de bem-estar. O Estado Social, é, pois, antes de mais, um Estado de prestações». (SILVA, 1998, p. 73).

O Estado Democrático-Social brasileiro acompanha esse entendimento. O alargamento das questões sociais implica, por conseguinte um dever maior do administrativo central em resolver questões referentes a tais temas. A característica maior de tal modelo de organização política deve – ou deveria – influenciar a forma de como as diretrizes políticas são estabelecidas.

Assim sendo, o Estado, na forma democrática que é encarado hodiernamente, utiliza de políticas públicas e programas governamentais para a concretização de direitos sociais previstos em sede constitucional.

Da mesma forma, Appio (2005, p. 142) demonstra que o surgimento dessa preocupação na especificação de políticas públicas surge em virtude das

demandas do mundo contemporâneo e industrial, onde a aglomeração de massas populacionais, as condições de vida duras e a insuficiência da democracia política em gerir tal realidade sugeriu uma mudança de atuação do Estado. Por sua vez, Pelayo (2013) aponta que o Estado Social ao adquirir função executiva, altera sua estrutura, optando por medidas interventivas e concretas para a “correção” das imperfeições do sistema capitalista, tais como a seleção de objetivos a serem alcançados; atualização de políticas sociais através da própria função administrativa; e finalmente, planificação de objetivos para que haja coesão daqueles que atuam no meio social.

Acompanhando esse raciocínio, sabe-se que o Brasil, assim como outras nações do globo, como EUA, Rússia e Cuba, é uma nação com grandes disparidades regionais, com várias “nações” distintas num mesmo território. A ideia central da redistribuição de riquezas através das políticas públicas plasmadas pela administração pública demonstra o ideário próprio de um novo tipo de Estado, que supera quaisquer disputas ideológicas entre marxistas e propostas políticas de cunho neoliberal.

As propostas de redistribuição de riqueza acompanham essa realidade. A título de exemplificação, citando o programa Bolsa Família, a distribuição não equitativa dos recursos destinados a tal programa representa a tentativa de concretização dos princípios da ordem econômica, em especial a redução das disparidades socioeconômicas do país. Conforme atualizados fornecidos pelo Ministério do Desenvolvimento, a distribuição de benefícios tem maior incidência na região Nordeste, onde 50,8% de famílias receberam o benefício, segundo dados do MDS. (BRASIL, 2014)

Esta redistribuição desigual, novamente representa o mote central da administração pública do Estado brasileiro, onde busca mediante ações positivas, a concretização daqueles princípios e preceitos democráticos do Estado. É conforme a lição de Giddens, (2001, p. 74) onde definiu uma “construção da terceira via” e de uma “sociedade ativamente civil”.

Assim sendo, através dos entendimentos aqui colacionados, e tomando parte de que o Estado brasileiro optou por um modelo de Estado Democrático, cabe à Administração Pública o dever de prover medidas efetivas para a concretização de políticas públicas. Dessa forma, o dever de intervenção pressupõe a reestruturação do Estado e um novo pensamento para a gestão pública. A materialização de

políticas sociais previstas nas CRFB/1988, então, exprime com clareza o modo de agir atual da Administração Pública brasileira.

3 GESTÃO PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1. Gestão Pública e Direito Administrativo

Conforme visto, o Estado ocupa-se através de seus poderes e funções, da conformação da sociedade. Ao mesmo tempo, o Estado como entidade superior, deve garantir aos seus cidadãos àqueles direitos básicos e essenciais para a vida, tal como saúde, segurança e educação. Para a persecução desse fim, o Estado como instituição vale-se de diversos instrumentos, pois o simbolismo de tal instituição em nenhum momento da história veio a ser suficiente para garantir o tão discutido “bem estar social”.

Neste sentido, cuidou o direito de se tornar um destes instrumentos necessários para o controle das ações estatais. A atuação do Estado na gerência da vida pública e nas eventuais interferências no âmbito particular dos cidadãos devem se pautar pela aplicação de princípios e da conduta através da lei pelos chefes de governo e pelos administradores públicos dos órgãos estatais. O interesse público primordial de todo cidadão, portanto, se consubstancia na imperatividade da existência de uma boa administração.

Em suma, o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada as disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descometimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é por excelência, o Direito defensivo do cidadão* – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais não de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. É pois, sobretudo, *um filho legítimo do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.* [destaques no original] (MELLO, 2013, p. 47-48).

Para atingir objetivo de uma boa administração, o poder instituído submete-se então às modernas concepções de Estado Democrático. O imperativo aqui é seguir os ditos, procedimentos e anseios de tal modelo de organização

estatal. Contudo, a expectativa de ação democrática não demonstrou ser suficiente, sendo necessária a adoção de princípios e a submissão à lei. Os princípios da administração pública fazem parte da conjuntura de normas aplicáveis às atividades da administração. São eles que fornecem o meio e as formas da ação do Estado. Tomando em conta que a administração lida com a “*res publica*”², a observância destes princípios torna-se especialmente necessária. O administrador não se sujeita a sua própria vontade ao contratar com terceiros ou negociar a instalação de uma escola ou hospital. Deve, segundo Di Pietro (2014, p. 296) submeter-se vontade das normas, incluindo-se a prevalência do interesse público sobre o particular, além dos princípios e leis que se aplicarão à atividade normativa. Desta forma, sabe-se que o administrador não tem liberdade, deve apegar-se a coisa pública e visualizar que ele não a possui. A coisa pública, em última análise, pertence ao povo.

Os princípios informam ao mesmo tempo em que normatizam. São elementos que fundamentam ações e sanções. Não necessariamente encontram-se expressos num ordenamento, são normas que expressam um entendimento geral e arraigado do ordenamento jurídico. O artigo 37, *caput*, da CRFB/88 delimitou cinco princípios, legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e impessoalidade. Contudo, Mello (2013, p. 98), lembra que outros princípios possuem aplicação na seara administrativa, uns por estarem na Constituição e outros por decorrerem do próprio Estado Democrático de Direito. O objetivo da exposição aqui realizada não centra-se propriamente em discorrer sobre tais princípios, contudo, tais figuras normativas deverão ser constantemente lembradas em suma, para explicitar o caráter público do tema principal. Assim, compreende-se que o Direito envolvendo a administração pública é um direito que busca a harmonia da relação entre administradores e administrados mediante a aplicação das leis e dos princípios.

La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y al acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido axiológico de que hablábamos. Un intérprete o ejecutor de la norma jurídica no puede ser un mero lector de su texto, debe buscar la interpretación que la hace justa en el caso: allí es donde son de aplicación los principios jurídicos. (GORDILLO, 1997, VI-34).³

² Do latim, coisa pública.

³ A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo. A norma dá a lei faculdade de interpretá-la ou aplicá-la em mais de um sentido, e ao ato administrativo a faculdade de interpretar a lei em mais de um sentido axiológico de que falávamos. Um intérprete ou executor da norma jurídica não pode ser

A ação administrativa pura e simples compreende então, uma ação ímpar do Estado. Meirelles (2013, p. 86), conceitua a atividade administrativa como sendo a gestão de bens e coisas alheias segundo postulados da moral, boa-fé, e obedecendo aos preceitos do Direito e dos princípios aplicáveis ao caso. O mesmo autor define que o administrador (a pessoa que é incumbida mediante procedimentos democráticos ou meritórios) apenas zela, guarda e conserva os bens que originariamente são dos administrados (a sociedade num geral), e que possuem fim específico de alcançar o bem comum da população.

Marçal Justen Filho (2014, p. 104), vai mais além à questão dos princípios e as relações com o Estado Democrático quando diz que o respeito aos direitos fundamentais e a busca pela efetiva concretização dos mesmos por meio da atuação ativa e interventiva da administração pública constitui um dos pilares da moderna noção de atividade administrativa. Ainda diz que o reconhecimento do cidadão e da sua dignidade é o compromisso real da administração pública no Estado Democrático.

