

CHRISTIANO DIAS LOPES NETO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A  
LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO INTERFERIR  
NAS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS PARA GARANTIR  
A CONCRETIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

VITÓRIA  
2014

CHRISTIANO DIAS LOPES NETO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A  
LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO INTERFERIR  
NAS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS PARA GARANTIR  
A CONCRETIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Professor Orientador: Dr. Samuel Meira Brasil Júnior

VITÓRIA  
2014

CHRISTIANO DIAS LOPES NETO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A LEGITIMIDADE DO  
PODER JUDICIÁRIO INTERFERIR NAS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS  
PARA GARANTIR A CONCRETIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

BANCA QUALIFICADORA

---

Professor Dr. Samuel Meira Brasil Júnior  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Professora Dra. Anderson Sant'Anna Pedra  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Professora Dra. Carolina Bonadiman Esteves  
Faculdade de Direito de Vitória



Ao Ex-Governador Christiano Dias Lopes Filho, meu saudoso pai, homem público cuja genialidade na formulação e implementação de políticas públicas permitiu que, no seu período de governo, fossem fincados os pilares e assentadas as vigas que suportaram o desenvolvimento industrial e econômico do Estado do Espírito Santo, desde então até os dias de hoje.

À Valéria, Christiano e Mariana, minha eterna gratidão pela galhardia com que suportaram as ausências e as variações de humor.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas graças a Deus, não sou o que era antes”. (Marthin Luther King)

## RESUMO

O presente trabalho trata do controle jurisdicional de políticas públicas. Trata-se de tema complexo, já que as análises dos casos concretos pelo Judiciário não podem se ater apenas ao campo da justificação jurídica, tendo de observar, principalmente, todo o contexto fático em que se inserem os casos e as políticas. Saber se o Judiciário tem legitimidade para o controle, e como esse controle deve ser realizado são as principais controvérsias sobre o tema, e uma resposta preliminar é formulada: o Judiciário tem legitimidade limitada para controlar políticas públicas. Para confirmar essa resposta, oito capítulos são desenvolvidos. No primeiro, demonstra-se que esse controle não viola a separação dos poderes. No segundo, destaca-se o papel da Administração Pública nesse cenário e apresenta-se o conceito de política pública adotado. Em seguida, é delineado o ciclo das políticas públicas, tratando-se no capítulo terceiro sobre as questões de planejamento e no quarto sobre as de execução dessas políticas. No quinto, são consolidadas as conclusões anteriores para indicar que o conhecimento dos ciclos das políticas públicas orienta como deve ocorrer o controle jurisdicional delas. Assim, as limitações são apresentadas, e o sexto capítulo trata dos limites para enfrentar questões sobre o planejamento, e o sétimo com os limites para questões sobre a execução de políticas. Por fim, o oitavo aponta como o Judiciário não tem se pautado em limitações quando realiza o controle. Do que se conclui: ao Judiciário incumbe avaliar como o dever estatal de concretizar direitos fundamentais deve ser cumprido, e não apenas que ele o deve ser. Para as análises são utilizados o método hipotético-dedutivo e a metodologia a dialética aristotélica.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Jurisdição constitucional; Controle de políticas públicas; Legitimidade; Limitações.

## ABSTRACT

This work deals with public policies judicial review. It is a complex issue, once the case-by-case analyses by the Judiciary cannot rest only just over legal arguments, observing, mainly, the entire factual context that covers such cases and policies. Two of the most controversial questions on this kind of judicial review are whether the Judiciary has legitimacy for it and how it must occur; and a preliminary answer for both is that the Judiciary branch has a limited legitimacy for reviewing public policies. Eight chapters try to confirm this answer. The first shows that the judicial reviewing process does not violate the separation of powers. The second presents the current role played by Public Administration in such scenario, and brings the concept of public policy adopted in this work. Then, third and fourth chapters outline the public policies cycle, one for the planning (third) and other for the execution (fourth) of such policies. The fifth reinforces the previous conclusions indicating that comprehending the cycle guides on how to control public policies. Thus, sixth and seventh chapters bring the restrictions for the public policies judicial review considering the issues on planning (sixth) and on executing (seventh) public policies. Finally, the eighth points out that the Judiciary is non-guiding itself by those restrictions when it reviews public policies. The conclusion, and final answer is that the Judiciary must evaluate how the State must accomplishes its duty of giving effectiveness to constitutional rights, and not only how it must be. For such analyses are employed the hypothetical-deductive method and the dialectical Aristotelian methodology.

**Keywords:** Constitutional rights; Judicial Review; Public policies judicial Review; Legitimacy; Restrictions.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 O MODELO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	13
1.1 O MODELO BRASILEIRO DE SEPARAÇÃO DE PODERES .....	14
1.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL E AS RELAÇÕES ENTRE O JUDICIÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	22
1.3 O NOVO PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EFICIÊNCIA E BOA ADMINISTRAÇÃO .....	26
2 O CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....	35
2.1 FASE INTERNA: PLANEJAMENTO .....	35
2.2 FASE EXTERNA: EXECUÇÃO .....	45
3 AS LIMITAÇÕES AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	54
3.1 DISTINGUINDO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	56
3.2 LIMITAÇÕES DO CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE O CICLO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA.....	59
3.2.1 RACIONALIDADE E PONDERAÇÃO .....	63
3.2.2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	67
3.2.3 MÍNIMO EXISTENCIAL.....	72
3.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DOIS CASOS .....	78
CONCLUSÕES .....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	98

## INTRODUÇÃO

Uma das mais difíceis questões, por envolver uma complexidade que extrapola o campo jurídico, é a da implementação das prestações positivas pelo Estado, por meio das políticas públicas. A complexidade que caracteriza essa questão tem a ver com a necessidade de que as análises realizadas pelo Judiciário não se atenham apenas às justificações jurídicas, mas que, principalmente, tenham por fundamento todo o contexto fático e técnico no qual se inserem.

As controvérsias que grassam sobre o tema são basicamente duas. A primeira diz respeito a saber se o Judiciário tem legitimidade para realizar o controle das políticas públicas – questão enfrentada no primeiro capítulo e retomada no terceiro. A segunda diz respeito a saber como, possuindo legitimidade para o controle, o Judiciário deve realizá-lo – questão enfrentada nos capítulos dois e três. O fio condutor desse trabalho, adiantando uma de suas principais conclusões, é o de que *o Judiciário possui uma legitimidade limitada para realizar o controle de políticas públicas*.

Esta Dissertação pretende se inserir no conjunto de estudos que recentemente têm abordado o tema da judicialização da política a partir de razões que não só as jurídicas, mas também de outras que necessariamente despontam quando se conhece o ciclo pelo qual passam as políticas públicas e se compara isso com as decisões que têm sido proferidas pelo Judiciário. Para o conhecedor do tema do controle jurisdicional das políticas públicas, essa proposta ficará bem clara já no capítulo inicial; enquanto que para o estudioso iniciante ou o curioso, os dois primeiros capítulos têm a função de situá-lo no campo em discussão, ao passo que o terceiro lhe dá a noção exata da proposta feita aqui.

O trabalho inicia com o debate sobre a legitimidade de o Judiciário realizar o controle de políticas públicas. Nesse sentido, é inevitável transitar, mesmo sem muita profundidade pela teoria da separação dos poderes efetivamente adotada no Brasil, a partir da Constituição de 1988. Essa é a razão de ser do *primeiro capítulo*, o qual, todavia, não se cinge à análise meramente literal do

texto constitucional nem na repetição de lições, reconhecendo que, apesar da importância histórica e política da formulação feita por Montesquieu, o modelo brasileiro é reconhecidamente fruto de uma mistura na qual o modelo francês é apenas um espasmo, sendo muito mais fortes as influências dos modelos anglo-saxão, bastante desenvolvido com os autores denominados de Federalistas, e austro-alemão, especialmente a partir dos ensinamentos de Hans Kelsen.

Aproveitando as conclusões alcançadas com essa análise inicial, o primeiro capítulo destaca o papel que a nova Administração Pública desempenha nesse cenário, pautada especialmente pelo princípio da eficiência, melhor observado a partir do princípio da boa administração, demonstrando como a reforma empreendida a partir da década de 1990, no Brasil, teve uma fundamental importância para o desenvolvimento do tema. Nesse passo, conclui-se este capítulo com o conceito de política pública que será adotado no curso de todo o trabalho, consignando principalmente que o papel desse tipo de política não é resolver qualquer problema público, mas os considerados como coletivamente relevantes. Uma política pública é, fundamentalmente, uma decisão ou uma escolha, à qual se chega a partir de um conjunto de atos, conhecido como ciclo.

A compreensão de como esse ciclo se desenvolve é essencial às ponderações feitas nesta Dissertação, a fim de que se possa demonstrar quais os limites a que se submete o controle jurisdicional de políticas públicas. A apresentação desse ciclo é feita no segundo capítulo. Inicialmente é abordado o subciclo do planejamento, o qual compreende três fases: a identificação do problema coletivamente relevante, a formação da agenda e a formulação de alternativas. Como se pode verificar da leitura do referido capítulo, a partir da elaboração de um planejamento têm-se os elementos para a formulação dentro do orçamento público de um capítulo (ou rubrica) destinado a uma determinada política. Assim, a apresentação dessas três primeiras fases tem como objetivo trazer uma visão ampla de como a Administração Pública escolhe alocar recursos relativos às políticas.

Em seguida, é abordado o subciclo da execução, o qual compreende quatro fases: a tomada de decisão, a implementação, a avaliação e a extinção. Essas quatro fases permitem entender como, em tese, o Poder Público põe em prática o seu planejamento, isto é, como emprega os recursos públicos e como decide que políticas devem permanecer, mudar ou ser extintas. Conhecer cada uma das etapas do ciclo de uma política pública, dos fatores nelas implicados e da razão de ser de cada uma delas é imprescindível ao administrador público e a quem realize o controle de uma política.

Com base em todo esse desenvolvimento feito nos dois capítulos anteriores, o terceiro capítulo trata sobre as limitações ao controle jurisdicional de políticas públicas. Retomam-se as conclusões alcançadas anteriormente para repisar algo que já é de entendimento majoritário, senão pacífico, na atualidade: o Poder Judiciário detém legitimidade constitucional, e, portanto, político-democrática, para realizar o controle de políticas públicas. No entanto, essa legitimidade não fala por si só, é necessário trazer a lume a maneira como esse controle pode ser feito, ou seja, a quais limitações ele se submete.

As limitações se fazem necessárias porque uma intervenção por mais pontual que seja, ou por mais sutil que possa parecer, pode ter resultados perniciosos para o ciclo de uma ou mesmo de várias políticas públicas. Essas limitações são apresentadas exatamente no terceiro capítulo, dividindo-se naquelas que se referem ao planejamento de políticas públicas e naquelas que têm a ver com sua execução.

Diante de toda a exposição, o terceiro capítulo é finalizado com a análise de três casos recentes, os quais permitem uma conclusão indutiva, qual seja: a de que, ainda que o Judiciário possua a legitimidade político-democrática para controlar políticas públicas, sua atuação não tem se pautado nas limitações desenhadas neste trabalho, ou seja, falta-lhe a técnica adequada para fazê-lo.

É aí que se tece a *consideração final* deste trabalho: a de que *cabe ao Poder Judiciário, ao realizar o controle de uma política pública, mais que apresentar argumentos jurídicos, analisar as condições fáticas para que possa decidir,*

*com base na justiça social (e não na justiça do caso concreto) se um determinado pedido que lhe é feito pode ser atendido ou não, ou seja, incumbe-lhe avaliar como o dever estatal de concretizar direitos fundamentais deve ser cumprido, e não apenas que ele deve sê-lo.*

Para se chegar à conclusão acima apresentada, foram escolhidos um método e uma metodologia que permitissem formular uma resposta baseada em razões sólidas. O método escolhido é o hipotético-dedutivo, que permite procurar uma solução para um problema pré-formulado, construindo-se uma resposta que se afigura como possível e que será testada por um procedimento, a metodologia. Optou-se, no agir metodológico, pela dialética aristotélica, consistente no uso de argumentos discursivos para persuadir e convencer sobre a justificativa da hipótese de resposta desenvolvida para o problema previamente apresentado.

## **1 O MODELO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

É muito comum encontrar livros e artigos jurídicos em que se atribui a Montesquieu a formulação do modelo de separação de poderes adotado pela Constituição brasileira de 1988. No entanto, a assertiva é equivocada. Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 589) denomina isso de “o mito de Montesquieu”, ou seja, a compreensão da teoria da separação dos poderes tem sido “... uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma”.

Montesquieu criou, no século XVIII, um modelo francês a partir da observação do sistema parlamentar inglês (MONTESQUIEU, 1777a, 1777b). Mesmo antes dele, como aponta Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 35-36), John Locke (1764) já havia proposto uma doutrina da separação e equilíbrio de poderes, baseada também na análise do caso inglês. Independentemente de quem seja reconhecido como o criador da multirreferida teoria, o fato é que se trata de uma teoria que, durante uma época histórica em que se combatia o Estado Absolutista, propôs o necessário controle do poder, para evitar arbitrariedades.

Conforme a formulação de Montesquieu, a lei devia prevalecer sempre sobre a vontade do Poder Executivo. O aplicador da lei seria o Judiciário, considerado um poder neutro, com a única incumbência de fazer incidir a letra fria da lei. O juiz era “um personagem sem brilho”, ou, na conhecida formulação, “boca da lei”, não julga, apenas repete, conforme recorda Maria Tereza Sadek (2011, p. 11). Veja-se, no entanto, que se trata de um modelo liberal francês e que, como recorda Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 36), “... não podemos pretender importar um modelo estrangeiro de separação de poderes sem a correta verificação de sua compatibilidade com as peculiaridades pátrias”. De fato, o que se pode fazer é aplicar os conceitos propostos por esse modelo, mas subordinando-os à realidade brasileira, e não o contrário.

Considerando-se a realidade brasileira, pode-se antecipar que a separação de poderes, que muito provavelmente não teve sua primeira formulação nem com Locke (século XVII) nem com Montesquieu (século XVIII), é, como lembra José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 365), tanto uma forma quanto um meio que limita o exercício do poder, determinando, por um lado, como o poder estatal deve ser organizado e exercido, e assegurando, por outro lado, a esfera de liberdade dos indivíduos.

## 1.1 O MODELO BRASILEIRO DE SEPARAÇÃO DE PODERES

A partir de uma breve recordação da história brasileira, o que se tem é que se o modelo de Montesquieu foi aplicado no Brasil, o foi por pouquíssimo tempo, e, mesmo assim, sem a predominância requerida do Poder Legislativo. Isso porque até 1889 prevalecia o que o monarca determinava – fosse o rei de Portugal, fosse o imperador do Brasil. Com a República, passou a prevalecer o que as oligarquias determinavam por meio do presidente eleito – tanto durante os governos militares quanto nos governos civis, nos quais foi implantada a política dos governadores. Findada a República Velha, houve a formação de um Governo Provisório em 1934, preparativo de uma Ditadura que duraria até 1945 – a Era Vargas. Até aí não houve aquela prevalência, preconizada por Montesquieu, do Poder Legislativo. Essa predominância pode ter aparecido pela primeira vez entre 1946 e 1964, quando o Brasil experimentou uma inédita democracia. Porém, um novo governo militar ditatorial, entre 1964 e 1985, faria voltar a supremacia do Poder Executivo, diminuída na transição, entre 1985 e 1988, para a nova experiência democrática, a qual dura até hoje.

Nessa nova experiência democrática, no entanto, a predominância do Poder Legislativo foi tão somente inicial, haja vista que durante a década de 1990, além da reformulação da Administração Pública, houve, também, a ascensão do Poder Judiciário.

Portanto, há um equívoco sério ao se atribuir ao modelo brasileiro de separação de poderes a influência, de maneira principal, da teoria de Montesquieu. A justificativa para afirmar esse erro, conforme recorda Vitor Burgo (2011, p. 77), se deve ao fato de que a característica essencial ao modelo francês preconizava que um Judiciário neutro ou nulo era necessário para a defesa e a garantia da liberdade individual e, por conseguinte, para caracterizar o Estado de Direito burguês, baseado na supremacia da lei.

Basta lembrar que, no Brasil, a supremacia esteve, desde a Independência, na maior parte do tempo concentrada no Poder Executivo. Ademais, como observa José Emílio Medauar Ommati (2013, p. 52-53), sob a teoria da separação dos poderes na França procurou-se tornar, não apenas o Legislativo, como também a Administração imune ao controle do Judiciário, criando-se, inclusive uma “jurisdição especializada” para a Administração Pública, o que não se verificou em momento algum da história brasileira.

As conclusões alçadas por Vitor Burgo e José Emílio Medauar Ommati ajudam a atestar que o modelo francês pouco influenciou o modelo brasileiro. Ademais, há quem afirme, segundo Charles Pessanha (2003, p. 143), que a famosa teoria da separação dos poderes não se encontra em Montesquieu, de forma que haveria na teoria do barão francês uma ligação entre os poderes, uma vez que basta recordar que para o barão o Judiciário era um poder nulo e que havia a necessidade de uma preponderância do Legislativo, de forma que o Executivo executasse as leis e o Judiciário as aplicasse, sem inovações.

Por outro giro, o Brasil parece adotar, isso sim, o modelo seguido por países baseados em sistema presidencialista, como, teoricamente, é o caso desde 1889.

No presidencialismo, o Poder Judiciário, conforme percebeu outro francês, na primeira metade do século XIX, Aléxis de Tocqueville (2010), em visita aos Estados Unidos da América, é considerado parte do poder de Estado, não apenas proferindo decisões sobre conflitos intersubjetivos, mas também atuando enquanto força contramajoritária e como guardião da Constituição.

Esse é o modelo estadunidense, inerente ao presidencialismo, porquanto todos os países baseados neste sistema importaram, de alguma forma, "... o Judiciário como poder de Estado e a possibilidade de sua participação como instituição e de seus integrantes na arena pública" (SADEK, 2011, p. 12).

Esse modelo, encontra nos ensaios publicados no final do século XVIII, por três dos fundadores dos Estados Unidos da América, sob o codinome Publius (HAMILTON, MADISON e JAY, 2001a), talvez a melhor explicação de como ele se caracteriza. No ensaio 47, atribuído a James Madison (2001b, p. 249), os departamentos legislativos, executivo e judiciário devem ser separados e distintos, e a razão para que isso seja assim vem logo em seguida, a saber: trata-se de uma precaução essencial em favor da liberdade. Quando da defesa dessa separação, o autor afirmava que ela deveria ser feita de tal maneira que o peso desproporcional de um dos departamentos faria o sistema sucumbir, de forma a esmagar as outras funções do poder. De igual modo, a acumulação de poderes ou a sua mistura tenderia a tolher a liberdade e criar a tirania.

Continuando a tratar sobre o tema no ensaio 48, James Madison (2001c, p. 256) afirma que os três departamentos devem ser separados e distintos, mas não desconectados, devendo-se dar-lhes a possibilidade, constitucionalmente legítima, de controlar uns aos outros. Note-se que esse controle não é feito de forma permanente, mas, sim, aparece apenas quando um dos poderes tenta se sobrepor ilegitimamente aos demais. Ademais, é imperioso observar que a ideia contida no 48º ensaio de O Federalista é aquela que atualmente se conhece como mecanismos de controle e verificação, ou freios e contrapesos entre os poderes.

É uma constante, na exposição de James Madison, de que não existe primazia de um dos poderes, como se verifica na teorização de Montesquieu. Dessa forma, não há como o modelo francês de Montesquieu ter inspirado a separação de funções no Brasil. No máximo o que ocorreu foi uma influência a partir da necessária descentralização do poder. Nada mais que isso, já que a repartição binária preconizada pelo barão entre dois "poderes", o Executivo e o

Legislativo – sendo o Judiciário apenas um braço do último –, que no modelo francês seria a prevalente, nunca o foi no Brasil (SADEK, 2011, p. 15).

Antes de Montesquieu, quem já falava em repartição, no século XVII, era John Locke, para o qual os “poderes” seriam o Legislativo, o Executivo e o Federativo, embora estes dois últimos fossem estreitamente ligados entre si, de acordo com as conclusões de autores como Julio Pinheiro Faro (2011a, p. 103-104), Arícia Fernandes Correia (2007, p. 576, nota 3) e Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 35-36), por exemplo. É esse modelo formulado por John Locke que parece ter influenciado o estadunidense, especialmente a partir da famosa decisão de John Marshall no caso “Marbury contra Madison” em 1803, em que o Judiciário assumiu o papel de guardião da Constituição.

Maria Tereza Sadek (2011, p. 13) esclarece que, especialmente após a Guerra de Secessão (1861-1863), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na arena pública, passou de uma simples possibilidade para uma concreta realidade: a história estadunidense revela, inquestionavelmente, que o Tribunal “...tem desempenhado um papel proeminente em eventos marcantes daquele país. O protagonismo judicial é um dado significativo na história daquele país” (e tem perfilado o mesmo caminho, na história brasileira, como se demonstrará mais adiante nesta Dissertação).

Observam José Emílio Medauar Ommati e Julio Pinheiro Faro (2012, p. 179), em complemento, que no sistema anglo-americano o magistrado tinha uma atuação ativa desde a ascensão do Estado Liberal, enquanto que no sistema francês o que se preferiu foi transferir a supremacia de mãos – do Executivo para o Legislativo. Segundo os autores, essa é diferença importantíssima estabelecida entre as duas principais tradições do Direito, codificada e consuetudinária, tendo-se firmado, desde cedo, na última, “... que a segurança jurídica não se restringiria à aplicação das leis, já que elas poderiam não ser suficientes em si mesmas, devendo-se buscar a segurança e a previsibilidade em outro lugar, isto é, nos precedentes judiciais”.

Não é de se espantar, assim, que, apesar de os modelos de repartição ou descentralização do poder tenham surgido da pena de Montesquieu e de Locke, o mecanismo de equilíbrio (freios e contrapesos) entre os poderes tenha se desenvolvido na práxis estadunidense, conforme observa Julio Pinheiro Faro (2011a, p. 105). Interessantemente, é esse mecanismo de freios e contrapesos que se encontra registrado nas Constituições brasileiras desde 1891, como indica Charles Pessanha (2003, p. 159-171), tendo sido reconhecido pelo artigo 2º da atual Constituição: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É esse sistema que o Poder Constituinte originário de 1987-1988 escolheu para as relações entre os poderes do Estado brasileiro, não aquele bipartido proposto por Montesquieu ou por Locke. Confirma-se, aí, o acerto da conclusão de Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 36) de que é sempre necessário verificar a compatibilidade entre uma teoria e as particularidades da realidade concreta, isto é, conceitos importados não podem mudar a realidade, mas a realidade pode adequá-los.

Todavia, embora o Brasil adote o presidencialismo e o sistema de freios e contrapesos, sua tradição é de um Direito codificado, em que, normalmente, há uma tendência de supremacia de um dos poderes sobre os demais.

Aqui se deve fazer uma correção terminológica, bem como de rumo. A correção terminológica é apontada por Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 37), quando este coloca que, haja vista o poder estatal ser uno [colocação, aliás, já existente em Hobbes (1909), mas que parece ter sido esquecida com o tempo], a separação se dá entre as funções desse poder, possuindo cada função um grupo próprio de competências que deve exercer da melhor forma a viabilizar a máxima efetivação do texto constitucional. A correção de rumo é indicada por Lilia Ferreira Lobo (2012, p. 28), “... o poder tem um custo e deve ser exercido de forma moderada”, ou seja, cada uma das funções representativas de uma parcela de competência do poder deve atuar em uma espécie de equilíbrio com as demais, para que uma não se sobreponha à outra e para que seus papéis sejam adequadamente desempenhados.

Assim, quando se fala em uma tendência de supremacia de uma das funções do poder estatal sobre as demais, o que se quer dizer é que em certos momentos há uma tendência de que ela sobressaia, seja ao exercer suas competências típicas, seja ao realizar o controle das outras funções. As discussões sobre isso são acaloradas. Dois exemplos podem ser citados, e ambos dizem respeito a uma possível proeminência do Judiciário.

O primeiro. Em 2011, Thamy Pogrebinski publicou um livro em que concluiu não haver ativismo judicial por parte do STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da produção legislativa do Congresso Nacional. Veja-se que a pesquisa da autora foi bem específica: controle concentrado realizado pelo STF sobre produção legislativa e normativa do Congresso Nacional. Pode-se argumentar, no entanto, que há, no Brasil, um ativismo judicial realizado pelo STF, como ocorreu no caso da Reclamação 4.335 [em que se operou uma mutação constitucional sobre o art. 52, X, da Constituição de 1988 – ver a interessante análise de Flávio Quinaud Pedron (2012)] e, especialmente, em questões decididas em controle difuso de constitucionalidade que chegam ao Supremo. Portanto, aí há duas conclusões distintas: há casos de controle abstrato que o STF intervém na atuação da função legislativa, adequando-a; e há casos de controle difuso em que o STF intervém de modo indevido na atuação do Legislativo ou do Executivo.

O segundo exemplo é mais recente. Em 1993, a Lei Complementar 78, votada pelo Congresso Nacional, autorizou o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a definir os quantitativos de parlamentares no Congresso Nacional. Em 2013, o mesmo TSE publicou a Resolução 23.389 recalculando o tamanho das bancadas de 13 Estados para a Câmara dos Deputados, com base no Censo do IBGE 2010, a partir do tamanho da população de cada Estado. Essa decisão do TSE geraria, já para as eleições de 2014, uma queda de representatividade para oito Estados e uma alteração nas bancadas das Assembleias estaduais. O Congresso Nacional reagiu e publicou um Decreto 424/2013, suspendendo os efeitos daquela Resolução do TSE, o qual, em 2014, derrubou o referido Decreto. Sob o argumento de que o TSE teria violado competência constitucional do Congresso Nacional, as duas Casas recorreram ao STF para

anular a decisão daquele Tribunal. Em junho de 2014, o Plenário STF, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade da Resolução do TST e da Lei Complementar 78/1993, em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Note que houve ativismo do TSE e correção de rumo pelo STF, ainda que o próprio Congresso tivesse votado e aprovado uma Lei Complementar que permitisse ao TSE fazer a readequação das bancadas.

Esses dois exemplos atestam uma possível proeminência do Judiciário, mas isso não quer dizer, sob nenhum ponto de vista, que haja sua supremacia. Isso porque não se deve confundir um papel ativo com um papel ativista. Por óbvio que um Judiciário ativo tende a chamar atenção, dada a repercussão concreta de suas decisões. Nesse sentido, é sempre aconselhável ter em mente que há uma diferença entre a judicialização da política, quando "... algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelos órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais...", e o ativismo judicial, quando o Judiciário assume uma maneira proativa de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e o alcance de seu texto, invadindo o âmbito de atuação dos outros poderes (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Portanto, quando há a judicialização da política, o Judiciário adota uma postura ativa, que só será ativista se ele tender a extrapolar sua atividade criativa e de controle/fiscalização sobre os outros Poderes. Mas, mesmo assim, como ficará bem claro no decorrer das exposições feitas nesta Dissertação, ainda que haja uma proeminência do Judiciário no cenário jurídico-político nacional, e ainda que em outros momentos da história constitucional brasileira se tenha verificado uma prevalência de uma das funções sobre as outras, não se pode dizer que, atualmente, haja algum tipo de prevalência de qualquer um dos três poderes.

A respeito disso, assinala Maria Tereza Sadek (2011, p. 12) que durante boa parte da história constitucional do país, especialmente antes de 1988, houve a prevalência do Poder Executivo sobre os demais; o que parece decorrer de uma tendência histórica registrada nos países da América Latina, os quais, apesar de adotarem o sistema presidencialista, caracterizaram-se por

acentuada instabilidade política e hipertrofia do Executivo durante muito tempo, deixando o protagonismo judicial como característica em potencial. Diante disso, pode-se concluir que, no Brasil, o protagonismo judicial, inerente ao modelo institucional presidencialista, adotado em 1889, ficou em estado de latência até lhe ser dada a oportunidade de se manifestar, quase um século depois, com a Constituição de 1988.

Mas não só do modelo anglo-americano se valeu a formulação da teoria da separação de poderes brasileira. Há, também, influência advinda do modelo austríaco, que se fundamentava, em suas raízes, em um sistema parlamentar. Enquanto nos Estados Unidos da América criou-se o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis em casos concretos e de maneira difusa, na Áustria criou-se tal controle em abstrato e de maneira concentrada.

Assim como os Federalistas são importantes para o modelo de separação de poderes formulado nos Estados Unidos da América, Hans Kelsen o é para o modelo austríaco. No entanto, é interessante observar que o autor austríaco considerava que o princípio da separação de poderes tinha sua base na Constituição estadunidense, podendo ser considerado um elemento específico da democracia, especialmente no que tange à organização política (KELSEN, 2006, p. 269).

Todavia, ao contrário dos Federalistas, Kelsen (2006, p. 269) afirmava que, muito embora haja uma divisão em três poderes, há, propriamente, apenas duas funções: criação e aplicação (execução) do direito, as quais têm, entre si, uma relação hierárquica, não de coordenação. Como se pode depreender do tratamento dado por Kelsen no específico capítulo sobre a separação de poderes em seu livro sobre *Teoria geral do direito e do Estado*, o autor está preocupado com a questão do controle judicial da legislação, o que, no Brasil, recebe o nome de controle de constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, ele analisa as funções legislativas (que ele chama também de criativas do direito) tanto do Poder Legislativo quanto dos Poderes Executivo e Judiciário, e, a partir disso, a firma que os poderes não devem ser separados,

mas distribuídos. Isso porque, ao que ele próprio afirma, todos os poderes têm a função criativa, ou seja, de legislar, mas apenas um deles é denominado Legislativo (KELSEN, 2006, p. 272).

Obviamente que, embora todos os poderes possam criar direito, a primazia é conferida ao Legislativo, enquanto que o Executivo e o Judiciário atuam criativamente apenas em determinadas ocasiões. Bem assim, também o Legislativo tem funções de aplicação ou de execução do direito, seja mediante julgamento seja mediante uma atividade administrativa. Isso quer dizer, então, que, de fato, as funções de criar e de aplicar o direito são distribuídas, não separadas. Com isso, e valendo-se dos mecanismos de freios e contrapesos, pode-se explicar a legitimidade constitucional de cada um dos poderes realizar o controle e a verificação da atuação legítima dos outros, inclusive o Poder Judiciário, o que é tema da presente Dissertação.

Por sua vez, Carlos Miguel Herrera (2013, p. 304) sustenta que o controle jurisdicional austríaco desempenharia um papel contramajoritário, evitando a constante e contínua prevalência da maioria parlamentar, bem como um controle da atuação do Poder Executivo, garantindo a expressão da vontade parlamentar, expressa nas leis. Existe aí uma clara preocupação com a descentralização do poder e com o exercício do papel de guardião da Constituição. Há, de fato, uma ligação entre o poder que controla o cumprimento das obrigações constitucionais e a teoria da separação dos poderes. Essa semelhança entre modelos tão distintos e com raízes tão diversas não é mágica; ela decorre de um comum ponto de partida: o liberalismo, o qual se opunha ao absolutismo.

## 1.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL E AS RELAÇÕES ENTRE O JUDICIÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os formuladores dos sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade estadunidense e austríaco eram todos liberais e viam a necessidade de

descentralizar o poder, para melhor controlá-lo e fiscalizá-lo. Isso explica, para os fins da argumentação aqui desenvolvida, que a atuação do Poder Judiciário como um poder de Estado, não nulo, ao contrário do preconizado por Montesquieu, e enquanto guardião da Constituição, é independente do sistema institucional, presidencialista ou parlamentarista, adotado, mas decorrente da necessidade de freios e contrapesos às escolhas e atuações das funções, em prol do interesse público. Aliás, recorda José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 366) que a separação de poderes não contém uma rígida separação orgânica. O que já fora dito por Hans Kelsen, ao afirmar, como já mencionado alhures, que só há duas funções – criar e aplicar o direito.

Essas questões são bastante interessantes e objetivam demonstrar que cada país assimilou de uma forma a teoria da separação das funções, criando a sua própria versão.

E isso não foi diferente no caso brasileiro (ZANETI JR., 2011, p. 34). A teoria brasileira sobre a separação de funções foi, de certa maneira, influenciada pelo modelo de Montesquieu, no ponto atinente ao Judiciário nulo, o que se deu até praticamente 1988, não por conta, contudo, da supremacia do Legislativo, mas em razão da hipertrofia do Executivo. Influência maior tiveram o mecanismo de freios e contrapesos entre as funções descentralizadas, o que foi reconhecido, inclusive, pelo artigo 2º da Constituição de 1988, e os sistemas americano e continental europeu de controle de constitucionalidade das leis, conforme observações de Luís Roberto Barroso (2012) e José Emílio Medauar Ommati (2013, p. 181-210).

Isso significa que, independente do sistema institucional (presidencialista ou parlamentarista), é possível um Poder Judiciário que também participe da arena pública, como instância responsável pela harmonia e equilíbrio entre as funções, isto é, pelo controle e limitação, a partir da legalidade (ou constitucionalidade), da atuação em caráter discricionário das demais funções, (ZANETI JR., 2011, p. 51). Mas sua efetiva participação depende da existência de determinadas condições, as quais, no Brasil, somente foram aparecer, de forma mais consistente, após 1988.

A rigor, essas condições surgiram, timidamente, como aponta Vitor Burgo (2011, p. 78), com a Lei da Ação Popular, em 1965, que permitiu ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, dispensando a aferição da legalidade quando o ato fosse considerado lesivo ao interesse público, e que teve seu objeto de tutela ampliado pela Constituição de 1988; e de forma mais clara, como refere Maria Tereza Sadek (2011, p. 16), em 1985, com a Lei da Ação Civil Pública, cujo objeto de tutela foi ampliado em 1988, pela Constituição federal, abrangendo a proteção e concretização de todos os direitos difusos e coletivos, democratizando, assim, o acesso ao Judiciário e à justiça.

Dito de outra forma, ampliou-se aos cidadãos o acesso ao Judiciário para controlar o cumprimento das obrigações constitucionais pela Administração Pública, notadamente relacionadas com os direitos fundamentais. Essa ampliação consolidou-se em 1988 com a Emenda Constitucional 19, especialmente naquilo que acresceu ao artigo 37 da Constituição de 1988 o princípio da eficiência administrativa e da participação e controle pelo usuário, bem como com a edição da Lei do Processo Administrativo Federal, em 1999. O resultado foi o fortalecimento do Poder Judiciário e das funções essenciais à justiça, especialmente o Ministério Público. Adicione-se a constitucionalização de direitos, e o que se tem é um Judiciário cada vez mais presente, limitando a margem de discricionariedade dos atores políticos ligados ao Executivo e ao Legislativo, consoante a observação de Maria Tereza Sadek (2011, p. 19).

Essa atuação do Poder Judiciário decorre fundamentalmente de um aspecto interessante da teoria da separação dos poderes, que, na verdade, é uma obviedade não vislumbrada por Montesquieu, mas verificada pelos formuladores dos mecanismos dos controles de constitucionalidade: ao legislador é quase que impossível regulamentar todos os casos e possibilidades de comportamentos humanos e de fatos não humanos com repercussões jurídicas. Não se trata, no entanto, de um erro de Montesquieu, já que havia, pelo menos na França entre os séculos XVIII e XIX, a firme ideia de

que ao legislador caberia prever todas as possíveis situações e legislar sobre elas, como tentou, aliás, fazer Napoleão com seu Código Civil de 1804.

Todavia, o Legislativo, por mais profícuo que possa (tentar) ser, não consegue acompanhar, em tempo real, as transformações ocorridas na sociedade, ficando, assim, evidentes as lacunas legislativas, que podem decorrer de falta de técnica, de intenção do legislador de não regulamentar a matéria (o motivo mais comum para isso parecem ser os *lobbies* de grupos de interesse), ou ainda de uma real falta de condição de prever todas as possibilidades de reais situações (SOUZA FILHO, 1997, p. 6). De pronto, deve-se afirmar que este trabalho faz o seguinte corte metodológico: reconhece-se que, normalmente, uma política pública é criada por ou decorre de uma previsão legal, e que o Judiciário, ao realizar o controle sobre ela, poderia estar glosando uma opção legislativa, mas, como o tema escolhido é o controle de políticas públicas, e não o controle de leis, a Dissertação trata apenas das escolhas administrativas, partindo do pressuposto de que elas se baseiam ou deveriam se basear em leis vigentes.

É por isso que se opta, aqui, por não desenvolver sobremaneira a questão das lacunas legislativas. A sua menção decorre de um fenômeno que elas acabam criando, qual seja: o dos conceitos indeterminados, isto é, aqueles que não são definidos pelo Poder Legislativo, e, aqui, o Legislativo só pode se comportar em razão ou de falta de técnica legislativa ou de falta de vontade (intenção) de determinar o conceito. Esse tipo de situação determina uma atuação direta do Poder Executivo.

Assim, tanto a lentidão quanto a generalidade do processo legislativo implicam na hipertrofia do Executivo, o qual passou a editar normas autônomas para regulamentar situações não contempladas pelo legislador, segundo Vitor Burgo (2011, p. 73-74), destacando-se, aí, pela sua atuação discricionária, a qual se baseia na oportunidade e na conveniência.

Uma atuação conforme critérios tão vagos quanto oportunidade e conveniência, diante da ausência de regulamentação legal, pode levar, muitas

vezes, a decisões voltadas para o atendimento de interesses particulares e mesmo decisões arbitrárias; enfim, a decisões equivocadas do ponto de vista do interesse público. Dito de outra maneira, o Executivo, ao realizar o controle da (falta de) atuação do Legislativo, pode fazer escolhas tanto adequadas quanto inadequadas em prol do interesse público.

É por isso que, como Vitor Burgo (2011, p. 74) observa, em certo momento foi necessário conter o impulso colonizador ínsito à Administração Pública, contendo-a a partir da vinculação de seus atos não apenas à lei, mas, principalmente, à Constituição – uma dupla vinculação a qual fez com que a distinção dos atos administrativos entre vinculados e discricionários perdesse força. Essa dupla vinculação decorre da constitucionalização da atividade administrativa, especialmente com a previsão no texto constitucional do princípio da eficiência, acrescido ao artigo 37 da Constituição de 1988 em 1998, no momento final da reforma do Estado e da Administração Pública.

Passou-se a exigir, com mais força e consistência, que o Estado, pela Administração Pública, cumprisse com sua obrigação constitucional de alocar da melhor forma possível os recursos públicos arrecadados e disponíveis, tanto para custear seus serviços quanto para efetivar os direitos fundamentais, de acordo com Julio Pinheiro Faro (2013, p. 259). Tal fato implica em escolhas públicas adequadas, eficazes e eficientes, por isso a necessidade de tratar sobre a nova Administração Pública, relacionando-a, especialmente, com o tema das políticas públicas, para, após, demonstrar, com maior profundidade, que o Poder Judiciário tem legitimidade para controlar políticas públicas em razão dessa dupla vinculação da atuação da Administração Pública.

### 1.3 O NOVO PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EFICIÊNCIA E BOA ADMINISTRAÇÃO

O novo papel da Administração Pública advém da necessidade estabelecida constitucionalmente de efetivar os objetivos do Estado brasileiro (artigo 3º da

Constituição de 1988): construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem quaisquer discriminações. Objetivos que podem ser assim resumidos: realização efetiva dos direitos e das garantias fundamentais, com a finalidade última de promover a transformação social, disponibilizando instrumentos que permitam aos cidadãos realizar o controle de atuação estatal e das escolhas públicas feitas pela Administração Pública, segundo Vitor Burgo (2011, p. 79), e isso não apenas com instrumentos judiciais, mas também administrativos.

Assim, o novo papel do Estado, a partir da Administração Pública, deve ser vislumbrado a partir do princípio da eficiência e sua pertinente e íntima relação com as escolhas de políticas públicas. Fala-se, então, em eficiência da alocação dos recursos públicos, pois, como assinala Vitor Burgo (2011, pp. 80), o seu desperdício viola a consecução dos objetivos constitucionais, uma vez que aí não vale a máxima de Lavoisier, ou seja, recursos mal empregados não se transformam a ponto de cumprir as obrigações constitucionais, nem mesmo encontram substitutos aptos a tal.

Assim, antes de se cuidar de instrumentos remediativos que assegurem a via jurisdicional disponível para o controle das escolhas públicas, é preciso atuar profilaticamente e direcionar a atividade administrativa, para que, sozinha, seja o mais eficiente possível e possa alcançar os objetivos constitucionais sem uma intervenção jurisdicional. A isso, aliás, é que Juarez Freitas (2009, p. 99, 22 e 23) chama de direito fundamental à boa administração pública, isto é, o direito a que a administração seja eficiente e eficaz, cumprindo com as suas obrigações, o que deve fazer com transparência e publicidade, motivação e dialogicidade, imparcialidade e impessoalidade, probidade e eticidade, respeito à moralidade, sempre facilitando a participação social, responsabilizando-se por suas condutas, sejam omissivas sejam comissivas, e atuando de maneira preventiva e precavida, preocupando-se com o melhor custo-benefício em prol do interesse público.

Por isso é que se faz necessário discorrer sobre o princípio da eficiência e entender o processo de formulação de políticas públicas, para que, a partir daí se possam entender com mais clareza as limitações ao controle de políticas públicas pelo Judiciário e a possibilidade, tanto fática quanto jurídica que este Poder tem de remanejar verbas orçamentárias e quais os requisitos que devem ser atendidos para fazê-lo. Dito de outra maneira, a intervenção do Judiciário sobre as escolhas administrativas, deve ser sempre à moda de *ultima ratio*, ou, ainda, de uma maneira bastante mais clara, quando não for observado o direito à boa administração pública.

O argumento de que, na atualidade, o Estado pode ser tratado como uma superfirma ou como uma grande empresa, apesar de ser um argumento liberal, não é nenhum absurdo diante da realidade brasileira. Trata-se de tendência do Estado contemporâneo, inclusive de uma perspectiva global, baseado não mais essencialmente nos modelos patrimonialista ou burocrático, mas no gerencial, o qual caracteriza a nova Administração Pública. Não consiste em esvaziar o caráter político do Estado e sua conseqüente privatização, mas constatar que o Estado, tal como tem atuado e diante das possibilidades constitucionais e legais, pode ser visto, sim, como uma empresa, mas bastante peculiar. Isso porque, apesar de ser uma visão econômica do Estado, não se pode esquecer as diversas restrições e prerrogativas que a Administração Pública sofre e tem em sua atuação, de acordo com Julio Pinheiro Faro (2013, p. 259), que não são experimentadas pelas empresas privadas.