Na busca por esta perfeição técnica e da melhor ação face os interesses sociais preconizados pelo Estado Democrático, a atividade administrativa não possui por si só, dos mais oportunos meios de atuação. Se bem entendido o conceito de que administrar é gerir e cuidar, as prestações positivas em benefício dos administrados não necessariamente respondem por aquela mesma atividade administrativa pura e simples de gerir e cuidar. A essa função específica de promover e prestar ações e planos de política dá-se então o nome de gestão pública. A aplicação dos bens da administração em prol dos próprios administrados, destarte, é uma espécie de ação, da qual a atividade administrativa é gênero.

Comparativamente, podemos dizer que governo é atividade política e discricionária e com conduta independente; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica, é conduta hierarquizada; quanto à gestão, esta implica o atendimento aos seguintes parâmetros básicos: tradução da missão; realização de planejamento e controle; administração de recursos humanos, materiais, tecnológicos, e financeiros; inserção de cada unidade organizacional no foco da organização; e tomada de decisão diante de conflitos internos e externos. (SANTOS, 2006, p. 12).

De acordo com tal ensinamento, gestão pública caracteriza-se conforme uma prestação positiva vertical, ou seja, do Estado na figura da Administração Pública para os administrados. A gestão pública vem a significar também importante postulado da democracia, na medida em que através dela, busca-se superar a necessidade do administrado e uma deficiência do Estado administrador. Cretella Jr (1990), por exemplo, aponta que o serviço público, consiste numa prestação do Estado em satisfazer necessidades públicas coletivas e que a satisfaz exercendo um poder de mandar e fazer.

Como tais meios não os possui, entretanto, a maioria da população, são oferecidos, mediante um preço (carruagens, automóveis); mas, como estes são limitados pela oferta e procura, e proporcionais à capacidade econômica dos habitantes, existem outros de caráter coletivo (ônibus, bondes, etc.). As duas categorias de transportes são serviços públicos em sentido lato; mas há entre elas uma diferença importante. Os primeiros são individuais e mais caros que os segundos; estes são gerais e satisfazem não já a uma *comodidade*, mas a uma *necessidade* vinculada à atividade normal e até indispensável da população, atividade que se vincula à vida econômica, higiênica e cultural do povo. (CRETELLA JUNIOR, 1990, p. 63-64).

Ainda de acordo com o citado autor, tem-se que o serviço público.

É toda atividade que o Estado exerce direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante o emprego de procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum". (CRETELLA JÚNIOR, 1990, p. 108).

A administração pública quando propõe medidas de gestão pública não deixa de cuidar do Estado. De acordo com Mello (2013, p. 690), em tal contexto, o administrador deve não somente preocupar-se com os postulados de respeito para com a *res publica*, e sim, também sensibilizar-se quanto às necessidades de seus administrados, incutindo a formulação de programas sociais para o atendimento de tais necessidades. Assim, tal função do Estado vem a se tornar a maior expressão de democratização das gestões administrativas, peculiaridade preponderante dos modelos do Estado Democrático de Direito.

Discorrendo sobre tais particularidades dos temas apresentados, é necessário obtemperar que outros conceitos exercem profunda influência e interferência. Por significação, entende-se que a administração é exercida com base em efemeridades, na medida em que se sucedem na posição de chefes dos poderes

e órgãos, pessoas e partidos políticos distintos, que fatalmente carregam cargas e posições ideológicas distintas. Esta segmentação de ideologia e posições políticas implica diretamente na concepção, planejamento e execução de uma gestão pública. O um governo exercido por conservadores, possui métodos e objetivos distintos daquele exercido por um governo progressista. Políticas públicas e gestões governamentais nesse plano acompanham essa efemeridade ideológica.

A expressão *função de governo* indica um conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades essenciais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias. Ambas as funções estão relacionadas à promoção dos direitos fundamentais, mas em níveis diversos. A função administrativa é instrumento de realização direta e imediata dos direitos fundamentais. A função de governo traduz o exercício da soberania da Nação e a definição das decisões políticas mais gerais. A função de governo também envolve a realização dos direitos fundamentais, mas não consiste numa medida diretamente referida a isso. Quando o Presidente da República firma um tratado internacional, desempenha uma função política. Mas há função administrativa quando firma um contrato administrativo. A distinção não é simples, especialmente porque existem elementos políticos no desempenho de função administrativa, tal como há uma carga administrativa na função política. [destaques no original] (JUSTEN FILHO, 2014, p. 125).

Assim entendido, os governos (que administram o Estado), exprimem uma diretriz de gestão pública conforme fundamentos ideológicos particulares. A mudança de um governo dessa forma pode significar uma mudança na diretriz da gestão pública. Essa peculiaridade também pode ilustrar a dificuldade de concretização dos direitos fundamentais em novas democracias, ou democracias frágeis, onde de acordo com Mello (2013, p. 36-37), questões puramente políticas transcendem em detrimento das questões de administração. No caso brasileiro, temos constatado nos últimos anos a solidificação de nossa posição como país democrático e livre de ameaças autoritárias, porém, ainda persistem problemas de ordem técnico-administrativa, corrupção e direcionamento de ações estatais. Contudo, é cediço que as políticas públicas do atual cenário brasileiro têm tido o condão de notadamente, redução das desigualdades sociais e a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

3.2 Atos administrativos puros e atos de governo

Segundo Justen Filho (2014, p. 383), caracteriza-se o ato administrativo como sendo uma emanção de vontade vinda da administração pública, quando na oportunidade das ações próprias desenvolvidas por tal função. Essa definição, contudo, torna-se simplória defronte as diversas nuances que o tema representa. Silva (1998, p. 38), dá conta que o ato administrativo como figura jurídica surge ainda no arcabouço jurídico francês do basilar princípio da separação de poderes, onde os atos administrativos representariam a ação da administração pública em separado da vida civil do administrado. Segundo o mesmo autor, a construção deste símbolo se justificaria pela necessidade de proteção da ação administrativa de possíveis ingerências de poderes estranhos à administração, notadamente o judiciário. Logicamente, esta concepção traduz o pensamento ainda liberal, sendo modificada a cada modelo de organização estatal vivenciado.

O Estado social faz sua a missão de «prover ao conjunto da sociedade os sistemas vitais (serviços públicos essenciais) e de prestações (emprego, segurança social, saúde, acesso a bens culturais) que garantem o seu funcionamento e um nível mínimo de bem estar. O Estado social é pois, antes de mais, um Estado de prestações» (SILVA, 1997, p. 73).

Neste sentido, o ato administrativo alcança novos significados além daqueles propagados pelo liberalismo político. Até certo ponto, alguns doutrinadores como Justen Filho (2014, p. 338) apregoa que os atos administrativos perderam o significado e importância, pois o juízo atual de que a administração pública volta-se para a questão social, atos administrativos isolados não terão o condão de resolver tais questões sociais. O referido autor prefere conceituar a ação administrativa como simplesmente atividade.

Feita esta ressalva pontual sobre a conceituação de ato administrativo, Mello (2013, p. 397), define o ato como sendo uma declaração da administração pública no exercício de suas atividades típicas de governança e administração, contendo providências e mandamentos objetivando garantir eficiência ao comando emitido. Distanciando-se da origem no contencioso administrativo francês, onde o ato administrativo submetia-se a um julgamento por órgão próprio, apartado do judiciário “comum”, atualmente, o ato administrativo submete-se a devida avaliação judicial, em relação à sua legalidade e legitimidade. Neste ponto reside uma das problemáticas com relação ao tema inicialmente proposto, que será devidamente trabalhado em momento específico.

Entendido que o ato administrativo é um comando da administração para a persecução própria da atividade estatal, é imperioso que além de conceituar, deve-se lembrar da necessidade de ao menos apontar as características e a classificação dos atos administrativos. Do contrário, a completude do entendimento acerca do tema restaria comprometida. Assim, mesmo uma rápida explanação dos temas torna-se necessária.