Nesse passo, o entendimento sobre o que representa o princípio da eficiência dentro do cenário da nova Administração Pública é fundamental para se poder entender como são (ou deveriam ser) feitas as escolhas públicas baseadas no interesse público, plasmado na Constituição de 1988 nos objetivos da República (artigo 3º), e para que se possa justificar que, apesar da legitimidade do Poder Judiciário para controlar políticas públicas, a intervenção judicial deve ocorrer apenas em último caso.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2006a, p. 1), o modelo de Estado adotado no pós-Segunda Guerra Mundial entrou em crise nos anos 1980/1990, de

forma que foi necessário reestabelecer papéis tanto ao Estado quanto à Administração Pública. A conclusão da autora baseia-se no esgotamento do modelo de Estado de bem-estar social, aduzindo que entre os anos 1980/1990, quando a crise se revelou, "... não era mais possível manter a equação que relacionava economia, política e direitos nos mesmos termos que no período dos trinta anos do pós-guerra". De acordo com a autora (2006, p. 2-3), ainda que não fosse alterado o rol das funções da Administração Pública (fomento, poder de polícia, gestão e intervenção), o processo de redefinição de seu papel alterou o balanço entre tais funções.

O Brasil sentiu essa necessidade durante a década de 1990, tendo ocorrido em meados daquele decênio a chamada Reforma da Administração Pública, que é apenas uma das pontas da Reforma do Estado brasileiro, que ainda depende da conclusão da Reforma do Judiciário (iniciada em 2004) e da ainda teorizada Reforma Política.

Segundo Leonardo Secchi (2009, p. 364), a "Reforma da administração pública é o conjunto de inovações em políticas públicas de gestão e no desenho de organizações programáticas, e está baseada em um conjunto razoavelmente coerente de justificativas e retóricas". Nesse sentido, as reformas da década de 1990, sem dúvidas, modificaram profundamente a estrutura da Administração Pública brasileira, embora não tenham sido fortes o suficiente para retirar o ranço patrimonialista nem para frear a forte tendência burocrática; implantando mais consistentemente o modelo gerencial, as reformas tiveram como propósito dar à Administração Pública mais eficiência.

Bruno Miragem (2011, p. 26-27) observa que se propunha com a reforma reduzir o tamanho do Estado, redefinindo o seu papel regulador, para recuperar a capacidade financeiro-administrativa de executar as decisões públicas (governança) e aumentar a capacidade política do governo (governabilidade).

Foram propostos, como aponta Leonardo Secchi (2009, p. 349), dois modelos organizacionais e um paradigma relacional para reforma: de um lado, os modelos do denominado gerencialismo, a administração pública gerencial e o

governo empreendedor, com o objetivo de proporcionar uma melhoria na gestão das organizações públicas, dando-lhe mais efetividade e eficiência; de outro lado, o paradigma era a governança pública, a qual é uma abordagem diferenciada de relação ou de conexão entre o sistema de governo e o ambiente que o circunda. Segundo Leonardo Secchi (2009, p. 354), o gerencialismo se baseia em valores como "... produtividade, orientação ao serviço, descentralização, eficiência na prestação de serviços...". Não há dúvida, pois, de que o que atualmente se chama de direito fundamental à boa administração pública tem uma estreita ligação com o gerencialismo e com a visão do Estado como uma grande empresa muito peculiar.

O objetivo proposto com a implementação do gerencialismo era concentrar a ação estatal em obrigações constitucionais que fossem tipicamente voltadas para assegurar o interesse público, mediante a adoção de modelos de gestão já consagrados e eficientes praticados pelo setor privado, caracterizando o que se passou a denominar de princípio da boa administração. Este princípio, que é uma das mais fortes facetas do atual Estado Democrático de Direito, pode ser traduzido, segundo afirma Juarez Freitas (2009, p. 9) "...como o Estado das escolhas administrativas legítimas".

Nesse tipo de Estado, não se admite a discricionariedade desvinculada dos princípios caros à atuação administrativa, como eficiência, transparência, motivação, moralidade, publicidade, impessoalidade, dentre diversos outros, presentes tanto na Constituição de 1988 quanto na legislação administrativa. A noção sobre cada um desses princípios está presente, necessariamente, no que mais nesta Dissertação denomina de limitações do controle jurisdicional de políticas públicas. Quer dizer, a concretização do direito fundamental à boa administração pública deve ser observada inclusive quando há intervenção jurisdicional.

A concretização desse direito está intrinsecamente ligada ao princípio da eficiência, o qual determina, juridicamente, que se introduza na Administração Pública técnicas de gestão e administração de resultados, bem como um dever geral de conduta finalística, sempre voltada para o interesse público, na lição

de Bruno Miragem (2011, p. 42-43). O alcance de um resultado eficiente é o que tem determinado a ampliação da atuação do Judiciário no controle de políticas públicas; observa Maria Paula Dallari Bucci (2006a, p. 12), nesse passo, que, como a ação cotidiana dos agentes públicos tem carecido de parâmetros concretos (metas objetivas definidas a realizar), o Judiciário tem exercido um maior controle sobre a atuação da Administração Pública, a fim de que seja atendido o princípio constitucional da eficiência.

Ainda de acordo com Bruno Miragem (2011, p. 44), uma atuação estatal eficiente não significa obter os menores custos financeiros, mas, sim, atingir os melhores resultados com os meios disponíveis, ou seja, a eficiência da Administração Pública liga-se à melhor ou à mais adequada realização do interesse público. Portanto, uma atuação estatal eficiente é aquela em que o Estado possui as condições administrativas, financeiras e políticas para transformar a realidade, conforme os objetivos e princípios traçados pela Constituição de 1988, a partir de decisões ou escolhas públicas. Em outras palavras, a Administração Pública tem uma margem de discricionariedade dentro de parâmetros legais fixados previamente, conforme aduz Maria Paula Dalla Bucci (2006a, p. 13): "... o administrador está vinculado à escolha da alternativa mais adequada à finalidade legal, dentre as várias alternativas que se apresentam possíveis, à primeira vista".

Diante disso, alguns cenários se colocam a partir da relação entre as escolhas feitas e os resultados alcançados. Entretanto, as únicas possibilidades nas quais se vislumbram uma possível intervenção ou controle jurisdicional são aquelas em que o resultado final não tenha contemplado a finalidade legal (ou interesse público), independente da escolha feita, se mais ou menos adequada, ou se inadequada. Isso porque se o interesse público foi contemplado, ainda que não integralmente, a finalidade legal terá sido alcançada, não cabendo ao Judiciário intervir no mérito da atuação administrativa, mesmo quando a escolha não tiver sido inicialmente a mais adequada, mas tiver ocorrido uma correção de percurso. Aliás, há uma situação em que, ainda que atingida a finalidade legal, talvez o Judiciário pudesse intervir, qual seja: quando a Administração Pública dispense grandes quantidades de recursos públicos,

desnecessariamente, para realizar um interesse que demandaria bem menos recursos. Enfim, quando se verificar – e essa é uma análise que também cabe ao Judiciário – que há alguma disparidade entre o custo e o benefício, prejudicando a eficiência administrativa.

Nesta toada e diante da reforma administrativa de cunho técnico aprovada no Brasil no final da década de 1990, em que foi colocada de lado a efetividade do texto constitucional referente à relação entre a Administração Pública e os cidadãos, bem como a desprivatização do interesse público, a conclusão dos especialistas, como Maria Paula Dallari Bucci (2006a, p. 29-31), é de que, ainda que se possa apontar situações em que há eficiência administrativa, o padrão de organização brasileiro não é dos melhores, e um de seus principais problemas é a ineficiência. Acresça-se a isso um liberalismo-individualista ainda arraigado na sociedade brasileira, em que há uma separação muito grande entre a política e a vida social e uma confusão enorme entre o interesse público e o interesse político (ao que se denomina patrimonialismo), segundo a lição de Maria Paula Dallari Bucci (2006a, p. 31 e 93).

O princípio da boa administração pública e o princípio constitucional da eficiência ligam-se estreitamente ao princípio da proteção da confiança, o qual, ressalta Bruno Miragem (2011, p. 245), “... exigirá do Estado-Administração um comportamento coerente, pautado pela probidade e transparência, constituindo limite à modificação de certas situações jurídicas resultantes de ato administrativo”. Isso quer dizer que, a sociedade e o particular têm o direito de se sentirem seguros em relação ao que esperar do Estado, em especial, naquilo que se refere às obrigações constitucionais deste, como, por exemplo, a concretização de direitos fundamentais mediante o planejamento e a execução de políticas públicas. Logo, ao tomar decisões ou fazer escolhas a Administração Pública deve tomar cuidado para que seus atos administrativos não violem a confiança nela depositada pela sociedade e pelos particulares para a concretização do interesse público.

Entender esse aspecto é de fundamental importância para compreender a razão pela qual é cabível um controle jurisdicional das políticas públicas. Na

verdade, embora se tenha consagrado a expressão como “controle jurisdicional de políticas públicas”, o que se tem é um controle externo da Administração Pública no que tem a ver com a concretização do interesse público, e, por isso, se fala em controle da discricionariedade administrativa, ou seja, daquilo que o Estado-Administração entender ser conveniente e oportuno. Dizer que o Judiciário pode controlar a Administração Pública significa permitir, com base no mecanismo de freios e contrapesos reconhecido no artigo 2º da Constituição de 1988 e no princípio da indisponibilidade do interesse público, que aquele Poder é legítimo para verificar se a conveniência e a oportunidade apontadas pelo Estado-Administração estão acordes com o interesse público, e, assim, se são legais e constitucionais.

Uma das situações em que a Administração Pública se baseia em critérios de conveniência e de oportunidade é aquela vinculada às decisões ou escolhas voltadas para a criação e a realização de políticas públicas. Essas escolhas são a maneira como a Administração Pública direciona os recursos públicos tanto para atender ao princípio constitucional da eficiência e outros que informam sua atuação quanto para dar concreção aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Maria Paula Dallari Bucci (2006b, p. 1) esclarece que as políticas públicas não são um tema pertencente ao Direito, mas à Ciência Política e à Ciência da Administração Pública, de forma que o Direito vai apenas regulamentar alguns de seus elementos, especialmente porque elas se relacionam com a realização de objetivos e direitos constitucionalmente consagrados. Soraya Vargas Cortes e Luciana Leite Lima (2012, p. 35-36) escrevem, aliás, sobre isso que, embora o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico considere as políticas públicas como subárea da Ciência Política, o seu caráter interdisciplinar é inegável, mormente porque “... os objetos de investigação do campo requerem recursos teóricos e metodológicos variados, procedentes de várias tradições disciplinares”.

Nesse sentido, as políticas públicas suportam uma análise e intervenção jurídicas, do que se pode afirmar que elas vão ser regulamentadas, e de certa

forma limitadas, pelas normas jurídicas contidas na legislação e na Constituição. Isso permite definir, segundo Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 14 e 39), política pública como programa de ação governamental consistente em medidas articuladas, formuladas a partir de procedimentos juridicamente regulamentados, para dar movimento à máquina estatal, realizando, a partir dos meios disponíveis, objetivos públicos.

Assim, políticas públicas resultam do funcionamento ordinário do Estado, como observa Cláudio Gonçalves Couto (2006, p. 99) e constituem (ou deveriam se constituir) como um dos instrumentos para a realização da democracia. Partindo desse conceito, pode-se dizer, com Leonardo Secchi (2011, p. 2), que “Uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público”, como, por exemplo, a concretização de direitos fundamentais, ou, mais especificamente, da perspectiva desta Dissertação, para a realização do mínimo existencial. Todavia, uma política pública não existe para resolver qualquer problema público, mas aquele coletivamente relevante, ou seja, quando o estado atual de coisas é considerado inadequado e existe uma expectativa de que a situação melhore, conforme Leonardo Secchi (2011, p. 7) e Patrícia Helena Massa-Arzabe (2006, p. 54)

Cristiane Derani (2006, p. 135), nesse passo, e a partir desse entendimento, especifica que “... política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes”, ou seja, é instrumento de mudança social, que “... surge e se cristaliza por norma jurídica”, compondo-se “... de ações estatais e decisões administrativas competentes”. Por consistirem em decisões ou escolhas públicas, as políticas públicas são desenvolvidas a partir de um conjunto de procedimentos, um processo, conhecido como ciclo, no qual participam diversos atores.

Compreender como esse ciclo se desenvolve é fundamental às ponderações feitas neste trabalho, tanto em relação aos limites à intervenção jurisdicional quanto em relação ao possível remanejamento de verbas.

## 2 O CICLO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Leonardo Secchi (2011, p. 33) ensina que “O ciclo de políticas públicas é um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes”, as quais podem ser resumidas nas seguintes sete ideais. Dentro do grupo do planejamento (ou fase interna): 1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas. E dentro do grupo de execução (ou fase externa): 4) tomada de decisão, 5) implementação, 6) avaliação, 7) extinção. São fases ideais porque raramente se vai encontrar uma dinâmica cíclica tão bem subdividida e clara na prática, geralmente ocorrendo uma mistura das fases e sua alternância.

### 2.1 FASE INTERNA: PLANEJAMENTO

Neste tópico e capítulo serão apresentadas as três primeiras fases internas, que compõem o planejamento de uma política pública. Como será verificado, com a elaboração de um planejamento têm-se os elementos para a formulação dentro do orçamento público de uma rubrica destinada àquela determinada política pública. O objetivo é apresentar um panorama geral de como a Administração Pública escolhe alocar recursos relacionados a políticas públicas.

*Primeira fase: identificar o problema.* A fase de identificação do problema é aquela mais crítica, porque é a partir dela que todas as outras fases se desenvolverão. Ela consiste em identificar o estado atual de coisas em uma determinada sociedade e verificar a possibilidade de se atingir uma situação ideal, como aponta Leonardo Secchi (2011, p. 34). Isso quer dizer que identificar um problema é fazer uma escolha, qual seja: decidir solucionar pelo menos um problema público específico.

Para se ter uma ideia da importância dessa fase, pode-se dizer que o problema público identificado passa a ser um referencial negativo, e a situação almejada um referencial positivo. Ao final do ciclo da política pública, a proximidade do resultado do referencial negativo indica que houve escolhas inadequadas e, por isso, a política pública não surtiu os efeitos esperados; ao contrário, quanto mais próximo estiver o resultado do referencial positivo, tanto mais se pode afirmar que as escolhas foram adequadas e os efeitos surtidos esperados. Isso é de importância fundamental para decidir pela extinção, revisão ou continuidade de uma determinada política pública, bem como para se possibilitar ao Judiciário o respectivo controle.

Embora haja certo consenso em se afirmar que o Poder Judiciário pode controlar políticas públicas, o fato é que nem sempre esse controle será possível. Diz-se, então, que a possibilidade sofre limitações das mais diversas espécies, e que é preciso conhecê-las para se poder enfrentar a questão a legitimidade do controle e da possibilidade fática e jurídica de remanejar verbas para a consecução do mínimo existencial.

A identificação de um problema público não encontra na prática nem na teoria uma fórmula que permita um mínimo de precisão. Para decidir que problema ou tipo de problema enfrentar, é indispensável fazer pesquisas e levantamentos, os quais podem ser de curto, médio ou longo prazos. Quer dizer, pode até ser que determinado problema público esteja palpitando, mas é necessário saber qual a sua extensão, quais os seus efeitos, qual sua duração (intermitente ou contínuo), se é endêmico, se é localizado ou geral, se é resultado de outro problema, se gera outros problemas, dentre outras possibilidades. Dito de outro modo, não há como simplesmente olhar para uma situação, achar que ela pode melhorar, pois não atende aos objetivos constitucionais e construir uma política pública para ela – uma escolha desse tipo é irresponsável, inoportuna e inconveniente, além de ser criminosa e resultar em improbidade. Como ensina Leonardo Secchi (2011, p. 34), “Um problema nem sempre é reflexo da deterioração de uma situação de determinado contexto, mas sim de melhora da situação em outro”, ou seja,

pode ser que a identificação de um problema público seja dificultada em razão de sua relação com outros problemas e com outras situações.

Nesse passo, Leonardo Secchi (2011, p. 35) indica um possível caminho para a identificação do problema público: 1) perceber o problema, já que “... um problema público não existe senão na cabeça das pessoas”, ou seja, “Uma situação pública passa a ser insatisfatória a partir do momento em que afeta a percepção de muitos atores relevantes”; 2) definir ou delimitar o problema, isto é, investigar quais são os seus elementos e resumi-lo à sua essência; 3) avaliar a possibilidade de sua solução, vale dizer, avaliar sua potencial solução, mesmo que ela signifique a mitigação ou a diminuição das consequências negativas do problema.

*Segunda fase: formar a agenda.* A próxima fase é a formação da agenda, ou seja, “Se um problema é identificado por algum ator político, e esse ator tem interesse na resolução de tal problema, este poderá então lutar para que tal problema entre na lista de prioridades de atuação”, e essa lista preferencial é conhecida como agenda, observa Leonardo Secchi (2011, p. 35). Como afirmam Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl (2013, p. 104), “... a montagem da agenda diz respeito ao reconhecimento de que algum assunto é um problema que requer mais atenção por parte do governo”.

Esse reconhecimento não é uma garantia de que haverá uma política pública para abordar ou resolver o problema identificado, observam Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl (2013, p. 104), “... mas apenas que ele foi isoladamente destacado para que o governo o leve em consideração entre a massa de problemas que existem numa sociedade em determinado momento”. Assim, destaca Leonardo Secchi (2011, p. 36) que, em geral, o problema público identificado como prioridade toma a forma de um programa ou ação de governo, embora por questões das mais diversas possíveis (limitação de recursos, falta de vontade política, de interesse popular ou de tempo) possa não permanecer por muito tempo nessa lista, já que a maior dificuldade não é fazer um rol de prioridades, mas identificar dentre elas quais são as mais prioritárias.

Junto da identificação do problema público, a formação da agenda constitui-se como fase igualmente fundamental e prévia à elaboração da política pública. A importância decisória dessa fase é igualmente relevante, ainda que não seja dada a devida atenção ao seu impacto financeiro, pois de pouco vale a ordem jurídica reconhecer direitos, se a verba pública para assegurar sua concretização não encontrar previsão orçamentária, o que diz respeito à formação da agenda, e, depois, não for adequadamente empregada, o que diz respeito às próximas fases do ciclo, como aponta Eduardo Mendonça (2010, p. 9). Fala-se em previsão orçamentária.

Embora as leis orçamentárias não sejam os únicos instrumentos que contêm uma agenda desse tipo, elas são um importante indicativo do que o governo considera como prioritário. No Brasil, são três as espécies de leis orçamentárias, todas elas de iniciativa privativa do Poder Executivo e definidas pela Constituição de 1988 no artigo 165. As três formam o que se denomina genericamente de orçamento público, o qual, na lição de Evandro Martins Guerra (2011, p. 39), é um plano de trabalho governamental que prevê as receitas e fixa as despesas por um período determinado de tempo, evidenciando os meios de que dispõe a Administração Pública para executar as suas atividades.

As três leis orçamentárias são, conforme aponta Evandro Martins Guerra (2011, p. 41), instrumentos do orçamento, o qual é uno, ou seja, elas se integram e se harmonizam finalisticamente. São elas: o plano plurianual, o qual delinea as grandes metas da gestão pública, a partir dele é montada a lei de diretrizes orçamentárias, a qual compreende as metas e as prioridades da Administração Pública e se constitui como instrumento que orienta o terceiro mecanismo, a lei orçamentária anual, que é o orçamento público propriamente dito e que se divide em três orçamentos específicos, o fiscal (contém todas as receitas e as despesas do Estado), o de investimento (prevê receitas e fixa despesas de empresas em que o Estado participe, direta ou indiretamente, com a maioria do capital social) e o de seguridade social (compreende receitas

e despesas para assegurar os direitos relacionados à saúde, previdência social e assistência social).

Evandro Martins Guerra (2011, p. 50-52) aponta, ainda, que o orçamento público possui três funções: política, refletindo os planos de ação governamental, que são elaborados a partir de decisões (escolhas) políticas; econômica, de forma a se apresentar como um instrumento que otimiza o uso de recursos financeiros, posto que funciona como um planejamento de gastos; e jurídica, no que atine ao cumprimento do texto constitucional, especificamente na realização de direitos fundamentais.

A formação da agenda de políticas públicas passa, portanto, pelo complicado e questionável sistema orçamentário praticado no Brasil, cuja essência, segundo Eduardo Mendonça (2010, p. 7 e 9), “... parece decorrer de um conjunto pouco consistente de previsões normativas, constituindo antes uma praxe de constitucionalidade duvidosa”, numa instância decisória que tem sido deixada de lado.

Pode-se afirmar que o orçamento, no Brasil, somente tem importância em, basicamente, dois momentos: o primeiro é no ano eleitoral, quando a situação, candidata à reeleição, tenta demonstrar o saldo positivo de suas ações, enquanto a oposição insiste em evidenciar o saldo negativo delas; o segundo é quando o Poder Judiciário é acionado para controlar políticas públicas e isso invariavelmente mexe com o planejamento feito pelo governo no poder. Fora essas situações, em geral não há um acompanhamento, seja da sociedade (que deveria estar diretamente interessada) seja dos demais atores sociais (mídia, comunidade jurídica, dentre outros), quanto ao desenvolvimento das leis orçamentárias, desde sua proposta ao Congresso Nacional até sua aprovação e sua execução.

Não há, portanto, um controle prévio mais consistente, de forma que o controle jurisdicional é apenas posterior e sobre, muito provavelmente, uma pequena parcela dos casos reais, já que nem todas as demandas sociais chegam ao Judiciário. Verifica-se, portanto, que a elaboração das leis orçamentárias, bem

como o seu acompanhamento desde o início, é fundamental para se compreender como o controle jurisdicional das escolhas orçamentárias deve ocorrer.

*Terceira fase: formular alternativas.* Identificado o problema público e elaborada a lista de prioridades, o planejamento orçamentário se completa com a formulação de alternativas e a tomada de decisões (quarta fase). De maneira bastante teórica e, por isso, ideal, "... a formulação de soluções passa pelo estabelecimento de objetivos e estratégias e o estudo das potenciais consequências de cada alternativa de solução", de acordo com a lição de Leonardo Secchi (2011, p. 36-37). Quer dizer, embora os orçamentos anuais contenham rubricas de receitas e de despesas especificadas, as leis orçamentárias não se resumem apenas a cifras, elas se baseiam em metas, objetivos, diretrizes e prioridades, para que seja possível chegar às dotações específicas.

Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl (2013, p. 123 e 125) ensinam que esta fase consiste na criação de opções para se resolver ou abordar um problema público, a partir da identificação das restrições técnicas e políticas à ação estatal, revelando, então, o que é viável e o que é inviável, permitindo, então, em tese, uma tomada de decisão mais efetiva e adequada. Trabalha-se, neste momento, com a questão do custo-benefício: um objetivo (solucionar um determinado problema público) não pode ter um custo alto se o benefício por ele proporcionado não for relevante, ou seja, não ajudar na solução do problema identificado como prioritário.

Nesse ponto, Leonardo Secchi (2013, p. 37) aponta que quanto mais concreto for o objetivo estabelecido, com mais facilidade se pode verificar a eficácia de uma política pública, haja vista que objetivos muito genéricos tendem a esconder desvios de recursos públicos, dado que qualquer melhora pode ser apontada como resultado positivo da política pública, apesar do gasto elevado. Portanto, estabelecer objetivos, com o perdão da redundância, mais objetivos e concretos, de acordo com Leonardo Secchi (2011, p. 37) "... é importante para

nortear a construção de alternativas e as posteriores fases de tomada de decisão, implementação e avaliação de eficácia das políticas públicas”.

Leonardo Secchi (2011, p. 39) destaca que o trabalho de formular alternativas para resolver o problema público identificado como prioritário pode ser feito baseado em três técnicas: a) realização de projeções, isto é, de “... prognósticos que se baseiam na prospecção de tendências presentes ou historicamente identificadas, a partir de dados apresentados em forma de séries temporais”, baseados em estudos empíricos-indutivos; b) realização de predições, ou seja, um trabalho teórico-dedutivo, que “... parte de axiomas ou pressupostos já consolidados para tentar ‘prever’ resultados, comportamentos, efeitos econômicos”; c) realização de conjecturas, quer dizer, “... juízos de valor criados a partir de aspectos intuitivos ou emocionais...” de quem elabora as políticas públicas. Como a formulação de alternativas permite uma redução de desvios na condução dos programas de ação governamental, bem como contribui para eventuais correções de rota, o emprego dessas técnicas é fundamental para evitar que o ciclo de uma política pública siga um caminho baseado na sorte.

O orçamento público enquanto planejamento é pressuposto de toda e qualquer política pública. Nesse sentido, as políticas públicas são partes do orçamento público, com ele não se confundindo. Cumpre, então, entender como um orçamento é montado, para que se possa discorrer mais adiante sobre a possibilidade de o Poder Judiciário remanejar verbas orçamentárias e quais os requisitos a serem preenchidos para realizar isso.

A elaboração do orçamento público é de iniciativa do Executivo (artigo 165, da Constituição de 1988), pois, conforme aponta Eduardo Mendonça (2010, p. 25-26), trata-se da função estatal que tem o maior domínio sobre as informações e as estimativas técnicas, porque o que aí está envolvido é um imenso esforço para sistematizar dados sobre cada uma das atividades já desempenhadas ou em execução, ou mesmo ainda em fase de planejamento pelo Poder Público, a fim de que nada seja esquecido. Ainda de acordo com Eduardo Mendonça (2010, p. 26), há um esforço de centralização de informações obtidas de cada

uma das instâncias administrativas por relatórios entregues à Secretaria de Orçamento Federal. Isso deflagra, pois, a necessidade de que um orçamento público seja sempre documentado.

Proposto o projeto de lei orçamentária, passa-se à fase deliberativa, a qual se dá no Congresso Nacional. O projeto passa pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, que tem a incumbência de analisar o que foi proposto pelo Executivo, podendo, inclusive, apresentar emendas. Essas possíveis emendas devem observar limitações constitucionais (artigo 167, §3º), quais sejam: compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; indicação de quais os recursos correspondentes, devendo provir da anulação de outras despesas, salvo aquelas reservadas ao pagamento de pessoal e ao pagamento de serviços da dívida pública, e as correspondentes às transferências tributárias entre os entes federados; relacionadas à correção de erros ou de omissões, ou a dispositivos do projeto de lei.

Verifica-se que as limitações são basicamente duas. Em primeiro lugar, não se pode aumentar a despesa global envolvida no projeto de lei. Isso não quer dizer, segundo aponta Eduardo Mendonça (2010, p. 39-40), que as emendas somente podem se referir a dotações já constantes da proposta de lei, e isso por duas razões: a) o Legislativo tem liberdade de apreciar as opções de investimento a serem priorizadas, atendendo tanto ao princípio democrático quanto à maior eficácia do texto constitucional, mormente naquilo que se refere à concretização de direitos fundamentais; b) se o Legislativo pode cancelar dotações, também pode atribuir novas destinações aos respectivos recursos liberados, evitando, pois, a formação de verbas ociosas, devendo alocar os recursos livres.

Em segundo lugar, a alteração proposta tem de guardar pertinência lógica com o texto original do projeto. De acordo com Eduardo Mendonça (2010, p. 36-37), a lógica disso é impedir que o Legislativo intervenha no exercício de competência reservada ao Executivo, mas não quer dizer que o Legislativo esteja impedido de atuar, naquela matéria que for de sua competência,

reservada ou concorrente, devendo observar a despesa global originária. Assim, ainda conforme Eduardo Mendonça (2010, p. 39), “... a exigência de que as emendas guardem relação com o projeto original deve ser interpretada apenas como uma forma de evitar, já no processo legislativo, o surgimento das chamadas *caudas orçamentárias*...”, ou seja, não pode o Legislativo incluir no projeto orçamentário previsões estranhas à sua matéria.

Este mesmo autor (2010, p. 42-49) classifica as emendas quanto ao objeto em três tipos básicos. As emendas de cancelamento anulam, total ou parcialmente, as dotações, sem haver transferência de recursos. As emendas de apropriação propõem a aplicação de verbas canceladas ou contidas na reserva de recursos em novas dotações ou para o reforço das dotações já existentes. Por fim, as emendas de remanejamento propõem novas dotações ou o reforço das que já existam, identificando os recursos necessários. Esse último tipo de emenda se dá a partir da comparação com outras possíveis opções de despesa, avaliando se os recursos podem ser empregados de uma melhor forma e se atendem com mais eficiência as determinações constitucionais.

Antes mesmo da proposição de emendas e da elaboração do parecer pela Comissão Mista, que será encaminhado para votação pelo Plenário do Congresso Nacional, a qual, segundo Eduardo Mendonça (2010, p. 34), “... tem ocorrido sem discussão adicional significativa e por votação simbólica”, o projeto pode ser submetido a audiências públicas e a avaliações da receita. Segundo Eduardo Mendonça (2010, p. 30-31), as audiências públicas têm por objetivo permitir a explicação sobre as dotações orçamentárias e proporcionar que eventuais modificações sejam pleiteadas.

Feita a votação pelo Pleno do Congresso Nacional, a lei orçamentária aprovada é encaminhada à Presidência da República, para sanção ou veto. Eduardo Mendonça (2010, p. 64) indica haver uma baixa incidência de vetos, e isso por um principal motivo: “... a compreensão do orçamento como mera autorização”, isto é, em geral, o Executivo não está obrigado a implementar as mudanças feitas pelo Congresso, de forma que é mais conveniente aprovar o projeto dentro do prazo constitucional e deixar eventuais discordâncias para

negociações entre as funções estatais. Há, no entanto, certa tendência a que isso mude e que o orçamento se torne impositivo, desde que seja promulgada a Proposta de Emenda à Constituição – PEC 358/2013.

Sancionado o projeto de lei orçamentária, tem-se um documento, que é uma lei, o qual contém todas as previsões de despesas para o exercício financeiro e as respectivas dotações orçamentárias, separadas por rubricas. Como é impossível prever absolutamente todas as despesas, para os dispêndios supervenientes são inseridos no orçamento créditos adicionais, os quais podem ser suplementares (reforçam dotações existentes), especiais (para a realização de despesas não previstas inicialmente ou para o atendimento de mudanças de prioridades do Poder Público) ou extraordinários (para despesas urgentes e imprevisíveis à época da deliberação sobre o orçamento).

Verifica-se, portanto, que as leis orçamentárias passam, teoricamente, por dois controles prévios, um do Executivo e outro do Legislativo, podendo esta função, inclusive, fazer remanejamento de verbas orçamentárias ainda na fase de planejamento. Assim, aponta Eduardo Mendonça (2010, p. 286) que a instância revisora da proposta orçamentária é, natural e constitucionalmente, o Legislativo, porque não faria sentido atribuir a função ao Judiciário, que tem por função interpretar e aplicar o Direito, não tomar decisões políticas sobre as melhores aplicações de recursos públicos. Assim, aparentemente, o Judiciário é excluído do controle prévio sobre a proposta orçamentária, ficando-lhe a competência de fazer um controle repressivo, o que lhe tem rendido acesas críticas.

No entanto, a exclusão da participação judiciária no controle prévio da lei do orçamento é apenas aparente. Isso porque há a possibilidade de um terceiro controle anterior à aprovação da lei orçamentária: as audiências públicas. Não há qualquer vedação a que o Judiciário forme uma comissão específica, bem como o mesmo seja feito pelas funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública de Estado e advogados particulares) e pela sociedade civil, para exigir explicações sobre determinadas

opções entre políticas públicas possíveis, dotações orçamentárias, despesas e receitas, para que se proponham, com isso, emendas e remanejamentos.

## 2.2 FASE EXTERNA: EXECUÇÃO

Apresentadas, no tópico anterior, as três primeiras fases, consideradas como integrantes do planejamento de uma política pública, a seção atual completa as sete fases do ciclo, apresentando as quatro restantes, componentes da parte executiva de uma política pública. Também foi feita no tópico precedente uma breve exposição da formação do orçamento público (processo legislativo de aprovação do projeto de lei orçamentária), de forma que aqui se dará atenção à descrição de sua execução, conforme a disciplina constitucional e legal.

*Quarta fase: tomar decisão.* Embora todas as fases, inclusive as três anteriores, se desenvolvam também com tomadas de decisão, nesta quarta etapa, o processo decisório estabelece a passagem do que está no papel para o plano concreto. Ela conclui o plano de intenções do governo, determinando quais as opções debatidas na etapa anterior ou se uma nova opção será adotada como curso oficial de ação estatal, na observação de Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl (2013, p. 157). Trata-se, pois, da última fase do ciclo antes do início da execução da política pública e da primeira fase de sua execução, ou, como explicita Leonardo Secchi (2011, p. 40): “A tomada de decisão representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitados”.

É uma fase crucial, por se caracterizar como uma etapa de interseção entre as intenções e as ações estatais. Nesse sentido, é interessante observar que, em relação às fases anteriores, os atores que participam da tomada de decisões são normalmente em número consideravelmente menor, limitando-se, como escrevem Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl (2013, p. 158), “... quase que invariavelmente àqueles que têm capacidade e autoridade para tomar

decisões públicas vinculativas”. Todavia, isso só é verdade em relação ao Executivo e ao Legislativo, uma vez que o Judiciário apenas participará quando formular a sua proposta orçamentária, enquanto o mais sensato parece ser a participação dos três Poderes em todo o processo de elaboração de intenções de ações, o que, a princípio, pode representar uma demora no planejamento, mas que é, sem dúvida, um ganho de qualidade, o qual resultaria em menos controvérsias propostas ao Judiciário e também em um entendimento maior deste Poder sobre os procedimentos de formulação de políticas públicas.

Existem três principais modelos de entender a dinâmica da tomada de decisão, é dizer, da escolha de alternativas à solução de um problema público. Esses modelos são descritos por Leonardo Secchi (2011, p. 40-43): a) racionalista: a escolha é feita apenas depois que o problema já foi identificado, o problema desse modelo é que o planejamento pode não funcionar, pois feito em uma base teórica; b) fluxos múltiplos: baseia-se na janela de oportunidade, quer dizer, com base em soluções pré-prontas buscam-se problemas dentro de um contexto politicamente favorável, o que pode proporcionar um desvio de prioridades e de recursos; c) incrementalista: o problema e as soluções são uns ajustados aos outros, modelo que parece o mais sensato, permitindo que haja comparações e ajustes de interesses conforme as necessidades forem surgindo durante a execução de uma política pública.

*Quinta fase: Implementar a política pública.* Tomadas as decisões sobre como solver os problemas públicos identificados como prioritários, deve-se converter o plano de intenções em ações, na lição de Leonardo Secchi (2011, p. 44). A duração dessa etapa varia muito, dependendo de qual o objetivo pretendido, principalmente. É aqui, conclui Leonardo Secchi (2011, p. 45-46), que os obstáculos e as falhas aparecem com bastante ênfase e também é o momento no qual se pode detectar soluções inadequadas anteriores, objetivos mal traçados, desvios de rota, entre outras questões; tudo isso põe à prova a competência do administrador público de gerenciar e adequar escolhas públicas.

Há, basicamente, dois modelos de implementação de políticas públicas, que se distinguem conforme a centralização da tomada de decisão: o modelo mais centralizado, “... caracterizado pela separação clara entre o momento de tomada de decisão e o de implementação, em fases consecutivas” – denomina-se modelo “bottom-down” (de cima para baixo), o qual “... é o mais indicado para verificar as causas de falhas na dinâmica de implementação (culpa da administração)”;

Já o modelo menos centralizado, “... caracterizado pela maior liberdade de burocratas e redes de atos em auto organizar e modelar a implementação de políticas públicas” – é o modelo “bottom-up” (de baixo para cima), considerado o mais indicado “... para identificar falhas na dinâmica de elaboração de soluções e tomada de decisão (culpa do político)” – conforme Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl (2013, p. 183) e Leonardo Secchi (2011, p. 46-49). No tópico anterior ficou estabelecido o papel fundamental do planejamento (e da lei orçamentária) nas opções ou decisões políticas sobre quais problemas públicos enfrentar com a aprovação de uma política pública e das respectivas dotações orçamentárias. Conforme recorda Eduardo Mendonça (2010, p. 100), os recursos públicos são limitados para atender a necessidades humanas que são ilimitadas, de maneira que “... a realização de uma opção de investimento significa que outras serão preteridas”. Também ficou registrado que o orçamento é entendido, atualmente, dentro do sistema brasileiro, como uma autorização (apesar de tramitar no Congresso Nacional a PEC 358/2013, que transforma o orçamento em peça impositiva) de gastos cuja execução é facultativa. Nesse sentido, aponta Eduardo Mendonça (2010, p. 74) que nada impede o descumprimento de previsões orçamentárias, desde que haja uma compensação com o direcionamento dos recursos para outras despesas ou mesmo para o aumento das despesas já existentes.

A execução de uma política pública toma, portanto, o planejamento apenas como uma formalidade necessária, dependendo a sua execução da discricionariedade administrativa. Eduardo Mendonça (2010, p. 75-76) recorda, inclusive, que “A jurisprudência não destoa desse entendimento”, o que é um contrassenso caso se considere que o Judiciário tem proferido decisões que

supostamente corrigem a inexistência de dotação ou a previsão orçamentária mal feita. Toda a crítica a como o Judiciário tem realizado o controle de políticas públicas parece defluir dessa constatação, isto é, não há um esforço do Judiciário em realizar controle prévio, nem por fazer acompanhamento da execução orçamentária, atuações que lhe seriam possíveis dentro do sistema de pesos e contrapesos, mas, quando há um acionamento jurisdicional, referida função estatal tem intervindo, por vezes de modo excessivo e simplista, ignorando, como recorda Eduardo Mendonça (2010, p. 77), “... que as previsões orçamentárias promovem a repartição de recursos escassos”. No entanto, não se trata de um problema que decorre apenas da atuação do Judiciário e da sociedade civil.

Também se trata, fundamentalmente, de um problema gerado pelo próprio sistema orçamentário brasileiro. Embora o orçamento seja visto como autorizativo, isso não permite, conforme recorda Eduardo Mendonça (2010, p. 79-80), que ocorra o emprego, pela Administração Pública, de recursos sem uma decisão formal, ou seja, se uma previsão de gasto não for realizada, não haverá uma liberação para outros fins. Vale dizer, inexistente uma decisão formal de remanejamento, a consequência é que aquela receita pública permaneça sem destinação.

Portanto, ensina Eduardo Mendonça (2010, p. 82), a Administração Pública pode decidir não destinar determinada arrecadação naquilo que fora inicialmente planejado, “... o que não é banal, uma vez que a Constituição instituiu um processo deliberativo complexo para a definição das prioridades de investimento e não se deve aceitar como corriqueiro o seu esvaziamento”. A saída que se vislumbra, dentro do próprio sistema, para que a verba pública não destinada não fique ociosa, é a existência de dotações de reserva feitas no Congresso. É uma saída que, na verdade, é uma mitigação dos princípios da legalidade – que grava necessariamente as decisões públicas quanto aos gastos de recursos, já que a Administração Pública não pode dispor do interesse público, dentro do qual estão os recursos públicos – e da especialidade ou determinação – pelo qual as dotações orçamentárias

deveriam ser específicas, e, ressalvados o caso dos créditos adicionais, a Constituição de 1988 não abre qualquer outra exceção.

Nesse passo, a saída das dotações de reserva parece ser inconstitucional. Ou seja, quando a Administração Pública escolhe realizar determinado corte, não poderá dar àquela verba pública outra destinação sem o regular procedimento formal, mas poderá utilizar uma dotação de reserva para fazê-lo sem que para isso tenha de observar qualquer procedimento. Dito de outra maneira, a decisão do Executivo de não gastar conforme o planejamento não é discricionária, mas, sim, arbitrária, já que, conforme argumenta Eduardo Mendonça (2010, p. 85-86), além de ser contramajoritária, pois desconsidera aquilo que foi deliberado pelo Legislativo, prescinde de fundamentação. Ora, se a Constituição de 1988 fixou um procedimento formal e complexo, permitir à Administração Pública que faça uma escolha que não precise apresentar os motivos é dar-lhe carta branca para atuar arbitrariamente.

Portanto, é de se concluir, com Eduardo Mendonça (2010, p. 91), que “... a execução orçamentária é caracterizada por ampla discricionariedade do Poder Executivo na liberação das dotações previstas na lei orçamentária”. Devido ao grande número de informações que um planejamento desse porte possui, e ante a falta de unidade e de consolidação delas, a execução do orçamento público é aparentemente aleatória – conforme observa Eduardo Mendonça (2010, p. 92). O resultado disso é uma atuação insatisfatória ou insuficiente do Estado no que se refere à execução de políticas públicas. Em outros termos, o planejamento orçamentário tem se tornado apenas uma carta de intenções, não havendo um firme compromisso de cumpri-lo, e é isso o que legitima a atuação do Judiciário no controle das políticas públicas, mormente em sua fase de execução.

*Sexta fase: avaliar a política pública.* Durante ou após a sua finalização a política pública é avaliada, desde a primeira até a quinta fase. Como a implementação da política pública é feita, segundo o ciclo que se está descrevendo, com base na identificação do problema público a partir da situação vigente naquele momento, a avaliação é uma etapa comparativa entre

uma situação pretérita e a nova situação, à qual se chegou depois de a política pública implementada ter produzido os seus efeitos e resultados. Assim, de acordo com a lição de Marcus Faria Figueiredo e Argelina Maria Cheibub Figueiredo (1986, p. 110), a avaliação tem como objetivo básico gerar, continuamente, informações para monitorar a execução do planejamento. Por isso, conforme Leonardo Secchi (2011, p. 49), a avaliação é um “feedback” sobre as etapas anteriores e, em especial, sobre a solução dada ao problema. Mas, não só, é também “... um processo iterativo de aprendizagem ativa sobre a natureza dos problemas políticos e o potencial das várias opções elaboradas para resolvê-los”, segundo Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl (2013, p. 201)

Uma avaliação de política pública compreende, de forma geral, a definição de critérios, os quais são operacionalizados por indicadores, que, por sua vez, são comparados por meio de padrões ou parâmetros. Nesse passo, os critérios são mecanismos que se baseiam em entendimentos valorativos da realidade e são utilizados como base para escolhas ou julgamentos, dando ao avaliador parâmetros para dizer qual foi o resultado da política pública; a mensuração desse resultado é feita por indicadores de saídas, entradas e resultados, isto é, são levantados todos os gastos econômico-financeiros, recursos humanos e materiais empregados, a produtividade e os benefícios produzidos e o nível de solução dado ao problema público; por fim, os padrões são conclusões estabelecidas previamente, muitas vezes a partir de estudos ou de outras políticas públicas anteriores, permitindo a comparação entre o estado de coisas no momento da identificação do problema público e a situação após a implementação da política pública, aponta Leonardo Secchi (2011, p. 50-51).