O ato administrativo é categorizado pelos seus elementos (conteúdo e forma), pressupostos objetivos e subjetivos (motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização) e a sua classificação. Os elementos, segundo Mello (2013, p. 394) são os requisitos, ou aquilo que é necessário para que o mesmo exista no mundo das normas. Segundo o mesmo autor, os pressupostos de existência indicam a capacidade do ato administrativo em gerar efeitos jurídicos. Por sua vez, entende-se como classificação os tipos de atos existentes e colocados à disposição da administração pública. Freitas (2007, p. 86), define que os atos devem “existir” em dois planos: o da existência e o da eficácia. Segundo o mesmo, a existência diz respeito à aferição da compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico existente. Ainda conforme o citado autor, o ato administrativo deve estar presente no plano da validade e da eficácia, ou seja, o ato emitido pela administração deve necessariamente estar em conformidade e harmonia com o ordenamento jurídico ao mesmo tempo em que é eficaz quando possui força em produzir os efeitos inicialmente pretendidos.

Logicamente, abordagens específicas sobre atos administrativos dão azo a maiores discussões e aprofundamentos, porém, neste ponto do trabalho objetiva-se a distinção entre dois conceitos importantes, o ato administrativo puro e o ato de governo. Sobre o ato administrativo puro, definiu-se por termos gerais tratar-se de um comando da administração pública, quando a mesma atua propriamente, ao *cuidar* da máquina pública. Segundo Di Pietro (2014, p. 829), notam-se os atos exclusivamente políticos e os não exclusivamente políticos, sendo que os primeiros não se submetem ao controle próprio, já os segundos sim. Dessa maneira, o ato de governo que se passa a estudar possui características distintas, devendo inclusive, se fazer menção às observações feitas sobre gestão pública anteriormente. Atos de governo são mandamentos constitucionais contidos no artigo 84 e incisos da CRFB/88. Oliveira (2009, p. 164) salienta “evidentemente que tais

atos que retiram a sua força própria da Constituição só podem ser praticados pelo chefe do Executivo”.

A ideia que se discute é que o governo, na figura da administração central exercida pelo Presidente da República, executa tais atos de governo tendo em vista a consecução dos fins almejados pelo Estado. Dessa maneira, o fim social propugnado pelo Estado em última instância, seria trabalhado de acordo com ações e políticas promovidas pelo Executivo. Vale-se fazer menção que no atual modelo de governança, o Presidente exerce tais atribuições em conjunto com seus Ministros de Estado, conforme preza o artigo 87 da CRFB/88.

Para nós, o ato de governo não é outra coisa senão uma espécie dos atos administrativos. Primeiramente, já anotamos que “a função política (assim chamada) não constitui uma quarta função do Estado, mas os atos governativos ou políticos estão incluídos no conceito de função administrativa e possuem o mesmo regime jurídico dos atos administrativos. (OLIVEIRA, 2009, p. 181).

Nesta linha, levando em consideração tal entendimento, os atos de governo que regulamentam o exercício político do Estado, são executados em uma conjunção do poder administrativo central e os Ministérios de Estado. O ato de governo é o instrumento próprio do poder Executivo que constitui uma decisão política de busca e defesa dos direitos fundamentais do cidadão. O ato de governo seria uma subespécie de ato administrativo, exercido não somente com o objetivo de gerir a Administração Pública, e sim competindo também junto ao fim social do Estado Democrático. Atos que implicam a instituição de políticas públicas, ou de diretrizes de gestão pública, praticados pelas autoridades competentes, poderiam dessa forma, serem conceituados como atos de governo.

3.3 Políticas Públicas: conceitos, processos de formulação e execução.

Tomadas às observações anteriores como procedentes, chega-se a um importante ponto do trabalho. A aceitação do ato de governo aqui discutido como um instrumento de concretização dos direitos do cidadão serve como assentamento de que este mesmo ato institui ou constitui uma política de concretização dos referidos

direitos. Entretanto, é necessário asseverar que outros meios podem ser utilizados para a consecução destes fins, porém, o fato de a controvérsia acerca do tema centrar-se em eventuais conflitos entre os poderes do Estado, reafirma-se que o ato de governo, aqui, é o responsável pela instituição de políticas públicas e programas sociais de governo.

Assim, se faz necessário construir o conceito de política pública e sua localização no atual modelo de organização do Estado, bem como os procedimentos que norteiam a aplicação e execução das mesmas. Freire Júnior (2005, p. 47 e ss.) conceitua política pública como uma forma de atuação e intervenção do Estado na vida social. Da mesma forma, delimita que são através das políticas públicas que concretizam-se os direitos fundamentais previstos na Constituição, “uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los”. (FREIRE JÚNIOR, p. 47).

Por sua vez, Appio (2005, p. 142) assevera que a doutrina das políticas públicas surge como resposta para a crescente necessidade de se constituir programas que venham a aplacar problemas sociais das grandes massas. Constituem segundo o autor, instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição. Antoni Fernández (2006, p. 499), assevera que o conceito de política pública em países de língua latina é trabalhado numa acepção ampla, podendo significar várias ações estatais. Todavia, segundo o autor, a conceituação acadêmica tem-se posto a discutir o real sentido de política pública, chegando a resumir que todas as situações onde se visualiza a necessidade da presença do Estado, estar-se-á em confronto de uma política pública.

Desta forma, políticas públicas e direitos sociais neste ponto tornam-se sinônimos. São a instrumentalização pela qual se busca a concretização dos direitos sociais como saúde, educação, segurança e moradia, conforme seguinte entendimento.

Aceita-se que em todas as sociedades existem grupos populacionais que não se auto-sustentam, ou que não deveriam se preocupar com isso, cabendo ao Estado sobretudo a obrigação de assistência. Trata-se, nesse sentido, de assistências devidas por direito de cidadania. É reconhecido o direito, de modo formal ou informal, à sobrevivência condigna, comprometendo-se a sociedade a assistir tais grupos, particularmente por intermédio do Estado, criado para isso também. (DEMO, 2005, p. 26).

Tal ideia basicamente acentua a função pública da política pública. Pensada em âmbito geral, ela nasce dentro da atividade administrativa e de governo. Conforme salienta Mello (2013, p. 50) a função do Estado Democrático preconiza o arrolamento de direitos sociais, numa superação às forças econômicas e políticas do Estado Liberal, que pouco se importavam com o conteúdo social. As Constituições políticas modernas, como a mexicana de 1917 buscam a programação social do Estado. Daí já se advém uma conclusão: uma política pública busca como fonte principal a decisão política e social de um Estado, plasmada numa carta constitucional. Canotilho (2003) expõe que um dos fatores que se avalia a legitimidade de um “Estado Constitucional”, é, justamente, a manifestação da existência de direitos fundamentais no texto constitucional. Novamente utilizando-se das lições de Celso de Mello (2013, p. 50), o doutrinador aponta que a Constituição de 1988 representa esse modelo de organização constitucional.

Dessa monta, assevera-se que a política pública nada surge de necessidades constitucionalmente estabelecidas. Extraído do próprio texto constitucional, visualiza-se diversas garantias fundamentais exercidas por meio de políticas públicas, tais como os artigos 144⁴, 170⁵, incisos VII e VIII, artigos 182⁶, 184⁷, 194⁸, 196⁹, 205¹⁰, e artigo 215¹¹. São enunciados que saltam à vista mesmo

⁴ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
(...).

⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

(...).

⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

⁷ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

⁸ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

em uma rápida leitura, pois salientam a característica social do Estado acolhida pela Constituição, bem como exprimem deveres do ente estatal para com seus cidadãos.

Todavia, ciente da inexistência de fato da autoexecutoriedade de tais comandos, o Estado os exerce mediante seus órgãos, que através dos programas de governo e das políticas públicas, estendem àqueles direitos constitucionais para os seus cidadãos. Observa-se tal segmentação, mormente pelo crescimento da ânsia da população por respostas do poder instituído, agravamento dos problemas sociais, bem como o crescente tecnicismo necessário para a implantação de tais políticas, conforme Santos (2006, p. 23). É necessário também que tais políticas sejam exercidas por órgãos específicos da administração pública com intuito primordial de facilitar o acesso da população, bem como a fiscalização da execução destes programas pela própria administração, sociedade ou pelo Poder Judiciário.