Além disso, há um amplo grupo de avaliadores envolvidos, o que, na lição de Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl (2013, p. 207-213), “... produz diversos modos diferentes de análise e avaliação de políticas, que em nível geral, podem ser classificadas em três grandes categorias...”, a saber: a) avaliação administrativa, onde se avaliam os métodos organizacionais e procedimentos operacionais empregados, a quantidade de insumos e o montante de esforço investidos, o desempenho e os produtos do programa, a

relação entre os custos e a qualidade dos resultados, e a eficácia da política pública, ou seja, se ela está produzindo pelo menos o mínimo esperado; b) avaliação judicial, pela qual são revistas as ações governamentais, especialmente em função das obrigações e dos objetivos e princípios constitucionais; c) avaliação política, que não é feita sistematicamente nem obedece a uma técnica muito apurada, sendo, a bem da verdade, bastante parcial e tendenciosa, conforme os interesses partidários que se manifestam.

Por tudo isso, a avaliação de políticas públicas é algo extremamente dificultoso, porque há, exatamente, muitas variáveis, algumas controláveis, outras não, as quais podem contribuir para o sucesso ou o insucesso do programa elaborado para solucionar determinado problema público. Leonardo Secchi (2011, p. 51-52) destaca que, embora sejam muito importantes, existe uma grande dificuldade de realizar uma avaliação completa e detalhada em razão da necessidade de um acompanhamento das ações tomadas e da atualização constante das informações produzidas, o que requer esforços organizativos e emprego de recursos materiais e humanos; assim, na falta de tais recursos e esforços, e também por causa dos interesses envolvidos, as avaliações acabam sendo apenas superficiais e muitas vezes acabam não observando o tempo de maturação necessário para que a política pública gere os resultados esperados, porque baseadas tão só em algumas poucas informações que o avaliador consegue mensurar no exíguo tempo que lhe é normalmente dado para fazê-lo. Daí resulta uma avaliação muito mais quantitativa que qualitativa dos processos e consequências produzidos.

Dessa maneira, a avaliação de políticas públicas apresenta-se em dois tipos básicos, conforme Marcus Faria Figueiredo e Argelina Maria Cheibub Figueiredo (1986, p. 110-111): a) avaliação de processos: em que se propõe aferir qual a eficácia do programa, ou seja, se ele "... está sendo (ou foi) implementado de acordo com as diretrizes concebidas para a sua execução e se o seu produto atingirá (ou atingiu) as metas desejadas"; b) análise de impacto: "... diz respeito aos efeitos do programa sobre a população-alvo e tem, subjacente, a intenção de estabelecer uma relação de causalidade entre a política e as alterações nas condições sociais".

A partir dessa dupla avaliação de uma política pública são três as possíveis conclusões resultantes, segundo Leonardo Secchi (2011, p. 51): a) quando a implementação não enfrentar senão obstáculos pequenos e falhas diminutas, dar continuidade à política pública; b) quando os obstáculos e falhas forem maiores, sem comprometerem a sua implementação, reestruturar a política pública; c) quando os obstáculos e falhas forem estruturais e, por isso, insuperáveis, ou quando o problema tiver sido resolvido, extinguir a política pública.

*Sétima fase: extinguir a política pública.* Dessas três possíveis conclusões, a primeira e a segunda determinam a manutenção da política pública, com ou sem alterações substanciais em seu planejamento e execução, de forma que apenas a terceira determina sua finalização. De acordo com Leonardo Secchi (2011, p. 53) são basicamente três as causas de extinção de uma política pública: a) a percepção de que o problema público foi resolvido; b) a percepção de que o programa de ações e as normas jurídicas que ativavam a política pública são ineficazes (não produzem efeitos) ou ineficientes (produzem efeitos cujo custo é maior que o benefício); c) a percepção de que o problema, ainda que não solucionado, não é considerado mais como prioritário.

Conhecer cada uma das etapas do ciclo de uma política pública, os fatores nelas implicados e a razão de ser de cada fase é tarefa primordial do administrador público. Todavia, em razão do controle externo cada vez mais presente sobre as atividades administrativas, cumpre também aos outros Poderes compreenderem que uma intervenção pontual, por mais sutil que pareça, pode resultar em uma desestabilização do ciclo e determinar o insucesso ou a falência de uma política pública. Por isso que, ainda que se conclua pela legitimidade do Poder Judiciário controlar políticas públicas e pelas possibilidades fática e jurídica de remanejar verbas orçamentárias, há uma série de limitações e requisitos a serem cumpridos antes que essa intervenção se efetive.



### **3 AS LIMITAÇÕES AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Diante de tudo o que já se firmou aqui, duas coisas podem ser afirmadas: o Poder Judiciário tem legitimidade democrática, isto é, jurídico-política, para controlar as políticas públicas, mas esse controle está sujeito a limitações. Com uma maior exatidão, pode-se dizer que o Poder Judiciário tem autorização constitucional, baseada no mecanismo de freios e contrapesos, positivado no artigo 2º da Constituição de 1988, baseada em uma teoria da separação de poderes que preconiza a insuficiência de cada Poder se manter isoladamente como a fonte de concretização do interesse público, para intervir nas escolhas e nas decisões da Administração Pública, no intuito de fiscalizar o cumprimento por esta de suas obrigações constitucionais. E esse mesmo dispositivo constitucional determina a necessidade de limites ao controle jurisdicional, uma vez que o Judiciário não é onipotente.

A demonstração de que a Administração Pública cumpre suas obrigações, não só, mas principalmente, por meio de políticas públicas, as quais se baseiam nas leis orçamentárias, permite destacar com mais consistência que a legitimidade do Judiciário para realizar o referido controle é uma decorrência constitucional ainda mais ampla. Trata-se de um verdadeiro controle de constitucionalidade, o qual, à baila do modelo brasileiro, pode ser exercido tanto de forma difusa e em concreto quanto de forma concentrada e em abstrato, e, ainda, preventiva ou repressivamente.

Como um dos principais objetivos da Administração Pública brasileira é o de ter uma atuação eficiente (artigo 37, “caput”, da Constituição de 1988), o Judiciário é democraticamente legítimo para avaliar se o planejamento (identificação do problema público, formação da agenda, formulação de alternativas e tomada de decisões) e a execução (tomada de decisões, implementação, avaliação e manutenção ou extinção) das políticas públicas têm cumprido diretrizes, metas, objetivos e prioridades constitucionais.

Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 55) observa que a multiplicação de direitos fundamentais determina uma maior litigiosidade, uma vez que uma das garantias fundamentais, no sistema jurídico-constitucional brasileiro, é a inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário das demandas que lhes são apresentadas. Isso, por si, já corrobora a legitimidade desta função estatal de realizar o controle de políticas públicas. No entanto, considerar legítimo esse tipo de controle jurisdicional não significa que haverá sempre intervenção efetiva nelas. Ao contrário, significa a possibilidade de realizar a avaliação tanto do planejamento quanto da execução dessas políticas, a fim de verificar se os objetivos contidos no texto constitucional estão sendo levados a sério.

Portanto, à legitimidade se liga a possibilidade de controle jurisdicional, muito embora essa possibilidade se submeta a limitações. Essas restrições podem ser divididas em dois grupos, os quais são trabalhados nos dois capítulos seguintes com maior profundidade e que levam em consideração as grandes fases do ciclo de uma política pública, quais sejam: o planejamento e a execução. Os grupos trabalhados parte da seguinte premissa: o magistrado conhece ou conta com informações prestadas por especialistas a respeito do ciclo básico das políticas públicas.

As limitações à atuação do Judiciário podem ser vislumbradas como sendo de duas ordens, a saber: específicas à atuação da função jurisdicional, as quais são normalmente de natureza procedimental; e específicas à Administração Pública, em relação às quais é preciso que o magistrado tenha conhecimento sobre as informações e possibilidades disponíveis tanto quando do planejamento quanto da execução de uma política pública.

Essas limitações devem ser rigidamente observadas, porque não há controle se considerados fatores supervenientes ou imprevisíveis ao curso de uma política pública, mas sim política pública feita pelo Judiciário, o que não é de forma alguma aconselhável e nem mesmo pode ser considerado constitucional, já que não seria o caso de remanejamento de verbas públicas dentro do orçamento do Executivo, e sim a hipótese de remanejamento de orçamento do Executivo para o Judiciário, ou, o que é pior, atuação da função judiciária como

se fosse executiva – aí estaria deflagrada uma clara e retumbante violação à cláusula de independência e harmonia entre as funções estatais.

Como no modelo atual brasileiro o controle jurisdicional de políticas públicas tem sido na grande maioria das vezes (para não dizer em todas elas) repressivo, ou seja, feito depois de o Executivo, com a chancela do Legislativo, já ter escolhido quais políticas públicas serão implementadas e quais não o serão, e já estar a executar esse planejamento, a observação de limites pelo Judiciário deve ser ainda maior. Deve-se distinguir, nesse passo, dois possíveis comportamentos da função judiciária, os quais se consagraram em duas expressões que às vezes são utilizadas como sinônimas, embora sejam diferentes manifestações de um mesmo fenômeno, a saber: o ativismo judicial e a judicialização da política.

### 3.1 DISTINGUINDO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, conforme aponta Ernani Carvalho (2009, p. 316), é a diferença entre o caráter potenciador e o caráter substantivo da atuação judicial, ou seja: quando os magistrados têm a intenção de participar do processo político de tomada de decisões, tem-se o ativismo judicial; quando os magistrados participam por uma questão formal ou procedimental, tem-se a judicialização da política.

Segundo Débora Alves Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 115), a expressão “judicialização da política” é utilizada, de forma geral, “... em sentido normativo, tanto em relação ao papel atual dos agentes do sistema judicial, assim como em relação a propostas sobre a extensão adequada do seu papel na democracia brasileira”, afirmando que no jargão jurídico, o termo é empregado para se referir “... à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente”. Nesse sentido, que é o mais comum entre os juristas, a judicialização da política muito se aproxima do princípio constitucional da

inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como vedação ao *non liquet*, ou, ainda, como direito de ação, estabelecido no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, literalmente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, qualquer causa que se apresente ao Judiciário deve ser analisada, ainda que nem se chegue ao seu mérito.

Aponta Loiane Prado Verbicaro (2008, p. 391), nesse passo, que o protagonismo do Judiciário é uma decorrência de previsão contida no texto constitucional de 1988, “... que o legitimou a atuar na arena política para a proteção do extenso rol de direitos fundamentais que passaram a receber garantia de proteção jurídica”, ou seja, “... a atuação do Judiciário na arena política não é, pois, uma distorção institucional, mas legítima, uma vez que decorre dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia...”.

Também nesse sentido a lição de Marcos Paulo Veríssimo (2008, p. 408), para quem a judicialização “... não parece ter sido (...) um resultado imprevisto do novo arranjo constitucional”, mas sim “... um resultado previsível e talvez desejado por esse mesmo arranjo...”, a fim de viabilizar os direitos e os princípios encartados na Constituição de 1988.

Juridicamente, como se vê, a própria Constituição de 1988 confere aos tribunais uma posição importante dentro do processo político, ainda que atuem de forma repressiva. Nesse sentido, verifica-se que o artigo 5º, XXXV, pode ser observado como um mecanismo de controle das demais funções estatais, complementando a previsão contida no artigo 2º da mesma Carta Constitucional.

Dessa maneira, como analisa Ernani Carvalho (2004, p. 115), “A inclusão dos Tribunais no cenário político implicou em alterações no cálculo para a implementação de políticas públicas”, de modo que “O governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, teve que se preocupar em não infringir a Constituição”.

Ainda de acordo com Ernani Carvalho (2004, p. 117-120), há seis condições políticas para o surgimento da judicialização da política: a) adotar o regime democrático; b) repartir competências entre as funções estatais, o que se denomina mais comumente de separação de poderes; c) reconhecer formalmente os direitos políticos, especialmente em relação às minorias; d) permitir o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; e) permitir o uso dos tribunais pela oposição; f) estar configurada a inefetividade das instituições majoritárias. No Brasil, há, ao menos formalmente, a presença de todas essas condições desde 1988, quando foi promulgada a atual Constituição.

Além dessas condições, são apresentadas por Loiane Prado Verbicaro (2008, p. 390) estas: g) universalização do acesso ao Judiciário; h) crise do paradigma interpretativo baseado no positivismo jurídico; i) ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal; j) existência de medidas provisórias; k) modificações econômicas no país; l) hipertrofia da função legislativa; m) representação política desproporcional; n) ineficácia crescente do processo e do sistema político-decisório; o) abertura da textura constitucional, com normas programáticas e com cláusulas indeterminadas.

Todos esses quinze fatores, mais outros que podem ser eventualmente elencados por outros autores, podem ser assim reduzidos: de um lado, há uma sociedade que demanda a realização de seus direitos em face de um Estado que não tem recursos para atender de uma só vez o audacioso programa constitucional de 1988; de outro lado, há um Judiciário que tem o dever constitucional de analisar todas as causas que lhe são apresentadas, e que deve realizar o controle das outras funções do Estado, a fim de perquirir e concluir se elas têm observado os preceitos insertos na Constituição de 1988.

Embora existam muitas condições facilitadoras para a existência e permanência da judicialização da política no Brasil, é preciso tomar cuidado para que ela não se transforme em ativismo judicial, ou seja, para que o Poder Judiciário não transmude uma qualidade requerida pelo sistema e sociedade, que é ser ativo, em uma qualidade abominada, que é ser ativista.

Essa transformação ocorre quando é dada uma excessiva liberdade ao julgador para solucionar demandas, atuando, no caso do controle de políticas públicas, como se fosse o próprio Executivo ou o Legislativo, impondo emendas ao orçamento ou determinando inconstitucionais algumas de suas cláusulas, sem observar limites. Daí se defender, aqui, que o controle jurisdicional de políticas públicas é legítimo, mas a sua possibilidade é limitada, de maneira que o sistema não admite uma atuação ativista, ainda que ela se verifique na prática, mas sim e apenas a judicialização da política.

Nesse passo é que se faz importante conhecer a quais limitações se submete o Judiciário ao exercer controle sobre as políticas públicas. Essas restrições, que serão aprofundadas nos próximos dois capítulos, são aqui apresentadas, para que se possa ter visualizar sua relação com os dois capítulos em que se tratou sobre o ciclo de políticas públicas.

### 3.2 LIMITAÇÕES DO CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE O CICLO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA

O primeiro grupo de limitações refere-se às questões de planejamento de uma política pública, ou seja, como as escolhas públicas são feitas e com base no quê. Trata-se, basicamente, das razões que levaram a Administração Pública a fazer determinadas escolhas para a criação de uma política para resolver um problema ou um conjunto de problemas públicos. Essas escolhas devem ser analisadas, porque devem ser feitas, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, ensina Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 155), “... estão vinculados à ideia de justiça material, de moderação e racionalidade, servindo como parâmetro de aferição da legitimidade constitucional dos atos administrativos discricionários, das decisões judiciais e das leis”. Dentro dessa análise devem ser considerados variados fatores, dentre eles três que têm recebido relevante atenção da doutrina e da jurisprudência: proibição de retrocesso social, reserva do possível e mínimo existencial – sendo muito forte a relação dos dois primeiros com o terceiro.

O procedimento utilizado para as escolhas é a ponderação argumentativa, entendendo-se, nesse sentido, de acordo com a lição de Ana Paula de Barcellos (2007, p. 277), que “... o aplicador do direito, sobretudo o magistrado, não pode valer-se de argumentos ou razões que apenas façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas”, ou seja, tanto o magistrado quanto o administrador público podem e devem utilizar o expediente ponderativo em suas escolhas, especialmente para explicá-las. Adicionalmente, devem ser observados os princípios da publicidade/transparência, moralidade, impessoalidade e legalidade na atuação discricionária administrativa, além da primazia do interesse e da necessidade sociais.

Isso leva à conclusão de que o planejamento de uma política pública deve ser amplamente documentado, conforme aponta Julio Pinheiro Faro (2011b, p. 61), ou, nas palavras de Eduardo Appio (2012, p. 151), como o Judiciário não detém o aparato técnico necessário para identificar quais as reais prioridades sociais, deve contar com as informações prestadas pela Administração Pública. Portanto, a intervenção judicial, em sede de controle de políticas públicas, é inversamente proporcional à documentação apresentada pela Administração Pública, isto é, tanto maior será a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de uma política pública (e não a criação judicial de uma com o orçamento alheio), remanejando, inclusive, verbas entre rubricas, quanto menor for a fundamentação e comprovação de que as escolhas público-administrativas atenderam aos princípios constitucionais.

O segundo grupo de limitações refere-se às questões sobre a execução de uma política pública, ou seja, como o planejamento é executado, não apenas como é feita a aplicação do que foi previsto na legislação, como também a adequação desse planejamento à realidade, que muda de acordo com uma infinidade de variáveis, previsíveis ou não. Nesse sentido, deve-se observar o tempo para a maturação de uma política pública, pois, dependendo da fase de execução em que ela esteja, pode ser que ainda não tenha produzido os resultados esperados, consoante aponta Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p.

46-47), ou que não os tenha produzido por influência de um variável externa ao planejamento e não previsto, porque imprevisível, ou, ainda que previsível e prevista, incontrollável, de forma que, mesmo que possua legitimidade, o Judiciário deve ter o conhecimento suficiente para interferir, sem operar catástrofes na atividade administrativa.

Essas limitações determinam como se pode dar a postura mais ativa do Poder Judiciário, para que se evitem maiores tensões entre os Poderes da República, tudo isso porque, como observa Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 42), não se defende uma supremacia de um dos Poderes, "... mas a supremacia da Constituição, o que vale dizer que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas..." tomadas pelos demais Poderes.

Ainda que uma política pública se revele inapta a proteger direitos fundamentais, não quer dizer que necessariamente há uma disfunção do poder, a qual, acaso exista, deve ser corrigida pelo Judiciário, de acordo com Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 57) mas, sim, que este Poder deve realizar uma avaliação que considere todo o ciclo da política, para poder chegar a uma conclusão tanto sobre a sua necessária correção jurisdicional quanto sobre a responsabilização do gestor público. A isso se chama de controle por freios e contrapesos entre os poderes, não de guerra ou ingerências indevidas entre eles. Laborar em sentido diverso é completamente antidemocrático. E isso porque uma política pública nunca é direcionada a apenas um único indivíduo, senão ela deixaria de ser pública e passaria a ser privada.

Por isso, o controle feito pelo Poder Judiciário sobre as políticas públicas não pode (nem poderia) resultar na concessão de uma tutela individualizada de um direito, por mais fundamental que ele seja. Permitir um controle de outra maneira seria inconstitucional, pois violaria a cláusula democrática. Dito de outra forma, o controle jurisdicional deve ter, pelo menos, resultados coletivos, isto é, ainda que a demanda seja individual a tutela concedida não pode ser direcionada a apenas um indivíduo. Portanto, a legitimidade do Judiciário é decorrência lógica, também, do regime democrático, o qual é adotado

expressamente pelo Estado de Direito brasileiro na Constituição de 1988 (artigo 1º, “caput”).

Verifica-se que a legitimidade de o Poder Judiciário controlar políticas públicas encontra guarida na Constituição de 1988, resultando, especialmente, de alguns dos fundamentos do Estado e dos direitos fundamentais, bem como da própria função conferida a esse Poder, tanto jurídica quanto socialmente.

Se é legítimo, constitucionalmente, o controle jurisdicional de políticas públicas, todo o ciclo da política pública está sujeito a essa atuação do Judiciário. Tanto o planejamento quanto a execução de uma política pública podem ser controlados jurisdicionalmente, portanto.

A questão que se coloca é saber a que limitações o Judiciário está vinculado no seu agir. Como afirmado previamente, baseando-se no ciclo de uma política pública, dois são os grupos de limitações: aquelas que advêm do planejamento e as que decorrem da execução de uma política pública. Inicialmente, cuida-se do controle sobre o planejamento.

De acordo com Arthur Sanchez Badin (2013, p. 12), toda economia se baseia na escassez de recursos, de forma que é necessário que as escolhas sobre o que é prioritário observem a um juízo de ponderação sobre os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados. É infinita a lista de dilemas que envolvem a definição do que é prioritário para planejar uma política pública. Isso quer dizer que toda escolha tem custos e o custo maior é apontar o que não é prioritário.

O controle jurisdicional é feito exatamente sobre essa escolha, avaliando se a conveniência e a oportunidade (características do comportamento discricionário) da opção pública observaram as determinações constitucionais ou não. Caso se verifique que houve a observância, não será possível ao Judiciário realizar o controle do planejamento, restando-lhe analisar se a execução da política nele encontra respaldo; do contrário, inexistindo a

observância das determinações constitucionais, caberá o controle jurisdicional do planejamento.

Antes de explicar os dois princípios (razoabilidade e proporcionalidade) e o procedimento (ponderação) em que se baseia o controle do planejamento, é necessário desenvolver, ainda que brevemente, o conceito de racionalidade, que o caracteriza.

### 3.2.1 RACIONALIDADE E PONDERAÇÃO

Cristiano Carvalho (2013, p. 55) observa que o termo “racionalidade”, no sentido que lhe é dado na teoria das escolhas ou das decisões, assume o significado de racionalidade instrumental, quer dizer: significa a adequação dos meios aos resultados pretendidos. Exemplificando: se o resultado pretendido é saúde pública de qualidade para todos, os meios a serem usados para alcançar isso devem ser adequados ao propósito. Não serão utilizados, obviamente, quaisquer meios, mas aqueles que, segundo um determinado procedimento de escolha, sejam razoáveis e proporcionais, considerando-se as informações, bem como os recursos disponíveis.

A racionalidade permite que sejam feitas escolhas consistentes e adequadas, devendo-se observar que, sempre, cada escolha implica em pelo menos uma renúncia, consoante observa Cristiano Carvalho (2013, p. 64). Isso quer dizer que, diante de alternativas, o administrador público tem o benefício da escolha – é o que se denomina de discricionariedade, ou seja, decidir qual a conveniência de e se é oportuno realizar uma opção, deixando as outras opções de lado.

Como a escolha é feita sobre problemas públicos e com o empenho de recursos públicos, cada decisão deve ser documentada e tornada pública. O controle sobre as escolhas públicas recai sobre os documentos e sobre a transparência e publicidade a eles dadas. Fala-se, nesse passo, em uso racional de recursos públicos, ou, aproveitando o exemplo acima e a observação de Gustavo Amaral (2010, p. 171), se houver, para o caso, uma

opção “igualmente eficiente”, mais barata que a reivindicada, deve-se-lhe prestigiar.

A racionalidade está, então, ligada à teoria da decisão, a qual não será aqui aprofundada, mas pela qual se entende, acompanhando Cristiano Carvalho (2013, p. 95), “... o campo de estudo, baseado na racionalidade, que visa obter os melhores resultados por meio de um processo organizado e metódico”, isto é, “... uma teoria normativa, pela qual se procura analisar como as decisões *devem ser*, em vez de como elas realmente ocorrem”. Portanto, uma decisão que se baseie na racionalidade, deve alcançar o propósito constitucionalmente determinado (finalidade) a partir de meios desenvolvidos segundo procedimento amplamente documentado e transparente, que revele a razoabilidade e a proporcionalidade da escolha feita. Esse procedimento é a ponderação.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2005, p. 1), “... toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação”. Isso quer dizer que, também as decisões da Administração Pública, por serem, em tese, racionais, uma vez que voltadas para a consecução de uma finalidade, devem adotar o procedimento ponderativo.

A discricionariedade deve ser ponderada, porque, do contrário, se abriria a possibilidade de decisões arbitrárias, o que entraria em conflito com a ideia largamente adotada desde o surgimento do Estado de direito, pela qual, segundo Gustavo Binbenjy (2008, p. 196), “... o poder discricionário consistia numa liberdade de apreciação ou escolha, mas em vista do atendimento do interesse público”, ou seja, limitada por este. Essa restrição, consoante Gustavo Binbenjy (2008, p. 208), permanece na atualidade e é ela que fundamenta a justiciabilidade do poder discricionário, é dizer, a possibilidade de que os atos administrativos sejam controlados pelo Judiciário.

A possibilidade e a legitimidade jurídicas de um controle desse tipo são fortalecidas pelo reconhecimento da eficácia normativa dos princípios jurídicos, os quais determinam a atuação do Estado, incluídos a Administração Pública e

o Judiciário. Por isso, tanto a Administração Pública quanto o Judiciário devem basear as suas decisões em um procedimento ponderativo-racional fundado em princípios diretamente ligados às escolhas públicas, administrativas ou judiciais, a saber: o da proporcionalidade e o da razoabilidade.

A necessidade de dar uma justificativa adequada e razoável é denominada de reserva de consistência, que, na observação de Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 121), “... nada mais é que o princípio da necessidade de fundamentação...”, o qual, no caso dos juízes, “... obriga, inclusive como forma de legitimação, que os juízes expliquem as razões de sua decisão, ou seja, o caminho lógico percorrido para a conclusão adotada naquele caso concreto”.

Portanto, a reserva de consistência ou princípio da fundamentação das decisões se liga fortemente ao procedimento de ponderação e aos princípios tanto da proporcionalidade quanto da razoabilidade. Antes, porém, de discutir cada um desses princípios, é necessário que se delineie o procedimento de ponderação.

Adotando-se a ideia lançada pelo conceito de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 18, 23 e 38), tem-se que a ponderação é técnica de decisão para solucionar conflitos entre opções, insuperáveis com a adoção de formas hermenêuticas tradicionais. A lição encontra respaldo na formulação de Robert Alexy (2003, p. 433), para quem a ponderação deve sempre ser feita quando, e somente quando, a técnica da subsunção se revelar insuficiente para resolver o caso apresentado.

No caso do administrador público, utiliza-se a ponderação quando há margem de discricionariedade, ou seja, possibilidade de escolha, dentro dos parâmetros constitucionais, entre objetos cuja prioridade possa ser a mesma, mas os recursos somente permitem que um deles possa ser realizado. No caso do Judiciário, a ponderação é empregada, igualmente, quando se deve dar prioridade a algum direito fundamental, por exemplo, em detrimento de outro em razão da escassez de recursos. Por isso que a ponderação é considerada um procedimento racional, pois visa a uma finalidade almejada pelo sistema,

qual seja: a harmonização da concretização de direitos que aparentemente estejam em conflito. Essa é, aliás, segundo Robert Alexy (2005, p. 572), a função precípua da ponderação ou balanceamento. Por esse motivo é tão importante observar a reserva de consistência (princípio da fundamentação das decisões).

Empregar o procedimento ponderativo sugere a possibilidade, não presente na utilização dos procedimentos tradicionais de tomada de decisão, de considerar muitas variáveis. Na verdade, prefere-se adotar a perspectiva de José Emílio Medauar Ommati (2014a, p. 47), quando afirma que os direitos fundamentais não entram em conflito, pois são valores absolutos, o que pode entrar em conflito são as formas de exercício desses direitos, ou as formas de sua concretização.

Segundo José Emílio Medauar Ommati (2014a, p. 50), “... as colisões entre direitos fundamentais sempre são aparentes, pois, na situação concreta é possível perceber quem tem o direito e quem não tem”. Assim, a ponderação continua a ser um procedimento ou uma técnica de decisão para superar conflitos entre opções, de forma que o papel do agente ponderador é o de justificar, de maneira transparente, bem como devidamente documentada, as razões que o levaram a escolher resolver um determinado problema público e não outro (o fim), e como resolvê-lo (os meios).

Isso quer dizer que a ponderação é uma metodologia de cariz argumentativo, ou, como anota Ana Paula de Barcellos (2005, p. 45 e 47), a ponderação é composta por mecanismos lógicos internos de tomada de decisão que levam a uma conclusão, a qual deve ser vertida em linguagem compreensível para a coletividade, uma vez que o Poder Público a ela deve satisfações por seus comportamentos, a saber: deve demonstrar-lhe, documentadamente, o motivo de fazer uma opção em detrimento de outras possíveis; ou seja, também cumpre à Administração Pública a reserva de consistência, tal qual existente para o Judiciário, devendo o gestor fundamentar suas decisões.

### 3.2.2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

A existência de documentos que atestem o modo como a escolha foi feita é um elemento facilitador do controle, uma vez que pode indicar que a decisão foi tomada com base nos parâmetros constitucionais, e aí não caberia controle jurisdicional, ou que tais parâmetros não foram observados, o que justificaria o controle. A inexistência de tais documentos determina, de plano, a possibilidade de um controle jurisdicional, embora o dificulte, haja vista que o Judiciário não terá os parâmetros utilizados para a escolha. De qualquer forma, sendo possível o controle jurisdicional, este deverá se pautar nos dois princípios antes assinalados: o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

Inicialmente é necessário estabelecer que, embora haja controvérsia sobre a possibilidade de tratar ambos os princípios como noções equivalentes, adota-se, neste trabalho, que há proximidade, mas não equivalência entre as noções próximas. Essa observação é feita, aliás, por Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23): "... proporcionalidade, em sentido técnico-jurídico, não é sinônimo de razoabilidade...". Nesse passo, enquanto a razoabilidade está ligada à ideia de devido processo legal substantivo, ou de devido controle de constitucionalidade substantivo das leis, a proporcionalidade tem a ver com as possíveis restrições ou limitações à aplicação dos direitos fundamentais. Diante disso, concorda-se com a observação feita por José Emílio Medauar Ommati (2014b, p. 125) de que "... a razoabilidade é um dos elementos da proporcionalidade com essa não se confundindo".

*Princípio da proporcionalidade.* Nesse passo, inicia-se com a discussão sobre o princípio da proporcionalidade, o qual, conforme Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 163), guarda estreita intimidade com o procedimento da ponderação, servindo, portanto, para uma análise da relação entre bens e interesses em confronto quando da decisão por uma opção em detrimento de outras. Utilizando-o para realizar um controle de políticas públicas, o Judiciário investiga se o planejamento de uma política para resolver um determinado

problema público é juridicamente válido no que tem a ver com a realização de direitos fundamentais.

Para chegar a uma resposta adequada, a análise jurisdicional deve contemplar as três dimensões da proporcionalidade: idoneidade do fim e adequação dos meios; necessidade da opção; e proporcionalidade em sentido estrito. Também deve perquirir se as mesmas fases foram observadas adequadamente pela Administração Pública no planejamento de uma política pública.

a) *Idoneidade do fim e adequação dos meios.* A primeira dimensão da proporcionalidade permite analisar se a decisão pública é idônea, ou seja, se merece prosperar porque sua finalidade é constitucionalmente legítima, e se é adequada, quer dizer, se não contraria parâmetros constitucionais para ser implementada. Nesse passo, são analisadas as duas opções feitas pelo administrador público: a primeira congrega o conjunto de escolhas que não foram feitas, abarcando os direitos que não foram realizados; a segunda consiste na escolha que foi feita e colocada no planejamento da política pública. São, pois, analisados os fatores que influenciaram a decisão, especialmente a agenda formada e os meios escolhidos para a concretização da opção adotada.

Em primeiro plano, o Judiciário deve analisar se o fim contido na opção é legítimo constitucionalmente, ou seja, se o problema público eleito para ser solucionado decorre de uma obrigação constitucional que o Estado ainda não implementou. Se a análise for positiva, a escolha pública terá sido idônea, do contrário merecerá controle do Judiciário, ante a possibilidade de ser inconstitucional. Em segundo plano, a análise deve recair sobre os meios escolhidos para alcançar o fim almejado.

Os meios somente serão adequados se contribuirão para dar alguma solução ao problema público contemplado, devendo-se ponderar, nessa investigação, o tempo que os meios cooperam para atingir o fim proposto e a aptidão, isto é, a qualidade com que o fim será atingido, na observação de Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 173-174). A implementação do fim almejado, na primeira fase

do controle jurisdicional de políticas públicas, é apenas abstrata, porque diz respeito ao planejamento, não à execução. Assim, não devem ser analisados os resultados que eventualmente foram produzidos com a política objeto de controle, mas as escolhas feitas em abstrato pelo administrador público.

Nesse sentido, o controle jurisdicional, como defende Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 176), deve se basear em uma “lógica de evidência”, quer dizer, o Judiciário deve invalidar decisões de outros poderes apenas nos casos em que elas sejam manifestamente inadequadas para se atingir a solução do problema público. Trata-se, segundo a autora (2007, p. 177), de uma exigência do princípio democrático, o qual impõe que o Judiciário só pode desconstituir escolhas feitas pelos outros poderes “... quando o conhecimento técnico-empírico vigente permita afirmar com total segurança que o meio é inapto para implementar o fim”. Até porque, ressalta a autora (2007, p. 180), “... não é razoável que, no quadro da Separação de poderes, o Judiciário imponha sua concepção acerca dos meios mais eficientes para o atingimento dos fins estatais”.

*b) Necessidade da opção.* A segunda dimensão da proporcionalidade parte da suposição de que houve uma escolha pública idônea e adequada para a solução prática de um problema público. Essa segunda fase permite a análise de se a opção feita é realmente necessária para alterar um quadro problemático, solucionando-o.

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 183), a etapa de análise da necessidade da opção escolhida “... guarda semelhança com a noção de proibição de excesso, impondo uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, a fim de que se eleja aquele que for menos gravoso para o direito afetado”.

A opção feita pela Administração Pública deve se apresentar como indispensável para a consecução da finalidade pública contida no planejamento da política. Trata-se, basicamente, de uma comparação entre meios igualmente adequados para atingir o mesmo objetivo. Um meio será necessário e, por isso,

indispensável quanto menos influenciar na realização dos direitos fundamentais que não se continham na opção feita, mas nas opções deixadas de lado, ou, como descreve Charles Pereira (2007, p. 192): um meio deve ser considerado necessário ou “... menos oneroso quando atinge o mesmo grau de satisfação da finalidade perseguida criando um prejuízo menor ao direito fundamental afetado”.

Aqui vale a mesma observação feita para a dimensão anterior, a de que o controle pelo Judiciário deve observar uma “lógica de evidência”, somente invalidando a escolha de um meio caso ele se revele manifestamente desnecessário ou dispensável para solucionar o problema público, já que o princípio democrático veda a desconstituição judiciária de escolhas feitas por outros poderes para estabelecer os meios que ele considera necessários para implementar um determinado fim, conforme aduz Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 176, 177 e 180).

*c) Proporcionalidade em sentido estrito.* A terceira dimensão parte do seguinte ponto de vista: uma restrição à aplicação de um direito fundamental somente é considerada legítima e, por isso, constitucional, se há uma melhora ou, quando menos, não há uma piora na situação globalmente considerada.

Em termos mais precisos, diz-se que a terceira etapa da análise sobre a proporcionalidade é positiva quando, mesmo sem fazer parte da opção escolhida, determinados direitos, antes afastados, são beneficiados de alguma maneira. A terceira fase proporciona uma análise compensatória, ou seja, não se pode escolher por uma opção em que a finalidade a ser promovida não é mais importante que o direito fundamental constante da opção deixada de lado.

Nesse sentido, segundo Jane Reis Gonçalves Pereira (2007, p. 205), o controle jurisdicional somente poderá invalidar uma escolha feita por outro dos poderes “... quando for possível afirmar, de forma patente e inequívoca, que a gravidade da restrição ao direito fundamental é maior que a relevância da promoção do fim perseguido”.

*Princípio da razoabilidade.* Embora não se confunda com a proporcionalidade, pode-se afirmar que a razoabilidade guarda uma íntima relação com ela. De acordo com Arthur Sanchez Badin (2013, p. 85), a razoabilidade “... deveria ser usada para controlar casos extremos em que o ato administrativo ultrapassa as barreiras de possibilidades racionais de inteligência do mandamento legal ou constitucional”. No mesmo sentido, aponta Carlos Roberto Siqueira Castro (2010, p. 137): a exigência de razoabilidade e de racionalidade determina que a escolha não seja arbitrária, implausível ou caprichosa, mas, sim, funcionar como meio idôneo, hábil e necessário para atingir os fins constitucionalmente legítimos.

Apesar de essa explicação parecer confundir os dois princípios, ela estabelece a sutil diferença entre ambos: a proporcionalidade diz respeito às escolhas, a razoabilidade tem a ver com o procedimento que leva às escolhas, com o devido processo substantivo. Logo, ambos os princípios se referem à ideia de justiça: a proporcionalidade determina a análise da justiça da escolha, o procedimento que lhe subjaz é a ponderação, permitindo dizer que, no fim das contas, a proporcionalidade, ultrapassadas suas três dimensões, é de cariz compensatório, o que condiz com seu propósito originário de qualificar restrições a direitos fundamentais; a razoabilidade, por sua vez, estabelece a análise da justiça do procedimento de escolha, sem se prender exclusivamente ao formalismo, dando preponderância ao substancialismo.

Independentemente das diferenciações e das aproximações entre os dois princípios, o que de concreto fica é que o Judiciário, ao exercer o controle de políticas públicas deve tanto verificar se o procedimento de escolha adotado era o devido quanto analisar se a escolha era idônea, adequada, necessária e compensatória. O efetivo controle jurisdicional só irá ocorrer se a Administração Pública não disponibilizou informações suficientes para que o Judiciário possa avaliar todo o processo de tomada de decisão, ou quando presentes informações, se verifique que o procedimento de escolha ou a ponderação entre os meios e os fins carece de validade, parcial ou total.

### 3.2.3 MÍNIMO EXISTENCIAL

Não se tem notícia de que a Administração Pública submeta o planejamento das políticas públicas que elabora ao crivo judiciário antes de implementá-las, portanto forçoso é concluir que o controle jurisdicional do planejamento das políticas públicas se dá durante a sua execução, ou seja, é sempre repressivo. Hipoteticamente, caso houvesse submissão do planejamento de uma política pública à análise do Judiciário, provavelmente o tópico anterior seria desnecessário e este diria respeito apenas a questões supervenientes à execução do programa. Uma vez que a prática é outra, discute-se, então, a questão da realização do mínimo existencial e sua associação a outras questões, especialmente a referente à reserva do possível, e a maneira como o Judiciário pode realizar o controle da execução de uma política pública.

Quando o Estado monta uma política pública o seu objetivo é solucionar um determinado problema público encarado como prioritário. Como todos os direitos custam dinheiro, uma política pública pode se referir a qualquer um deles. Mas, como o constitucionalismo brasileiro reconhece ampla quantidade de direitos fundamentais, nem todos poderão, dada a escassez de recursos, ser objeto de políticas públicas, para serem implementados.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 132) observa que há dois grupos de direitos, de um lado estão aqueles "... cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas...", eles formam "... um *núcleo central*, ou *núcleo duro*...", o qual assegura a efetivação do mínimo existencial; do outro lado estão todos os demais. A citada autora (2011, p. 132-133) e Kazuo Watanabe (2011, p. 218) entendem que o mínimo existencial corresponde ao núcleo básico da dignidade humana, de maneira que defender sua realização atrelada à reserva do possível significa concluir que uma pessoa possa viver em estado de indignidade, entendimento este que vilipendia a Constituição de 1988, já que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundantes e justificadores do Estado brasileiro. Mas essa não é uma posição isolada dos

autores. Parece haver um consenso de que o mínimo existencial tem uma ligação forte e intrínseca com a dignidade humana.

Como observa Alceu Maurício Jr. (2009, p. 60-61), a cláusula ou o argumento da reserva do possível surgiu de um exemplo de controle jurisdicional de política pública quanto ao direito à educação superior. O Tribunal Federal Constitucional alemão afirmou que os direitos se sujeitam à reserva do possível, ou seja, ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade para exercer um direito seu. Além disso, segundo aquela Corte Constitucional, cabe ao legislador determinar o que pode ser razoavelmente exigido, desde que considerados os objetivos fixados na Lei Fundamental alemã. Apesar de reconhecer a competência legislativa, o tribunal promoveu uma intervenção na política pública, qual seja: determinou a necessidade de que a instituição de ensino comprovasse que a reserva feita era razoável. O resultado foi o seguinte: "... o Tribunal acabou acelerando as políticas para um controle central da educação superior na Alemanha, de forma a otimizar a utilização dos recursos existentes". Veja-se que o Judiciário estabeleceu uma condição: a comprovação da limitação da política pública.

Ricardo Perlingeiro (2013, p. 7) traz uma interessante observação sobre o que de fato significa a cláusula da reserva do possível, explicando a sua relação com o mínimo existencial. Segundo o autor, a reserva do possível nada tem a ver com a falta de recursos materiais ou financeiros, nem mesmo pode ser confundida com a simples falta de orçamento público. A sua relação ocorre com uma prerrogativa, uma reserva de escolha, dada ao Legislativo, e ao Executivo, para determinar que benefícios sociais serão considerados prioritários. Estabelecidas as prioridades, afirma o autor, não se pode cogitar da aplicação da reserva do possível sobre elas, pois constituiriam o chamado mínimo existencial. Assim, em relação a prioridades, inexistem margem de discricionariedade, manifestando-se, portanto, a reserva do possível "... quando há direitos fundamentais sociais que ultrapassam a noção de um mínimo existencial, e que, para serem exigidos judicialmente, dependem de lei que ainda não existe".

Portanto, quando o Judiciário realiza o controle repressivo de políticas públicas, deve analisar não apenas a proporcionalidade e razoabilidade das escolhas feitas pelas demais funções do Poder Público (Executivo e Legislativo), mas também a proporcionalidade e razoabilidade da exigência feita ao Poder Público e o que uma tutela jurisdicional positiva pode representar em termos de reflexos para a sociedade. A reserva do possível atrelada ao mínimo existencial fixa, pois, uma via de mão dupla, cujo trânsito cabe ao Judiciário ordenar. Talvez seja por esse motivo que não há o estabelecimento pelas normas editadas pelo Executivo ou pelo Legislativo de qual o conteúdo do mínimo existencial, delegando, de certa forma, essa competência ao Judiciário.