No entanto, não há entendimento uníssono em torno de tal ideia de segmentação. Paulo Otero (2003, p. 296) aponta que por vezes, a ineficiência técnica, bem como a crescente complexidade, faz com que o administrador delegue suas competências a instituições ou pessoas que não passam pelo crivo do referendo popular – o voto. Dessa forma, acompanhando o raciocínio do autor, muitas vezes, não se visualizaria legitimidade político administrativa em quem planeja ou executa uma política pública, por exemplo. Novamente, faz-se menção à ideia de que políticas públicas são oriundas de um plano social da Constituição Federal de 1988, mas que o planejamento e execução muitas vezes, fogem do aspecto primordial constitucional ou legal, necessitando de posterior controle.

Diversos programas sociais que constituem políticas públicas, hoje, são exercidos diretamente pelo Ministério do Desenvolvimento Social – MDS¹². São instituídas mediante órgão de governo atrelado ao próprio Executivo Federal. As

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁰ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹¹ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

¹² <http://www.mds.gov.br/>. Acesso em 10/10/14

objeções mencionadas alhures a este sistema são procedentes, porém, mais uma vez, reforça-se a ideia de que a especialização e descentralização no planejamento e execução de políticas públicas vem ao encontro dos pressupostos de controle destas políticas públicas pela própria administração, sociedade e eventualmente, pelo Poder Judiciário. Di Pietro (2014, p. 830) define que em tais matérias, existe distribuição de competências entre diferentes esferas de governo, além de que algumas matérias devem ser tratadas conforme o explicitado no texto constitucional. De outra maneira, a execução específica de políticas públicas tem vista a promover o melhor desempenho de tais, levando em consideração as peculiaridades regionais, notadamente díspares no território brasileiro.

Mas, nos limites do Poder Executivo, além do incremento extraordinário das matérias respeitantes à defesa e à segurança do Estado, devem ser considerados os serviços públicos que consubstanciam a sua função social. Assim, no terreno da instrução, da saúde pública, das comunicações, da estruturação econômica, da energia, que ainda no começo do século XX se havia como naturalmente reservada à livre iniciativa privada, vemos atualmente, organizados sob a forma de gestão direta ou de concessão, em pleno funcionamento, serviços públicos, cuja invasora extensão é, apenas, igualada pela sua complexidade. (LIMA, 2007, p. 404-405).

Da mesma maneira, aponta que:

A descentralização, de outra parte, também constitui instrumento eficaz para evitar abusos a que a concentração da autoridade poderia conduzir. Dada a complexidade dos serviços públicos, a descentralização permite, evidentemente, uma melhor gestão deles. Daí o que se denomina a descentralização por serviço. (LIMA, 2007, p. 405).

Em suma, o que se deseja delimitar é que uma política pública nasce como embrião em uma decisão política de uma nação (Constituição). No caso das Constituições sociais, modelo aplicável ao Brasil, o texto das cartas magnas preveem que o próprio Estado irá compor mediante políticas sociais e econômicas o planejamento e execução de tais políticas. Desta maneira, conforme o exposto, o planejamento e execução ficam a cargo de órgãos descentralizados, instituídos especificamente para esses fins.

3.4 O princípio da reserva do possível como limitador da concretização das políticas públicas referentes aos direitos sociais.

O princípio da reserva do possível constitui em matéria de grande polêmica e interpretação controvertida no sistema jurídico-político brasileiro, incluindo-se os Tribunais. Trata-se de uma faculdade atribuída ao poder público em eximir-se de prestar políticas públicas sob a alegação de carência de meios de prestá-las. O Estado, por força do princípio, quedaria inerte quando conclamado para a satisfação de direitos fundamentais, destinados à sociedade. Assim, é o Estado que deixa de prestar suas obrigações constitucionais de prestação de direitos fundamentais.

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que se importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo. (BARCELLOS, 2008, p. 262).

Por sua vez, Naiane Miranda (2012, p. 24) delimita que se trata de um princípio de aspiração germânica, que limitaria a ação estatal na prestação de ações positivas de acordo com a real capacidade socioeconômica e estrutural do Estado. A celeuma doutrinária que o tema provoca é muitas vezes de pronto combalida pelos julgados do Supremo Tribunal Federal. É cediço que o Brasil possui peculiaridades regionais distintas, e que estas ditas peculiaridades exprimem acentuadas desigualdades sociais. Miranda (2012, p. 25), mais uma vez, expõe que a realidade social do país, não justificaria, portanto, a aplicação do princípio da reserva do possível.

A aplicação de tal princípio, portanto, justificaria a inércia do poder público na prestação de políticas públicas sob argumento de falta de meios materiais de provê-los. Contudo, sabendo do imenso abismo social existente no País, o seu emprego é constantemente refutado pelos Tribunais, em consonância com o julgado colacionado anteriormente. A interpretação do princípio pelo Judiciário pode ser explicitada pela análise de um julgado¹³ que chama atenção pelos seguintes trechos:

¹³ BRASIL, STF, AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014) Acesso em: 10/10/14.

DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134). (BRASIL, 2014f)

Primeiramente, trata-se de um acórdão que versa sobre a implantação da defensoria, onde o Judiciário manifesta-se acerca da omissão estatal em suprir a população carente e necessitada com o devido acesso à justiça, como forma de concretização de direitos constitucionalmente estabelecidos.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). (BRASIL, 2014f).

Seguindo na explicação, os julgadores asseveram que o princípio da reserva do possível, utilizada como argumento para justificar e legitimar o inadimplemento de políticas sociais constitucionalmente estabelecidas, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. O Estado, desta forma, fica impossibilitado de se eximir da prestação de um dever social alegando a reserva do possível. Da mesma forma, segundo o julgado, a atuação do Judiciário tem vista à coibir abusos provocados pela omissão estatal, a proibição de retrocesso social e

promover, judicialmente, a proteção ao mínimo social que o Estado deve proporcionar aos administrados.

Desta forma, a atuação do Judiciário torna-se elementar para a concretização do Estado Democrático de Direito. Ao delimitar que é dever do Estado promover direitos constitucionalmente estabelecidos, acaba por interferir diretamente na administração pública, o que significa que de alguma maneira, a discussão de questões referentes à separação dos poderes e ao modelo com o qual se visualiza atualmente no Brasil.

4 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS OU USURPAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS DO PODER EXECUTIVO.

4.1 O Princípio da separação de poderes: do sistema rígido ao flexível

A CRFB/88, em seu artigo 2º, afiança que são poderes da União, o Executivo, Legislativo e Judiciário, exercidos de configuração harmônica entre si, com fim de garantir o bom exercício da vida pública no país. Atenção especial deve ser atribuída ao vocábulo “harmônica”. A união em harmonia das três funções da República representa moderna asserção, proveniente da evolução do conceito e da teoria da tripartição de poderes, profetizada por Aristóteles, pensada por Locke e planejada por Montesquieu. Antes do aprofundamento que o tema sugere, pode-se já de início estabelecer que tal harmonia se contraponha a ideias de separação absoluta de poderes, não existindo, portanto, sistemas de autocontrole dos poderes, conforme as exigências constitucionais atuais.

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominando “freios e contrapesos” (*checks and balances*). (MORAES, 2011, p. 428).

Por sua vez, Jorge Miranda, (2007, p. 54), afirma que a doutrina de separação de poderes surge como resultado da preocupação em limitar o poder exercido por funções diversas. Da mesma forma, assevera que estas limitações constituem uma resposta ao poder concentrado do Absolutismo, modelo político reinante na Europa nos séculos XIV e XV, que reverberava na independência total de um poder perante outro. É revolucionário, pois vem no bojo do movimento iluminista francês.

Dessa forma, assegura-se que a união harmônica das três funções da República (executiva, legislativa e judiciária), se estabelece como uma importante conquista do Estado Democrático de direitos, onde a separação irrestrita geraria afastamento dos poderes e fatalmente a uma contradição fundamental com relação

ao próprio caráter institucional do Estado. As três funções, portanto, atuando de maneira *harmônica*, esquadrinham a real função do Estado Constitucional moderno, que é a de garantia dos direitos fundamentais, bem como o próprio respeito ao caráter democrático do Estado.