Assim, o conteúdo do mínimo existencial acaba por ter de ser definido de acordo com o caso concreto, e, por conseguinte, se o direito pleiteado judicialmente está sujeito ou não ao argumento da reserva do possível. Por isso é que se deve evitar a discussão sobre quais os direitos que fazem parte do mínimo e quais não fazem, pois, como adverte Kazuo Watanabe (2011, p. 219), o conceito de mínimo existencial é dinâmico e evolutivo, além do que se condiciona à vedação de retrocesso social, a qual determina a ampliação de sua abrangência conforme melhorem as condições sociais e econômicas. Isso explica a grande importância que o argumento da reserva do possível detém enquanto limitação à maneira como o Judiciário realiza o controle de políticas públicas.

É importante observar, junto com Alceu Maurício Jr. (2009, p. 66), que o critério aqui adotado não é utilitarista. Não se defende que, no caso, por exemplo, do controle de políticas públicas na área da saúde, não deva intervir em situações extremas, mas que, mesmo nessas hipóteses, a intervenção seja feita com muita cautela e observando limitações. Uma atuação judiciária que não observe as restrições que o próprio sistema constitucional lhe impõe macula sua decisão de inconstitucionalidade e, provavelmente, de injustiça, mormente quando atende a um pleito individual, sem analisar os efeitos de sua escolha sobre a coletividade.

Portanto, ainda que o Judiciário não tenha participação no procedimento de elaboração das leis orçamentárias e, conseqüentemente, nas decisões sobre a destinação das verbas públicas para a realização de políticas públicas, o seu controle repressivo deve observar quais os possíveis impactos gerados sobre o orçamento. E isso porque, conforme recorda Alceu Maurício Jr. (2009, p. 71), tanto em relação aos direitos a liberdades quanto em relação aos direitos sociais prestacionais, há um custo com o qual o Estado tem de arcar. A lógica sobre a reserva do possível é, portanto, a seguinte: como os recursos de que dispõe o Estado provêm da sociedade, aquilo que se exige, por meio de uma prestação jurisdicional, deve observar tanto se os recursos que o Estado atualmente dispõe são suficientes quanto se é possível exigir razoavelmente da sociedade um suporte desse tipo. Dito de outra maneira, ao analisar o caso concreto, não pode o Judiciário pretender aplicar o texto constitucional como ele se encontra, sem considerar a situação fática global, ou seja: de um lado, o direito pleiteado e a situação daquele que o pleiteia; de outro lado, as condições do Estado e da sociedade de financiar ou de arcar com o custo desse direito.

Diante disso, elaborar uma lista fechada de direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial é complicado. E isso não só pelos motivos acima discutidos, mas também por outros dois. O primeiro é recordado por Karine da Silva Cordeiro (2012, p. 93): a ligação existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais "... impõe que sejam reconhecidos tantos direitos quantos forem necessários para garanti-la". O segundo é o de que ainda que seja possível elencar os direitos que contribuam para uma vida digna, não se pode estabelecer em que quantidade eles contribuem.

No mesmo sentido, Eduardo Cambi (2011, p. 392) afirma ser impossível a universalização de um conceito que parece ser altamente subjetivo, uma vez que "As qualidades de vida das pessoas são muito diferentes para que seja possível reduzi-las a um denominador comum...". E complementa o autor (2011, p. 398): o conteúdo do mínimo existencial "... possui caráter variável, relativo e particular, devendo ser interpretado como um conceito flexível, por versar sobre *problemas quantitativos...*", de forma que "(...) Não merece ser

rigidamente delimitado, mas, ao contrário, deve desenvolver-se em uma perspectiva aberta e casuística”.

Prosseguindo no seu raciocínio, Eduardo Cambi (2011, p. 399) afirma que dizer o que é o mínimo existencial “... depende do tempo e do lugar, bem como da estrutura e do nível econômico e financeiro da sociedade”. Pode-se nesse sentido argumentar que quanto mais dignidade melhor, mas o problema é que, diante da escassez de recursos e da não vinculação desses direitos à reserva do possível, invariavelmente um determinado direito se realizado em carga além do mínimo necessário para uma vida digna poderá prejudicar a realização de outros direitos, o que igualmente prejudicará a concretização do mínimo.

Em conclusão, o sobredito autor expõe que, diante da escassez dos recursos públicos, sua aplicação deve ocorrer prioritariamente em relação à concretização de condições mínimas de realização da dignidade humana, ou seja, a realização do mínimo existencial (2011, p. 390). O que se procura, segundo ele, é otimizar os gastos públicos, aplicando-se com prioridade os recursos na concretização de direitos fundamentais sociais, “... sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade (*maximização do mínimo existencial*)”.

Assim, a análise do mínimo existencial conforme o caso concreto tem como um excelente parâmetro a redução das desigualdades materiais – o que se constitui como um dos objetivos da República brasileira (artigo 3º da Carta Magna de 1988). Isso quer dizer que poderá ser considerado (ainda que efetivamente não o seja no caso concreto) como mínimo existencial todas aquelas prestações ou, ainda, oportunidades que permitam uma maior ou melhor inclusão social, ou, como escreve Eduardo Cambi (2011, p. 391): “Dentro das limitações orçamentárias, o Estado deve *priorizar* os gastos públicos na concretização daqueles direitos que permitem gerar as *condições gerais mínimas* para a emancipação da pessoa humana...”.

Um exemplo esclarece bem a situação acima. Imagine-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) fornece, gratuitamente, duas doses diárias de um determinado

medicamento para tratar uma doença específica. Um indivíduo que usufrui dessas doses informa-se sobre a existência de um medicamento importado, cujo valor equivale ao valor de dez doses e que deve ser tomado uma única vez ao dia. Assim, aciona o Judiciário esperando uma tutela favorável, arguindo que sua dignidade está em jogo. O Poder Judiciário, ao realizar o controle da política pública, concede a tutela, sem analisar pormenorizadamente todo o contexto. Isso quer dizer que o Judiciário interviu indevidamente em política pública que estava produzindo resultados. Essa intervenção irá gerar um prejuízo não só na área sanitária como também muito provavelmente em outras áreas, pois determinará um remanejamento de recursos públicos para cobrir o novo gasto, que, indubitavelmente, será maior que aquele requerido por aquela única pessoa, uma vez que outros indivíduos acionarão o Judiciário para requerer tratamento isonômico.

Portanto, independentemente de quais sejam os direitos fundamentais que fazem parte do mínimo existencial, cumpre ao Poder Judiciário analisar todo o contexto que envolve uma política pública. O reconhecimento de um mínimo existencial significa exatamente isso: saber quais as condições mínimas para uma pessoa desfrutar de uma vida digna. Tomar um medicamento cinco vezes mais barato fornecido gratuitamente pela rede pública de saúde, em vez de um medicamento importado, não reduz a dignidade de ninguém, e ainda permite que o Estado disponha de recursos para realizar outras políticas públicas. Logo, o Judiciário deve analisar detidamente cada caso, utilizando o procedimento ponderativo-racional e observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para aferir se um determinado direito fundamental faz parte do mínimo existencial pleiteado.

Isso porque, de acordo com Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 133), é o “... mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa”. No mesmo sentido, Kazuo Watanabe (2011, p. 218) conclui que os direitos que compõem o mínimo existencial são imediatamente judicializáveis, quer dizer, não dependem “... de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por

meio de política pública específica...”, não se sujeitando à cláusula da reserva do possível. Note-se que ser imediatamente judicializável não significa certeza de tutela positiva. Isso porque, como deixa claro o exemplo acima formulado, nem sempre a violação de um direito contido a princípio no conceito de mínimo implicará na indignidade da pessoa; na verdade, se não se reduz a pessoa a uma situação de indignidade, então a violação do direito é tão somente aparente. Por isso, a conclusão de Kazuo Watanabe deve ser melhorada, haja vista a necessidade de o Judiciário saber e conseguir distinguir uma efetiva violação à dignidade humana de uma violação aparente.

Esse fato justifica a conclusão de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 287) de que a tutela requerida por uma pessoa deve ser razoável, ou seja, a prestação reclamada é uma exigência aparentemente perante o Estado, mas efetivamente perante a sociedade, de forma que, ainda que o Estado disponha de recursos para atender ao pleito individual, não haverá obrigação de prestar algo que seja desarrazoado. Retorna-se, portanto, mais uma vez à proporcionalidade e à razoabilidade, que devem ser observadas mediante procedimento ponderativo-racional, cabendo ao Poder Judiciário aquilatar tanto o planejamento da política pública quanto a sua execução, de acordo com a maior quantidade de informações possíveis. A conclusão é só uma: embora se fale em possibilidade e em legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas, realizar esse controle não é tão fácil quanto parece, e nem poderia sê-lo, em razão dos bens, interesses, recursos e consequências envolvidos.

### 3.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DOIS CASOS

Exposta a forma como deve (ou deveria) ocorrer o controle jurisdicional de políticas públicas, foram selecionados dois casos concretos que atestam a dificuldade desse tipo de controle, consubstanciado para atender ao mínimo existencial, e não a um ou outro direito fundamental específico. Ambos foram julgados pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do

Ministro Celso de Mello, sendo que o primeiro, o RE 581352 AgR, julgado em 29.10.2013, trata da obrigação estatal de prestar assistência materno-infantil, com melhoria e ampliação do atendimento a gestantes em maternidades estaduais, enquanto o segundo, o ARE 639337 AgR, julgado em 23.8.2011, trata da obrigação estatal de promover o direito das crianças à educação.

O primeiro julgado (RE 581352 AgR), que versa sobre o direito fundamental social à saúde, teve origem em uma ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, com o objetivo de impor obrigações de fazer ao Estado no sentido de ampliar e de melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais. O recurso extraordinário foi interposto pelo *Parquet* estadual contra acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas e conhecido e julgado procedente pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, a qual foi agravada regimentalmente.

A questão central, tratada no RE 581352 AgR, consiste em verificar sobre a possibilidade de o Judiciário, sem que viole a separação de poderes, determine a adoção pelo Estado, quando injustamente omissivo, de políticas públicas que se encontram estabelecidas pela Constituição de 1988. É pacífico no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não é atribuição ordinária (ou típica) do Judiciário formular e implementar políticas públicas, uma vez que se trata de encargo típico do Legislativo e do Executivo. Todavia, diante de omissão dos órgãos estatais competentes ordinariamente, o Judiciário, excepcionalmente, pode atuar nesse campo, mediante o controle jurisdicional de políticas públicas. O Ministro Celso de Mello, no RE 581352 AgR, fixa o entendimento, em seu relatório, de que a obrigação estatal de concretizar (atribuir efetividade) aos direitos fundamentais sociais é uma expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Diante dos excertos da decisão proferida pelo juízo estadual de primeiro grau, citados no acórdão do RE 581352 AgR, essa discricionariedade se relaciona muito pouco com a questão do planejamento de política pública na área da saúde – mormente quando se fala em negligência e falta de estrutura hospitalar da rede de saúde pública estadual –, tendo forte relação com aquela questão da execução da mesma política – já que se fala em oferta irregular, em

ampliação e melhoria no atendimento a gestantes e neonatos em maternidades estaduais.

O acórdão do Supremo fundamenta-se, basicamente, no princípio da proibição de retrocesso social e na cláusula da reserva do possível. Pelo princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez obtido determinado grau de realização de um direito fundamental qualquer, esse patamar atingido concretiza-se em direito subjetivo, plenamente exigível e abaixo do qual o Poder Público não pode pretender situar suas ações. Já pela cláusula da reserva do possível, o que se tem é que ela não pode ser invocada pelo Poder Público para exonerar-se, dolosamente, de cumprir suas obrigações constitucionais, especialmente quando sua omissão resultar em nulificação ou aniquilação de direitos fundamentais. Isso se deve ao fato de que o caráter programático das normas contidas no texto constitucional, como é o caso do artigo 196, que versa sobre o direito à saúde, não autoriza que ele seja interpretado de maneira inconsequente, sob pena de fraudar as justas expectativas que a Constituição promoveu nas pessoas. A legitimidade, então, do Judiciário em realizar tal intervenção que não lhe é típica, encontra-se no fato de que ela se constitui como controle jurisdicional de inconstitucionalidade por omissão.

O segundo julgado (ARE 639337 AgR), que trata sobre o direito fundamental social à educação para crianças de até cinco anos de idade, teve origem em uma ação civil pública, movida pelo Ministério Público de São Paulo, com o objetivo de impor ao Município de São Paulo a obrigação de matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de suas residências. O apelo extremo foi interposto, pelo Município de São Paulo, em face do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo e conhecido e julgado improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em decisão monocrática agravada regimentalmente.

Também nesse julgado, o acórdão do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a Constituição de 1988 estabeleceu como obrigação do Poder Público satisfazer, mediante prestações positivas, determinados direitos fundamentais, como a educação, no caso o atendimento, em creche e pré-escola, de crianças de até cinco anos de idade. Conclui-se, pelo mesmo motivo, a não violação da

cláusula da separação de poderes, aduzindo-se que ao Judiciário é conferida a atribuição, ainda que atípica, de agir, excepcionalmente, sobre as omissões do Executivo e Legislativo, cabendo-lhe, nesses casos, atender à justa expectativa criada pelo constituinte nas pessoas.

A argumentação também é no sentido de que as omissões do Poder Público no campo das prestações positivas consistem em insultos inaceitáveis aos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados pela Constituição de 1988, já que seu exercício foi inviabilizado pela reiterada e irresponsável inércia estatal. E, mais uma vez, faz uso do entendimento do Supremo sobre a utilização da cláusula da reserva do possível, cuja invocação não pode ocorrer pelo Poder Público para se eximir, dolosamente, de concretizar aquelas prestações referentes ao mínimo existencial e, assim, tornar digna a vida da pessoa. Nesse sentido, o mínimo existencial funcionaria como uma forte limitação à discricionariedade governamental. E o acórdão do ARE 639337 AgR também, a exemplo do anterior, fundamenta-se no princípio da proibição do retrocesso social, que, em síntese apertada, é entendido como aquele que impede que haja uma desconstituição das conquistas já alcançadas pela sociedade ou pelo indivíduo.

Verifica-se, por indução, a partir dos julgados acima, que o Supremo Tribunal Federal tem feito um controle jurisdicional de políticas públicas apenas com base em fundamentos doutrinários e jurisprudenciais da própria Corte. Não se olvida, aqui, o Enunciado 279, da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelo qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, ou seja, é entendimento do Tribunal que, em virtude de o apelo extremo ter fundamentação vinculada, não se pode discutir matéria probatória, havendo, pois, efeito devolutivo apenas em relação às questões de direito, não podendo haver a revisão de provas. Entretanto, o controle jurisdicional de políticas públicas realizado pelo Supremo Tribunal Federal deveria ser uma exceção a esse entendimento sumulado. E a razão para isso é simples.

A tão só análise da violação de dispositivos constitucionais é, no caso, muito superficial, já que a Corte Suprema brasileira desconsidera, por força de sua

pacífica jurisprudência, as questões mais profundas existentes em referido controle. Como foi observado nos capítulos terceiro e quarto, o ciclo de uma política pública passa por duas grandes fases: planejamento e execução. Acontece que, senão todas, a grande parte das demandas apresentadas ao Judiciário, das quais as duas aqui trazidas são apenas dois bons exemplos, se constituem a partir de uma verificação, geralmente feita pelo Ministério Público, de que algum ou alguns direitos fundamentais não têm sido concretizados de maneira plena, violando o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que o próprio Supremo Tribunal Federal e o ordenamento jurídico não estabeleceram parâmetros que permitam identificar o que faz parte e o que não faz do mínimo existencial, apenas reconduzindo a análise desse direito, como tem sido tratado até então, ao caso concreto apresentado, em vez de fazer a análise, muito mais complexa, em um contexto global. Exemplo disso é aquele denunciado por Lícia Bonesi Jardim (2011, p. 257-274) sobre o salário mínimo digno, já que, pelo valor atualmente estabelecido, não há o atendimento à regra insculpida no artigo 7º, IV, da Constituição de 1988; mas que, apesar disso, o Judiciário entende que, ponderando-se valores, uma adequação do valor do salário mínimo à exigência constitucional traria, por outro lado, aumentos, por exemplo, de ordem inflacionária, corroendo eventual aumento real, tornando-o apenas nominal.

Veja-se que esse tipo de análise, embora não analise provas, respeitando, por isso, o teor do Enunciado 279 acima transcrito, compreende a análise de uma situação fática, o que é substancialmente diferente da determinação sumular. Não se encontra, e essa indução é feita com base nos casos apresentados, nos julgamentos do Supremo uma análise detida sobre o planejamento nem sobre a execução das políticas públicas. O que existe são análises baseadas no seguinte: se há um indivíduo ou um grupo de indivíduos que não usufruem de um determinado direito, então há omissão, parcial ou total, do Poder Público em relação a uma obrigação constitucional de concretizar determinado direito fundamental, e, por isso, caberia o controle jurisdicional para determinar a ação estatal.

Certamente, para que o juízo de primeiro grau, como atestam os dois casos apontados acima, considere haver uma omissão, total ou parcial, estatal no cumprimento de suas obrigações constitucionais, tanto o peticionante inicial apresentou argumentos fáticos que podem levar à conclusão de que o Poder Público demitiu-se da obrigação que lhe foi imposta pela Constituição de 1988, quanto a resposta apresentada pelo Poder Público não foi suficiente para que se afastasse tal argumentação. No entanto, ainda assim cabe ao juízo, antes de realizar o julgamento, colher informações mais substanciais sobre o ciclo da política pública questionada, para que não profira uma decisão, que, ainda que desafiada por recursos, será muito provavelmente confirmada pela Corte Suprema brasileira para reconhecer a omissão estatal em realizar o mínimo existencial e a dignidade humana.

Caso exemplar disso é o recente julgado da Justiça Federal no Estado de São Paulo, proferida nos autos do Processo 0002609-37.2014.403.6113, em que o Juiz Federal Marcelo Duarte da Silva, da 3ª Vara Federal de Franca, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, considerou como procedente o pedido de transplante multivisceral para uma criança de cinco meses de idade que sofre de Síndrome de Berdon, uma doença rara que afeta o funcionamento da bexiga, estômago e intestino. De acordo com o juízo de primeiro grau, caberia ao Sistema Único de Saúde brasileiro arcar com os custos de transferência do bebê para os Estados Unidos da América para realizar referido procedimento cirúrgico, orçado em dois milhões de reais.

Situações como essa geram o seguinte questionamento: “... O Judiciário deve garantir tudo aquilo que o paciente precisa para ser curado, sem levar em consideração os custos, ou pode se valer de algum critério para a distribuição do direito à saúde?” (SCABIN; ACCA, 2014, p. A3). Porém, como observam Flávia Scabin e Thiago Acca, essa pergunta não é adequada, pois a resposta a ela é que há recursos escassos, de forma que seria impossível assegurar a todos o melhor e mais completo tratamento, só se podendo conceder a todos o tratamento básico. Nesse sentido, os autores apontam que o questionamento mais adequado seria: “... quais são os critérios que seriam adequados para

decidir entre aqueles que terão ou não acesso à saúde? Como o Judiciário poderia contribuir para a identificação desses critérios?” (SCABIN; ACCA, 2014, p. A3).

É preciso que tais questões não sejam respondidas, como Hélio Schwartzman destaca, com a interpretação jurisdicional exótica do artigo 196 da Constituição de 1988. Para o autor, o Judiciário, em vez de compreender o disposto no texto constitucional como uma declaração de princípios que deva ser seguida pelo Poder Público, “... de forma mais ou menos consistente o tomou como mecanismo de aplicação imediata com efeitos concretos”, do que “... passou a obrigar os entes federativos a pagar toda espécie de tratamento para quem entrasse com uma ação judicial, não importando os custos nem a comprovação científica da terapia em questão”, bastando “... proferir o mantra ‘dever do Estado’ para assegurar que os recursos se materializassem”. A irresignação do autor poderia ser tranquilamente fundamentada naquilo que já foi desenvolvido nesta Dissertação, para concluir que, sem analisar o contexto global no qual se insere uma determinada opção política, o Judiciário, ao determinar que um paciente seja atendido, “... está, ainda que não o veja, privando outros cidadãos de beneficiar-se das verbas da saúde, que são, infelizmente, finitas”, de modo que tal intervenção “... significa tirar das autoridades sanitárias a capacidade de traçar políticas que beneficiem o maior número possível de pessoas. É exatamente o contrário do que chamaríamos de atitude racional” (SCHWARTSMAN, 2014, p. A2).