Assim, a função legislativa é desempenhada principalmente pelo órgão legislativo, o Parlamento, mas o órgão executivo coopera na função, propondo leis, e limita-o negando a sanção ou vetando leis. O órgão judiciário igualmente, porque pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Por sua vez, o Legislativo colabora com o Executivo e limita-o, pois muitos atos desde ficam dependendo da aprovação do primeiro. (AZAMBUJA, 1996, p. 180).

Calha salientar, entretanto, que a harmonia plasmada em nosso texto constitucional deriva, conforme apregoado anteriormente, de uma evolução do conceito da teoria da Tripartição dos poderes. Além disso, tem-se que a divisão das funções do Estado como hoje se percebe, surgiu no bojo do pensamento Iluminista, onde o objetivo principal era o de impedir a concentração de poder sob um único órgão ou pessoa. Segundo Dallari, (2013, p. 219) essa forma tem se mostrado obsoleta, pois a medida que o Estado ia adquirindo caráter social, ia-se solicitando a sua ação nos mais variados campos, perquirindo a ação positiva do ente estatal. Segundo o autor, a divisão exasperada dos poderes visualizada nessa conjuntura mostrava-se incapaz de gerir o Estado Social, devendo então que se buscassem meios de suprir tais deficiências.

Sobre isso, Darcy Azambuja, (1996, p. 179) destaca que a ideia central de Montesquieu, apesar de repercutida por toda a Europa, acabara sendo desvirtuada, sendo que os três poderes não apenas se limitavam, mas afastavam-se como instituições do Estado moderno, travando a máquina pública e sua administração.

Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes. (DALLARI, 2013, p. 219).

Entendimento parecido é o de Zippelius, (1997, p. 419), quando este diz que o Estado Social moderno, quando se viu obrigado a gerir situações concretas da

vida social e econômica, passou a atuar mediante “leis medida”, onde se busca uma intervenção direta com fins de regulação social. Tais entendimentos buscam refletir que o modelo clássico de separação dos poderes encontra-se superado. Cada modelo de organização seja social, institucional ou econômica busca moldar-se a própria realidade histórica com fins de superação de uma questão localizada. Na seara da separação dos poderes isto não se mostrou diferente. A necessidade de controle e limitação do poder do Rei forçou os teóricos do Iluminismo em estabelecer uma radical separação dos poderes, reafirmando tais princípios nos textos constitucionais revolucionários. Superado o “fantasma” dos absolutismos, foi necessária uma reinvenção de tal princípio, principalmente, pois a noção atual de democracia não se resume somente a liberdade dos poderes, conforme ilustra Bonavides, (2001, p. 73).

Gordillo também critica a separação absoluta dos poderes quando diz que:

Com semejante criterio, no sólo se concluiría en que los actos de gobierno no deben ser revisados por los jueces, sino que tampoco deben serlo los demás actos administrativos; que la administración no está sujeta a las leyes, y tampoco lo está el Poder Judicial; que los litigios relativos a la actividad del Congreso serían resueltos por el propio Congreso, y así sucesivamente. (1996, p. VII-32).¹⁴

Surge então a conceituação das funções típicas e atípicas de cada função do Estado. Mais uma vez, utilizando as lições de Azambuja, (1997, p. 180), tem-se que cada poder exerce as suas funções constitucionalmente estabelecidas, porém, dada a atual conjuntura democrática e que implica necessidades da concretização de direitos sociais, cada poder exerce pequena parcela daquelas funções atribuídas ao outro poder. Da mesma maneira, outros entendimentos são vistos na literatura jurídica relacionada.

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do

¹⁴ Com semelhante critério, não só se concluiria em que os atos de governo não devem ser revisados pelos Juízes, sem que tampouco devam ser os demais atos administrativos; que a administração não está sujeita as leis e tampouco o está ao Poder Judiciário; que os litígios relativos a atividade do Congresso seriam resolvidos pelo próprio Congresso e assim sucessivamente. [Tradução livre]

bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2011, p. 110).

Exemplificando, o Executivo não só administra, mas também expede decretos, medidas provisórias dentre outras atividades de natureza legiferante. Assim, não somente atua na sua função, mas atravessa os limites constitucionais sob o auspício tácito da ordem jurídica em função da necessidade democrática constitucional. A função legislativa, além de criar leis, pode vetar ações do Executivo, bem como processar e julgar a pessoa administrativa nos casos previstos na Constituição. Por fim, o Judiciário não apenas julga ou aplica a lei a um caso concreto, mas participa da atividade criativa quando segundo Zippelius, (1997, p. 417) interpreta o texto legal, buscando suprir falhas ou lacunas na lei.

Com esses institutos oriundos precisamente da impossibilidade de manter os poderes distanciados e construir entre eles paredes doutrinárias que os conservassem rigorosamente insultados, como queria a antiga doutrina, na palavra de seus mais acatados corifeus, o que ora nos depara perante a realidade constitucional contemporânea é a verdade de que muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes. (BONAVIDES, 1996, p. 74).

Bonavides (2001, p. 86.) exprime com clareza que a letra crua da doutrina na separação dos poderes não encontra mais aplicabilidade no direito constitucional moderno. Decadente segundo o autor, pois tal princípio trava a atividade estatal, que modernamente, urge em proteger de maneira eficaz as liberdades individuais, bem como prestar ações positivas de concretização dos direitos e garantias sociais. Streck e Bolzan (1998) afirmam que atualmente mais se fala em colaboração de poderes, quando expõem que a diferença entre a aplicação de uma lei por órgãos distintos, por exemplo, reside na maior amplitude de atuação dos poderes, ou seja, o Executivo tem a competência e o dever de concessão de medicamentos, porém, o Judiciário tem melhores condições de avaliar a efetiva necessidade. Esta colaboração de poderes, então, vem respaldar a atuação democrática das três funções estatais.

Uma primeira observação que deve ficar assentada quanto ao processo de alargamento das instituições legitimadoras da democracia é que elas têm ocorrência em um contexto marcado por uma alta e progressiva complexidade das relações societárias. Isso remete a uma vultosa gama de problemas de ordem prático-teórica para que as decisões sejam tomadas

segundo princípios democráticos basilares e com o intuito de promover continuamente o alargamento das instituições. (BUENO, 2007, p. 200).

A transformação de um sistema de repartição de funções estatais, fechado ou rígido para um aberto ou flexível, demonstra a preocupação com a instituição de políticas que supram a deficiência do próprio Estado como ente máximo regulador jurídico e prestador de programas e políticas públicas. A consciência política de um povo também é de importante reflexão. Aplicada tal ideia ao conceito de divisão de funções e políticas públicas, percebe-se que esta se torna uma importante função democratizante do Estado. Oferecer condições de vivência digna para a sociedade representa melhor forma de inserção política e de controle dos próprios atos do poder competente.

Em suma, o sistema rígido de separação de poderes, conforme visualizado, foi útil perante uma conjuntura histórica de abuso de poderes do executivo representado pela figura do rei. Nessa linha, os teóricos da Revolução Francesa teorizaram a necessidade de apartamento com fins de frear a ingerência do chefe do executivo. Essa necessidade deu forma à teoria da separação de poderes. Contudo, o desenvolvimento do conceito de Estado trouxe a baila distintas circunstâncias sociais. Não bastava, portanto, que um poder fosse independente, foi necessário que ambas as funções do Estado dialogassem entre si, para que o fim social do Estado Democrático fosse alcançado. Dilatando ainda mais o conceito, chega-se ao tempo em que o controle mútuo de poderes, alargamento de funções e controle dos atos pela própria sociedade indicam amadurecimento democrático de uma nação.

4.2 Atuação judiciária *versus* atos de governo: limites

Feitas as devidas ponderações ao instituto da separação de poderes, chega-se a um ponto interessante do tema proposto: a atuação do judiciário como limitadora da atividade de governo e os reflexos na teoria da tripartição das funções do Estado. Dessa maneira, como poderia o Judiciário proceder no controle dos atos do Executivo sem que haja desrespeito ao princípio fundamental da separação de poderes?

Como já visto, o ato administrativo divide-se em duas espécies distintas: o ato administrativo puro, e o ato de governo. Este sendo atividade discricionária da função executiva, no exercício das funções constitucionalmente estabelecidas, e aquele, como ato destinado a gerir e cuidar da máquina pública. Para cada espécie, a doutrina específica atenta a algumas peculiaridades na maneira que se exerce o controle sobre tais formas de atuação administrativa. Meirelles (2013, p. 217) afirma que a atuação do Judiciário restringe-se somente à anulação dos atos administrativos prestando atenção aos seus critérios de legalidade, visto que a revogação dos mesmos só é possível pela própria autoridade administrativa, atentando ao fato de que somente ela (a administração) é capaz de transigir com relação à conveniência ou oportunidade do ato. Porém, o mesmo autor deixa asseverado que própria Constituição garante meios hábeis de discussão de tais instrumentos de ação da administração pública, tais como o mandado de segurança individual ou coletivo, *habeas data* e *habeas corpus*. Finalmente faz menção ao artigo 5º inciso XXXV da CRFB/88, onde não se excluirá do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (MEIRELLES, 2013, p. 218).

Vê-se que encontramos-nos perante uma questão não somente de cunho jurídico, mas também ideológico. Gordillo, (1996, p. VII-19), por exemplo, já salienta que a eventual intangibilidade de atos de governo só é de bom tom para o “príncipe governante” e não para uma sociedade aberta e democrática que se requer do mundo hodierno. Ainda segundo Gordillo (1996), a simples teorização da divisão de funções não significa aprioristicamente, garantia de liberdade ou democracia, sendo necessário, portanto, que não se deve recorrer à teoria da divisão dos poderes para eximir o executivo de eventuais responsabilidades, incluindo-se aí, a questão dos atos de governo. Então, de acordo com essa lógica, maior desrespeito não seria a agressão à teoria da separação dos poderes, e sim, a atuação livre e desmedida do Executivo, pois automaticamente, quedaria impune quanto à responsabilização por eventuais atos de governo prejudiciais para a esfera pública geral.

Contrariando esse entendimento, facilmente visualizam-se exemplos na literatura correlata que explicitam àquele ponto de vista mais restrito, onde a atuação judiciária ficaria restrita somente à apreciação da legalidade ou ilegalidade do ato administrativo.

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles *interesses* e não *direitos*. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio de separação e independência de poderes”. [destaques no original] (FAGUNDES, 2005, p. 181).

Medauar (2009, p. 406), ainda lembra que o Poder Judiciário por não ser composto por membros eleitos, ficaria substancialmente impedido de rever decisões de cunho político, ou que digam respeito a aspectos relativos ao interesse público. Porém, a mesma autora assegura que a inafastabilidade da apreciação do Judiciário em resposta à ameaça ou lesão a direito torna-se princípio de igual observância. Ainda faz menção que a CRFB/88 ao alargar o conceito de flexibilidade do sistema de tripartição de poderes, dá azo a uma maior ação do Judiciário perante a tais atos.

Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como corramento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 88. Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites. (MEDAUAR, 2009, p. 407).

Segundo os entendimentos, ao mesmo tempo em que se permite o controle judicial, se estabelece que tal controle deva possuir limites, respeitando o princípio da separação de poderes. Poderia pensar-se até num eventual conflito de princípios constitucionais, pois até onde se visualizaria a incidência da inafastabilidade da apreciação do Judiciário perante a separação das funções do Estado? A própria emite pareceres a respeito, quando questiona a real possibilidade de ação do judiciário sobre os atos de governo.

Com frequência o *ato de governo* vem estudado sob o ângulo do *controle jurisdicional* da Administração, visto haver uma afirmação tradicional de que tal ato fugiria desse controle. Na realidade atual, tal chavão não se sustenta, como será mais bem explicitado no capítulo sobre o controle da Administração, inclusive por força do inc. XXXV do art. 5º da CF, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (MEDAUAR, 2009, p. 153).

Dessa maneira, observam-se posições distintas perante os doutrinadores da área. Contudo, há certa tendência de reconhecer que a ação do Judiciário deva ser restrita, aferindo somente critérios relativos à legalidade e ilegalidade do ato de

governo de competência exclusiva do Executivo. Assim, não haveria conflito de poderes, e sim, simples adequação do ato perante a ordem jurídica. A revogação, conforme lembra Meirelles (2013, p. 210) é de prerrogativa única da administração. Appio (2005, p. 110), por sua vez, lembra que o controle de atos políticos é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal.

Concernente a questão do controle judicial de políticas públicas, salienta Appio (2005, p. 135), que tal ocorre em caráter preventivo, ao mesmo tempo da implementação e execução de tais políticas, transformando tal atuação, segundo o autor em elemento indispensável para a sedimentação das relações sociais no Brasil.

A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade através das instâncias de democracia participativa. (APPIO, 2005, p. 150).

Nessa seara, encontram-se argumentos favoráveis a uma possível intervenção do judiciário, observando o atual caráter democrático do Estado, onde a sociedade demanda por ações estatais. Na medida em que a sociedade renunciou seu poder de autotutela em benefício a uma entidade superior, ela (a sociedade) espera do Estado ações que supram suas deficiências e necessidades. Nesse sentido, se justificaria ação do judiciário. Nessa linha, Júnior (2005, p. 57) afirma que apesar de a Constituição prever uma gama de direitos sociais, tais direitos foram instituídos como conceitos vagos e sem aplicação direta, justificando-se então uma ação do Judiciário em delimitar o conteúdo de tais comandos, não devendo unicamente, esperar pela vontade do legislador. Meios judiciais próprios também podem ser utilizados, conforme lembrado anteriormente, como o mandado de segurança individual ou coletivo, *habeas data*, mandado de injunção, ação coletiva e ação civil pública.

Outra observação apontada reporta-se ao controle da execução das políticas públicas, e nesta seara, as objeções à atuação do judiciário são de maior relevância. Appio (2005, p. 167) defende a ideia de que a atuação do Judiciário reserva-se somente na fiscalização da execução das ações. Atos de governo

consubstanciarium em ações discricionárias do poder público, não cabendo ao Judiciário ordenar o Executivo a prestar determinado tipo de política. Sobre tal discricionariedade, ensina Maria Zanella di Pietro (2007, p. 76), que a própria administração tem meios de analisar e apreciar medidas adequadas para a realização do ato. Assim sendo, caberia somente à administração “escolher” o momento de instituição de uma política pública, ficando a cargo do Judiciário a fiscalização da execução de tal política.

Entendimento diferente é com relação aos programas sociais com previsão em lei.

Nesta seara, caso a Administração Pública se negue ao cumprimento da lei estará praticando um ato ilegal, com o que se revela possível a revisão judicial da omissão, através de ação civil pública, podendo o juiz determinar o cumprimento específico do programa previsto. Interfere, portanto, na prática de atos administrativos, uma vez que a lei vincula a atividade do administrador. Não se trata de uma decisão política de governo, mas sim de mero controle de um ato administrativo, jungido que está ao princípio da legalidade (CF/88, art. 37, *caput*). (APPIO, 2005, p. 171-172).

Dessa maneira, há um consenso geral entre os estudiosos de que a ação do judiciário deve manter o zelo pelo princípio da separação dos poderes, eximindo-se de condutas que possam afetar a organização do Estado constitucional brasileiro. Contudo, diante do exposto, existem importantes ressalvas que visualizam possibilidades pontuais, onde o Judiciário poderia exprimir juízos concernentes à execução de determinados atos administrativos. Notadamente, o controle de políticas sociais, remete a uma tormentosa relação entre princípios constitucionais, onde se perquire que a solução advém da análise da situação concreta, da mesma maneira que na solução de conflitos de direitos fundamentais. A atuação do Judiciário em avaliar ato administrativo puro, esbarra na aferição de pressupostos de legalidade, já quando o assunto remete-se a uma política pública, pode-se conceituar que o âmbito de avaliação torna-se maior em se tratando de política social.

Por fim, Appio (2005, p. 167) elege ainda outros meios de concretização das políticas públicas alheios à atuação judicial. Para tal autor, a participação da sociedade junto aos órgãos representativos legitima o próprio modelo democrático de uma nação, como os Conselhos de Participação Social. Segundo o mesmo, a

tomada de decisões governamentais através de tais estruturas torna legítimo o Estado democrático de direitos.

4.3 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle de políticas públicas referentes aos direitos sociais.

Feitas as devidas análises, chega-se ao importante passo onde é imperioso desvelar a posição da Suprema Corte brasileira com relação à problemática proposta. O Supremo Tribunal Federal – STF – exerce funções correspondentes à de um tribunal constitucional, ou seja, avalia a consonância da ordem jurídica comparada à Constituição. Nessa linha, tem o poder/dever de fulminar atos que sejam incompetentes com a atual carta constitucional. Segundo Bulos (2008, p. 108), o controle da constitucionalidade é eficaz meio de concretização dos direitos fundamentais, em virtude de existir consenso geral que a função do tribunal constitucional, é de prevenir interferências políticas que afetem a legitimidade democrática do Estado.

Em outras palavras, o TCF¹⁵ se aproxima da sociedade em dois modos diferentes: dirige a sociedade de forma crescente por meio da sua jurisprudência (como no caso do efeito horizontal e da objetivação dos direitos fundamentais) ou a estrutura e transforma, de seu modo, em “sociedade constituída”. Exatamente em razão dessa “relação com a sociedade” é induzido a trazer a sociedade para o debate judicial, com se pode verificar, considerando a prática pluralista de informação e participação, sobretudo nos “grandes processos” (como no caso das ações taxativamente elencadas), mas também nos pequenos. Em geral, ganha para muitos o caráter de “tribunal social (global) de tipo próprio. (HABERLE, 2007, p. 68).

Desta forma, visualiza-se a deixa doutrinária para que os tribunais constitucionais – representados no Brasil pela figura do STF julguem ações que permeiem o tema das políticas públicas dentre outras questões que envolvam justiça social. O artigo 102, *caput*, da CRFB/88 infere que compete precipuamente ao Supremo a guarda da Constituição, julgando originariamente ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, conforme lembra a alínea “a” do citado artigo. Conforme lembram Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 921), o Brasil adotou com a CRFB/88 o controle

¹⁵ Referência do Autor original para Tribunal Constitucional Federal.

difuso de constitucionalidade conjugado com sistemas de controle principal, concreto e abstrato. Dessa forma, todo o juiz tem competência para julgar uma norma inconstitucional. Porém, de acordo com a ressalva do doutrinador, soma-se a esse controle aquele exercido pelo tribunal constitucional, de maneira abstrata, além de que o mesmo resguarda-se a esse mesmo tribunal, última declaração sobre a constitucionalidade ou não do eventual ato atacado.

Feitas as devidas observações, passa-se a análise de alguns acórdãos da Suprema Corte com interligações ao tema. Buscando pelos termos “políticas sociais” nos diretórios de busca de jurisprudências do *síte* do STF, encontram-se alguns julgados que exprimem a posição da Suprema Corte em relação ao tema. A escolha do seguinte julgado¹⁶ deu-se pelo mesmo abranger conceitos importantes que foram tratados durante o presente trabalho, assim sendo, passa-se à sua análise ponto por ponto.

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – [...] – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO.

No acórdão acima, fica evidenciado que o Judiciário define como obrigação do poder público em prover o regular atendimento dos direitos básicos do cidadão como forma de respeito ao Estado Democrático bem como ao próprio texto constitucional. Também assevera que a intervenção do Judiciário, em casos do tipo, torna-se legítima para a preservação do texto constitucional, pois de acordo com o mesmo, a prática de políticas sociais presentes na CRFB/1988 consubstancia-se em respeito à Constituição.

INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – [...] – POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL

¹⁶ (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). Acesso em: 30/09/14.

INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (BRASIL, 2014e).

Já neste ponto, o acórdão também ressalta que não se evidencia desrespeito ao princípio da separação de poderes, uma vez que como se conclui logicamente, o Judiciário simplesmente impõe o cumprimento de um direito constitucionalmente estabelecido. Seguindo o mesmo raciocínio, Appio (2005, p. 192) expõe extenso julgado do ministro Celso de Mello, onde se define que em se tratando de matérias educacionais previstas na Constituição, é dever do próprio Judiciário impor medidas para o cumprimento de tais políticas, sob pena de omissão do Estado.

Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (BRASIL, 2014e).

Neste trecho, por sua vez, ressalta o Tribunal que a concretização de direitos constitucionalmente estabelecidos não se submete às decisões discricionárias da Administração. No exemplo, a implantação de escolas públicas para crianças de até cinco anos torna-se um dever inafastável do Estado, devendo o mesmo promover medidas concretas para a satisfação de tal direito.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a

própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. (BRASIL, 2014e).

Interessante destacar que neste ponto, reafirma-se que o Poder Judiciário é órgão legítimo para determinar a implantação de políticas públicas previstas no texto constitucional, desde que os poderes originariamente competentes não o façam.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. – [...] - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (BRASIL, 2014e)

Neste trecho, o Judiciário faz menção a questão do mínimo existencial, onde o Administrador deve atender direitos básicos para os administrados, como forma de garantir o mínimo de dignidade da pessoa humana. Dessa forma, segundo o Tribunal, o mínimo existencial consubstancia-se em medidas para assegurar à pessoa o básico em segurança, moradia, educação e saúde. Representa, segundo o excerto do Acórdão, meios de garantir a “plena fruição de direitos sociais básicos”.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o

Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. [...]. (BRASIL, 2014e)

Finalizando o julgado, vê-se que o Tribunal define a existência da “proibição do retrocesso”, onde o Estado, ao reconhecer em sede constitucional determinados direitos sociais, não pode frustrar a sua posterior concretização. Ou seja, ao reconhecer no texto direito à educação ou saúde, por exemplo, não pode em momento posterior eximir-se da prestação de medidas efetivas para estender à toda sociedade tais direitos. Dessa forma, segundo o julgado, o Estado não pode reduzir ou suprimir os direitos conquistados. Ao invés disso, deve promover sua efetiva prestação.

Com relação à inaplicação da reserva do possível, e ainda conforme já visualizado, a Constituição de 1988 assegura um “mínimo existencial” ao indivíduo, não podendo o Administrador privar o administrado de condições mínimas de vida. Sobre isso, têm-se outro Acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. [...] 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014d)

Mais uma vez, visualiza-se no acórdão que a atuação do Judiciário resume-se na imposição ao Executivo em concretizar um mandamento constitucional de prestação de políticas públicas. Ainda segundo o acórdão, não é visualizada ingerência de um poder sobre outro, visto que o Judiciário impõe

somente, conforme asseverado, o cumprimento de uma ordem contida na Constituição. O seguinte acórdão também ressalta essa característica.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II – Quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014c)

Mais uma vez, o Ministro deixa claro que em situações excepcionais, é possível que o Judiciário imponha o dever de o Executivo efetivar políticas públicas inseridas como direitos sociais na CRFB/88. Essa atuação vem de encontro com o entendimento de Haberle (2007) citado anteriormente. O papel do Tribunal Constitucional torna-se o de tribunal das decisões políticas e sociais do Estado. Em outro acórdão bastante elucidativo, o STF julga contrário a inscrição de ente federativo em cadastros de restrição ao crédito, bem como o bloqueio judicial de contas atreladas ao ente federativo, objetivando que tais medidas colocariam em risco políticas públicas de prestação continuada.

SIAFI/CADIN/CAUC – INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DE RONDÔNIA E DO FUNDO PENITENCIÁRIO ESTADUAL – FUPEN – IMINÊNCIA DE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA, EM VIRTUDE DA EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO, PELO ESTADO, DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE A REMUNERAÇÃO DE TRABALHO DOS APENADOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL – EXISTÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE “PERICULUM IN MORA” – RISCO À CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO, NO PLANO LOCAL, DE POLÍTICAS PÚBLICAS – LITÍGIO QUE SE SUBMETE À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS E A UNIÃO FEDERAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO – POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DE CONFLITO FEDERATIVO – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA – DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. – [...] – A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, “f”, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina.

Precedentes. BLOQUEIO DE RECURSOS FEDERAIS CUJA EFETIVAÇÃO PODE COMPROMETER A EXECUÇÃO, NO ÂMBITO LOCAL, DE PROGRAMA ESTRUTURADO PARA VIABILIZAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. - O Supremo Tribunal Federal, nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. Precedentes. (BRASIL, 2014b)

A atuação do STF, no presente acórdão, prevê que eventuais restrições orçamentárias a entes federativos significam atentados ao poder de prestação de políticas públicas. Nesse sentido, atuou o Tribunal em resguardar a capacidade orçamentária e a liquidez dos entes para que não seja prejudicada os investimentos sociais prestados pelos estados da federação. Importa lembrar outro acórdão do STF onde explica-se que mesmo se tratando de poder discricionário, cabe ação do Judiciário na oportunidade de implementação de políticas públicas, não caracterizando invasão em atribuições exclusivas da função executiva, conforme se nota.

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2014a)

Em geral, o entendimento da Corte Suprema consubstancia-se na inocorrência de ofensa ao princípio da separação de poderes, quando a ação do Judiciário resume-se em ordenar ao Executivo a prestação de determinadas políticas públicas previstas no texto constitucional. Tal atuação é decorrência lógica do modelo político social atual, onde é função do Estado a concretização de políticas e medidas que efetivem os direitos à sociedade que deles necessita.

CONCLUSÃO

O Estado, entendido como instituição superior, não se organiza de maneira estanque. Avesso a essa afirmação, consegue-se supor que tal instituição representa o espectro de cada segmento histórico no qual ele se situa. Por conseguinte, vivendo num tempo de reflexão sobre o real sentido da democracia, superam-se conceitos ultrapassados e modelos de organização estritamente liberais e que apregoam a intervenção mínima do Estado na economia e sociedade. Não parecem oportuno outros aprofundamentos sobre o mérito de tais teses, porém importa ressaltar que a questão da liberdade entendida pelos teóricos das primeiras Cartas Magnas, quedou superada, haja vista a grande demanda social. Liberdade, entendida hodiernamente, significa igualdade material e igualdade de oportunidades das pessoas manterem-se numa economia agressiva e delineada pelo individualismo exacerbado.

Entendido assim, o Estado Democrático de Direitos, representa significativa evolução do conceito e do modo como que se sistematiza a organização do aparato estatal, incluindo-se aí a forma com a qual se desenvolvem ações efetivas na busca pelo suprimento das contingências sociais, bem como questões relacionadas às relações entre as funções do Estado, sugerindo que, conforme explanado, necessitaram-se de alternativas concernentes à separação absoluta de poderes, para um modelo flexível, onde cada função poderia adentrar na esfera de competências do outro, objetivando o suprimento de crescentes necessidades demandadas pelos administrados.

Desta forma, o conceito de políticas públicas previstas nas constituições sociais prevê a intervenção do Estado na ordem social, objetivando “corrigir” determinadas questões sociais, propondo para isso, uma série de ações e obrigações. As chamadas “Constituições Sociais” surgidas no pós-guerra plasmaram em seus textos direitos destinados à sociedade como educação, saúde e segurança. Mais que direitos, representam deveres do Estado para com seus submissos. Caminhando pelo viés social, essa intervenção tornou-se uma obrigação de fazer.

Contudo, tal intervenção não é automática e opera-se somente de acordo com os planos traçados pela administração central, na figura do chefe do Executivo. Alargando ainda mais as hipóteses, tem-se que essa “intervenção social” depende

de questões puramente ideológicas – e que em certo ponto – comprometem a efetividade de tais políticas e da concretização das demandas sociais.

Assim sendo, uma política social torna-se o meio pelo qual o Estado confere à população aqueles direitos sociais previstos no texto constitucional. Como visualizado, quando a CRFB de 88 diz que a educação é direito de todos e dever do Estado, por exemplo, assevera-se que o Estado compromete-se em prover tal necessidade. É através de uma política pública educacional que tais demandas serão supridas.

Inevitavelmente, em virtude da ingerência do Estado, ou da sua inércia no âmbito das políticas sociais, surgem posições que convergem à intervenção do Poder Judiciário em questões atreladas à implementação, execução ou controle e atos que instituem políticas públicas. Como corolário dessa possibilidade de intervenção, questionamentos surgem com relação principalmente, a possíveis ofensas à separação de poderes, princípio basilar do Estado de Direitos.

Contudo, o que se pode perceber com o estudo realizado, levando em consideração ainda o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é que o Poder Judiciário possui legitimidade para atuar quando os demais poderes quedam inertes com relação a concretização de políticas públicas inseridas no texto constitucional. Entendida dessa forma, não há ingerência do Poder Judiciário perante os demais, haja vista que o próprio Estado provedor, na figura da Administração Pública, se submeteu a tais deveres na oportunidade da promulgação da CRFB/88. Em outras palavras, os direitos sociais previstos no texto da Constituição, devem, necessariamente, serem colocados em prática através de medidas concretas da Administração central. O Poder Judiciário, tem por si, o condão de concretizar a implementação de tais políticas, se visualizada a inércia da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, Aloísio Gonzaga de Andrade. **O Direito e o Estado como estruturas e sistemas**: Um contributo à teoria geral do Direito e do Estado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/Movimento Editorial, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 35ª ed. São Paulo: Globo, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2010.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. (RE 559646 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe-120 DIVULG 22-06-2011 PUBLIC 24-06-2011 EMENT VOL-02550-01 PP-00144). Disponível na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000175833&base=baseAcordaos>. (2014a). Acesso dia: 30/09/14.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. (ACO 2057 MC-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 12-03-2013 PUBLIC 13-03-2013). Disponível na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000201851&base=baseAcordaos>. (2014b). Acesso dia: 30/09/14.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. (RE 768825 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014). Disponível na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000242942&base=baseAcordaos>. (2014c). Acesso dia: 30/09/14.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013). Disponível na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000201133&base=baseAcordaos>. (2014d). Acesso dia: 30/09/14.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). Disponível na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>. (2014e). Acesso dia: 30/09/14.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** (AI 598212 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000232313&base=baseAcordaos>. (2014f). Acesso dia: 10/09/14.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BUENO, Roberto. **Teoria da sociedade aberta democrática:** filosofia, política e direito na sociedade bem organizada. São Paulo: Mackenzie, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido:** Uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa/Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira.** 3. ed. atual. e rees. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CHILDE, Vere Gordon. **A evolução cultural do Homem.** Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar. 1975.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEMO, Pedro. **Política social, educação e cidadania**. 8. ed. São Paulo: Papyrus, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. 4ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DURIGUETTO, Maria Lúcia. **Sociedade civil e democracia: um debate necessário**. São Paulo: Cortez, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERNÁNDEZ, Antoni. **Las Políticas Públicas**. In: Manual de Ciencia Política, Miguel Caminal Badia (editor). Madrid: Tecnos, 2006.

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

FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Galeno de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I, Parte General. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996.

HABERLE, Peter. **Jurisdição Constitucional como força política.** In: Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. André Ramos Tavares (coord.). São Paulo: Fórum, 2007.

HABERMAS, Jürgen, **Direito e liberdade: entre a facticidade e validade.** Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBSAWM, E. J.; PENCHEL, Marcos. **A era das revoluções: Europa 1789 - 1848.** 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001
JÚNIOR, José Cretella. **Controle Jurisdicional do ato administrativo.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Naiane André. **Direito fundamental à segurança pública: o dever do Estado face ao princípio da reserva do possível.** 2012. 52 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Santa Catarina.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática.** São Paulo: Cortez, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito.** Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PALU, Luiz Oswaldo. **Controle de Constitucionalidade**: Conceitos, sistemas e efeitos. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PELAYO, Manuel Garcia. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000

SALDANHA, Clezio. **Introdução à gestão pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Clezio Saldanha dos. **Introdução à gestão pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; Moraes, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o futuro da democracia**. Trad. Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004.

VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia em Rousseau: A recusa dos pressupostos Liberais.** Porto Alegre: EdiPucrs, 1992.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na República Participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de saúde.** Florianópolis: UFSC, 2013.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito.** Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** Trad. Karin Praefke-Aires Godinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.