A resposta, que parece mais adequada, é dada por Octavio Luiz Motta Ferraz e Daniel Wei Liang Wang. Os autores partem de informações concretas de que poucos hospitais brasileiros têm condições de realizar o procedimento, que é, ainda, experimental, e de que nenhum deles entende que o paciente se enquadra nos critérios exigidos pelas autoridades brasileiras competentes para que a cirurgia tenha mínimas chances de sucesso. Os autores avaliam que o gasto do Estado brasileiro com o sistema de saúde é, comparado com outros países, realmente pouco, mas que “... nem que dobrasse ou triplicasse seus gastos e acabasse da noite para o dia com a corrupção e a ineficiência, poderia fornecer a toda a população o melhor e mais moderno tratamento possível

disponível”. Assim, devido à escassez de recursos, ao Estado restaria a inglória tarefa de fazer escolhas trágicas. No entanto, como afirmam os autores, em 2013 foram gastos com a judicialização da política no mínimo um bilhão de reais, e “O dinheiro para o cumprimento das decisões não sai do bolso do corrupto ou da redução da ineficiência, mas do orçamento disponível para o cuidado de saúde de toda a população”. Tanto Ferraz quanto Wang não põem em dúvida o valor da vida e saúde do bebê contemplado pela Justiça Federal em São Paulo, mas afirmam que negar o procedimento cirúrgico que o juízo de primeiro grau lhe concedeu “... não significa necessariamente ignorar o valor da vida e da saúde do demandante, mas dar-lhe o mesmo valor que à vida e à saúde de todos que também dependem do sistema” (FERRAZ; WANG, 2014, p. A3).

*Mutatis mutandis*, o caso do transplante multivisceral parece se assemelhar ao discutido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, em que se avaliava que, de acordo com especialistas, não havia condições mínimas de sobrevivência de fetos anencefálicos, de modo que a interrupção terapêutica (que o Tribunal considerou, por mera argumentação, não ser caso de aborto terapêutico) seria admissível, para preservar a saúde materna, desde que a anencefalia fosse comprovada. Na ADPF 54, julgada procedente, em 12.4.2012, pela maioria do Pleno do Supremo, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, houve análise mais pormenorizada do caso, avaliando-se as opiniões de especialistas, para que se pudesse chegar a uma conclusão definitiva.

Entretanto, nos casos de controle jurisdicional de políticas públicas não se tem verificado uma análise mais detida pelo Supremo Tribunal Federal, abordando as opiniões e as considerações de especialistas em políticas públicas. O que se tem percebido – e o RE 581352 AgR e o ARE 639337 AgR são exemplos disso – é que a Corte Suprema brasileira tem se detido (ou se dedicado) com certa exclusividade a trazer e repetir os mesmos argumentos jurídicos de que não se trata de violação à separação de poderes a determinação do Judiciário para que o Poder Público realize ou implante políticas públicas sociais, e que o Estado não pode se demitir, dolosamente, afirmando a escassez dos recursos com a cláusula da reserva do possível, da realização do mínimo existencial e

da dignidade da pessoa humana, pois a ordem jurídica veda a proibição de retrocesso social.

Obviamente, não se trata de afirmar que o Judiciário não tenha legitimidade e até possa impor ao Poder Público, sob pena de multa, a concretização de direitos fundamentais mediante políticas públicas. A questão aqui é bem outra, qual seja: cabe ao Judiciário analisar detidamente as condições fáticas, muito mais que os argumentos jurídicos, para que se possa decidir se um pedido que lhe é apresentado é faticamente realizável. Portanto, o Judiciário, ao perceber que foi invocado o mantra “é dever do Estado”, cumpre avaliar como esse dever pode ser cumprido, de acordo com parâmetros constitucionais e fáticos, principalmente, e não apenas que esse dever deve ser cumprido.

## **CONCLUSÕES**

Procurou-se demonstrar, nesta Dissertação, a legitimidade e a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, desde que respeitadas determinadas limitações, não só decorrentes da atuação do próprio Judiciário, mas também aquelas que devem (ou deveriam) ser observadas pelo Executivo ao realizar tanto o planejamento quanto a execução de políticas públicas.

A legitimidade, como desde as primeiras linhas deste trabalho se procurou deixar claro, é a legitimidade democrática, jurídico-política, fundamentalmente baseada naquilo que se tem denominado de um Judiciário ativo, não ativista, de um Judiciário que atua na judicialização da política, sem, porém, interferir desmesuradamente no âmbito de atuação do Executivo, especialmente quando este exerce a sua função administrativa.

É essa legitimidade democrática, isto é, de poder levar ao Judiciário demandas em que se requeira a devida concretização do direito fundamental a uma boa administração pública, é ela que enseja a possibilidade de que seja realizado um controle jurisdicional de políticas públicas. Os instrumentos que o Judiciário pode utilizar são os mais variados, como, por exemplo, permitir a intervenção dos *amici curiae*, realizar audiências públicas, solicitar perícias, estabelecer diálogos com os órgãos de outros poderes e mesmo com os órgãos do próprio Judiciário, tudo isso com o propósito de realizar o mais completo e melhor controle possível.

Mas, é preciso apontar, como se fez em todo o trabalho, especialmente durante o terceiro capítulo, que essa possibilidade democraticamente legítima de que o Judiciário realize o controle de políticas públicas é, necessariamente, limitada. E essas limitações são, em sua essência, basicamente as mesmas incidentes sobre a atuação da Administração Pública durante o ciclo de planejamento e de execução de uma política pública. Por isso se dizer que a legitimidade desta sua atuação é limitada, uma vez que ela está sujeita a limitações como o uso da racionalidade e da ponderação no procedimento de escolha, bem como a escolhas razoáveis e proporcionais, a fim de que os objetivos constitucionais sejam realizados, mas sem que se crie um rombo com a concretização de um objetivo e o esquecimento de outros, daí a necessidade imperiosa de que seja observado o mínimo existencial, que também é um agente limitador, na hora de o Judiciário decidir que direitos devem ser concretizados e que direitos podem esperar para sê-lo.

Diante disso, e após a exposição feita em toda a Dissertação até aqui, as conclusões são apresentadas de modo sistematizado em proposições objetiva, da forma a seguir:

1. A Constituição de 1988 não adotou o modelo de separação de poderes formulado por Montesquieu. Isso é um mito.
2. O modelo formulado por Montesquieu foi formulado no século XVIII, a partir da observação do sistema parlamentar inglês, como forma de deter as arbitrariedades do Estado Absolutista, controlando, assim, o exercício do poder.
3. Para Montesquieu, a lei deveria prevalecer sobre a vontade do Executivo e ao Judiciário caberia tão somente fazer incidir a letra fria da lei. Logo, o Judiciário, neste modelo, não julga, apenas repete. Daí a conhecida expressão: o juiz é a boca da lei.
4. No Brasil nunca houve uma predominância forte do Legislativo. De 1822 até 1988 prevaleceu praticamente o Executivo, representado pelos imperadores do Brasil (1822-1889), pela Política dos Governadores (1889-1930), pelos anos Vargas (1930-1945) e finalmente pelo Regime Militar (1964-1985/87). A partir de 1988 é que existe uma tentativa de equilíbrio entre as três funções do poder estatal.
5. O modelo francês pouco influenciou o brasileiro. O modelo que parece ter influenciado o sistema adotado no Brasil é aquele formulado por países presidencialistas.
6. No presidencialismo, o Judiciário é uma das funções do poder estatal. Ele não apenas profere decisões, mas atua também contramajoritariamente e como guardião da Constituição.
7. A influência mais marcante no modelo brasileiro é aquela desenvolvida na prática estadunidense. Trata-se do mecanismo de freios e contrapesos, o qual se encontra registrado nas Constituições brasileiras desde 1891. E, na atual, está no artigo 2º: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

8. Na verdade, o poder é uno, por isso não se divide. A divisão existente se dá nas competências, em função de um órgão representativo de parcela do poder estatal.
9. O desempenho dessas competências ou funções tem um custo, de modo que deve ocorrer de forma moderada, equilibrada. Por isso, quando se fala na tendência de supremacia de uma das funções do poder estatal, o que se tem é que em certos momentos uma delas pode sobressair, seja ao exercer suas competências típicas seja ao controlar as outras funções. Isso não quer dizer sua predominância absoluta.
10. Tanto o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade pelo método difuso e concreto quanto o austríaco pelo método concentrado e abstrato influenciaram o modelo jurisdicional brasileiro. Trata-se de uma perspectiva baseada na necessidade de descentralizar para melhor controlar.
11. Independente do sistema institucional (presidencial ou parlamentar), o Judiciário pode participar da arena pública como instância corresponsável pela harmonia e equilíbrio entre as funções estatais. Mas sua efetiva participação depende da existência de determinadas condições.
12. No Brasil, essas condições surgiram com a Lei da Ação Popular (1965), que permitiu ao Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, e com a Lei da Ação Civil Pública (1985) e a Constituição de 1988, que tornou mais democrático o acesso ao Judiciário.
13. Com a Constituição de 1988 houve, portanto, a ampliação aos cidadãos do acesso ao Judiciário para controlar o cumprimento das obrigações constitucionais pela Administração Pública.
14. A ampliação do controle sobre a Administração Pública ocorreu com a Emenda Constitucional 19/1998, especialmente naquilo que acresceu ao artigo 37 da Constituição de 1988 o princípio da eficiência administrativa e da participação e controle pelo usuário.
15. A Administração Pública teve seu papel renovado no final da década de 1990, consolidando-se a necessidade de que efetivasse os objetivos do Estado brasileiro, previstos no artigo 3º da Constituição de 1988.

16. O novo papel deve ser vislumbrado a partir do princípio da eficiência e de sua pertinente e íntima relação com as escolhas e políticas públicas.
17. O entendimento sobre o que representa o princípio da eficiência dentro do cenário da nova Administração Pública é fundamental para se poder entender como são (ou deveriam ser) feitas escolhas públicas baseadas no interesse público.
18. O objetivo da Reforma da Administração Pública, diante do esgotamento do modelo de Estado de bem-estar social, foi concentrar a ação estatal em obrigações constitucionais tipicamente voltadas para assegurar o interesse público, por meio da adoção de modelos de administração já consagrados e eficientes, praticados pelo setor privado, caracterizando o que se passou a denominar de princípio da boa administração.
19. O princípio da boa administração liga-se intrinsecamente ao princípio da eficiência, o qual preconiza, juridicamente, a introdução na Administração Pública de técnicas de administração de resultados e a assunção de um dever geral de conduta finalística voltada ao atendimento do interesse público.
20. A atuação estatal eficiente significa atingir os melhores resultados com os meios disponíveis.
21. As únicas possibilidades nas quais se vislumbram possibilidade de uma intervenção ou controle jurisdicional são aquelas em que o resultado final não tenha contemplado a finalidade constitucional ou legal (que é atender o interesse público), independente da escolha feita, se mais ou menos adequada, ou se inadequada.
22. Quando o interesse público é contemplado, ainda que não integralmente, tem-se o atingimento da finalidade constitucional/legal, não cabendo ao Judiciário intervir no mérito da atuação administrativa, mesmo quando a escolha não tiver sido inicialmente a mais adequada, mas tiver ocorrido uma correção de percurso.
23. Há apenas uma situação em que, ainda que atingida a finalidade legal, o Judiciário possa intervir: quando a Administração Pública dispense mais recursos públicos do que o necessário para realizar um interesse público que demandaria bem menos recursos.

24. Liga-se aos princípios da boa administração pública e da eficiência o princípio da proteção da confiança, pelo qual a sociedade e o particular têm o direito de se sentirem seguros quanto ao que esperar do Estado, em especial naquilo que se refere às obrigações constitucionais deste, como a concretização de direitos fundamentais mediante o planejamento e a execução de políticas públicas.
25. Ao fazer escolhas, a Administração Pública deve observar para que seus atos não violem a confiança da sociedade e dos particulares em sua competência para concretizar o interesse público.
26. Dentre as principais escolhas da Administração Pública estão aquelas voltadas para a criação e a realização de políticas públicas, ou seja, como os recursos públicos serão direcionados e empregados para a realização de direitos fundamentais.
27. A definição corrente de política pública é a de programa de ação do governo consistente em articular medidas, formuladas em procedimentos juridicamente regulamentados, para movimentar a máquina estatal, a fim de realizar, com os meios e informações disponíveis, objetivos públicos.
28. Toda política pública passa por um ciclo, o qual é formado por duas grandes fases: o planejamento e a execução. Entender como esse ciclo se processa é fundamental para permitir o adequado controle realizado pelo Judiciário das demandas sobre concretização de direitos que lhes são apresentadas.
29. A primeira grande fase é interna e consiste no planejamento da política pública. Nela ocorre a identificação do problema, a formação da agenda e a formulação de alternativas.
30. A identificação do problema é a parte mais crítica da primeira fase. É a partir dela que todas as outras etapas se desenvolverão. Nela é que se escolhe qual problema público será resolvido. Nessa etapa, estabelecem-se um referencial negativo (o atual estado do problema público escolhido) e um referencial positivo (a situação almejada para esse problema ao final da política pública). Identificá-lo é tarefa difícil, pois é necessário saber qual a extensão, quais os efeitos, qual a duração, como ele se manifesta e quais as relações dele com outros

- problemas. Assim, são necessárias pesquisas, levantamentos e previsões para que se possa escolher um problema público ao qual solucionar.
31. A etapa seguinte é formar uma agenda, isto é, colocar o problema dentro de prioridades de atuação. Essa lista conterá vários problemas que foram identificados, e permitirá a escolha de quais serão resolvidos primeiro e por qual motivo. As prioridades serão definidas durante o procedimento de elaboração das leis orçamentárias, desde a proposta inicial feita pelo Executivo, passando pelas discussões no Legislativo, até a sanção final do próprio Executivo.
  32. Em seguida, a última etapa da fase interna de planejamento é formulação de alternativas. Ela consiste na criação de opções para resolver ou para abordar um problema público, a partir da identificação de restrições de ordem técnica e/ou política à ação estatal, revelando o que é viável e o que é inviável. Em tese, ela se propõe a permitir uma tomada de decisão mais efetiva e adequada. Por isso se pode dizer que se liga intimamente com a etapa da tomada de decisões, a qual inaugura a segunda fase do ciclo de uma política pública.
  33. O documento primordial, embora não o único, que fecha essa fase é o orçamento público, o qual, enquanto planejamento, é pressuposto de toda e qualquer política pública. A ele devem se relacionar e observar toda a produção legislativa e executiva posterior relacionada à criação de uma nova política pública ou à reformulação ou ampliação de políticas públicas já existentes.
  34. Em tese, as leis orçamentárias são uma produção conjunta do Executivo e do Legislativo, dada a configuração atual do procedimento orçamentário brasileiro. Assim, o resultado final do planejamento a ser implementado pelo Executivo é fruto das ponderações e das escolhas feitas pelas duas funções que congregam representantes do povo.
  35. O Judiciário aparentemente não tem participação no controle prévio sobre a proposta orçamentária. No entanto, essa exclusão é apenas aparente, porque há a possibilidade de um controle mediante audiências públicas, e não há nenhum obstáculo a que o Judiciário forme comissão específica para a avaliação das justificativas apresentadas pelo

- Executivo e pelo Legislativo sobre suas escolhas quanto à realização de determinadas políticas públicas.
36. A segunda grande fase é externa e consiste na execução da política pública. Nela ocorre a tomada de decisão e a implementação, a avaliação e a extinção de uma política pública.
  37. A etapa de tomada de decisão estabelece a passagem do que está no papel para o plano concreto. Passa-se da intenção para a realização. É uma fase crucial que vai determinar como ocorrerá a implementação da política pública.
  38. A implementação da política pública é a segunda etapa da segunda fase, ou seja, da execução. O propósito, aqui, é agir sobre o problema público identificado como prioritário e contemplado pelo planejamento estatal. A duração dessa etapa varia muito, dependendo de qual o objetivo que se pretende alcançar. Nesse momento é que os obstáculos e as falhas de planejamento e de execução aparecem com maior nitidez, bem como é o momento em que se podem fazer correções de percurso e de rumo.
  39. Durante a execução ou depois de finalizada a política pública, faz-se uma avaliação entre o estado do problema público quando de sua identificação e o estado dele após a implementação da política pública. Essa avaliação funciona como um “feedback”, o qual, em tese, influenciará as próximas escolhas públicas.
  40. A avaliação de uma política pública pode ser realizada por quaisquer das funções do poder estatal, bem como pela sociedade civil. Quando feita pelo Judiciário, tem-se o controle jurisdicional de políticas públicas, o qual pode resultar em uma intervenção mais ou menos forte na atuação da Administração Pública.
  41. A avaliação de uma política pública é algo bastante dificultoso, porque há muitas variáveis e muitos atores e perspectivas envolvidos. De qualquer forma, os resultados de uma avaliação podem ser resumidos nestes, a depender da eficácia do programa e de seu impacto na sociedade: dar continuidade, reestruturar ou extinguir.
  42. A compreensão das etapas do ciclo de uma política pública não é tarefa primordial apenas do administrador público, mas também de quem

- estiver envolvido em alguma forma de controle das políticas públicas. Portanto, cumpre, por exemplo, ao Judiciário, compreender que mesmo ao intervir pontualmente poderá haver uma desestabilização do ciclo que pode levar uma política pública ao insucesso ou à falência.
43. O Judiciário tem legitimidade para controlar as políticas públicas de modo repressivo. Essa autorização é conferida pelo arranjo constitucional de 1988, baseado especialmente no artigo 2º da Constituição. Trata-se de verdadeiro controle de constitucionalidade, o qual pode seguir o método difuso (e concreto) bem como o concentrado (e abstrato).
44. As restrições à atuação do Judiciário no controle de políticas públicas são divididas em dois grupos, os quais levam em conta as duas fases do ciclo de uma política pública: o controle sobre o planejamento e o controle sobre a execução. Ambos os grupos partem desta: o magistrado conhece ou conta com informações prestadas por especialistas a respeito do ciclo básico de uma política pública.
45. As limitações à atuação do Judiciário podem ser vislumbradas como de duas ordens. A primeira congrega restrições específicas à atuação da função jurisdicional, que são normalmente de natureza procedimental. A segunda envolve restrições específicas à Administração Pública, as quais o magistrado deve conhecer para que possa avaliar como foram feitas as escolhas públicas que pretende controlar.
46. As limitações determinam a atuação do Judiciário dentro da legalidade e da constitucionalidade, evitando intervenções arbitrárias que resultem em usurpação de competências ou que possam trazer efeitos danosos à sociedade. Assim, há dois grupos de limitações.
47. O primeiro grupo de limitações refere-se às questões de planejamento de uma política pública, ou seja, como as escolhas públicas são feitas e com base em quê. A análise dessas escolhas deve ser feita com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O procedimento para fazer tal análise é o da ponderação argumentativa, baseada na racionalidade. Isso leva à conclusão de que o planejamento de uma política pública deve ser amplamente documentado. Do que se conclui:

- a intervenção judicial é inversamente proporcional à documentação apresentada pela Administração Pública.
48. Racionalidade é a adequação dos meios aos resultados pretendidos. Ela permite que sejam feitas escolhas consistentes e adequadas, devendo-se observar que cada escolha implica em pelo menos uma renúncia. A decisão racional deve alcançar o propósito constitucionalmente fixado a partir de meios desenvolvidos segundo um procedimento, amplamente documentado e transparente, que revele tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade da escolha feita.
  49. O procedimento é denominado ponderação, que traz a justificativa para a escolha feita. A necessidade de apresentar justificativa é denominada reserva de consistência, que outra coisa não é senão o princípio da necessidade de fundamentação. Esse procedimento deve ser observado tanto pela Administração Pública quanto pelo Judiciário. Assim, o que se tem é que pela ponderação são superados conflitos entre opções.
  50. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade não são intercambiáveis, uma vez que possuem finalidades e origens distintas, embora ambos se vinculem à ideia de justiça material, de moderação e de racionalidade. De maneira geral, pode-se dizer que a razoabilidade é um dos elementos da proporcionalidade, mas com ela não se confunde.
  51. O princípio da proporcionalidade possui três dimensões: idoneidade do fim e adequação dos meios; necessidade da opção; proporcionalidade em sentido estrito.
  52. A primeira - idoneidade do fim e adequação dos meios - trata da análise se a decisão pública é idônea, merecendo prosperar, pois sua finalidade é constitucionalmente legítima, e se os meios escolhidos são adequados, não contrariando os parâmetros constitucionais para ser implementada. Nesse momento não devem ser analisados os resultados que eventualmente foram produzidos com a política objeto de controle, mas as escolhas feitas em abstrato pelo administrador público.
  53. A segunda é a necessidade da opção, a qual parte da suposição de ter havido uma escolha pública idônea e adequada para a solução prática de um problema público. Trata-se, aqui, da análise de se a opção feita é realmente necessária para alterar um quadro problemático, com o intuito

- de solucioná-lo. Um meio será necessário, e, assim, indispensável quanto menos influenciar na realização dos direitos fundamentais que não se continham na opção feita, mas nas opções deixadas de lado.
54. A terceira - proporcionalidade em sentido estrito - trata de uma análise compensatória, pela qual se determina não se poder escolher por uma opção cuja finalidade a ser promovida não é mais importante que o direito fundamental constante da opção deixada de lado.
55. O princípio da razoabilidade é unidimensional e determina que a escolha não seja arbitrária ou implausível, devendo funcionar como meio idôneo e hábil, além de necessário para concretizar os fins constitucionalmente legítimos.
56. O segundo grupo de limitações refere-se às questões sobre execução de políticas públicas, envolvendo não somente a execução literal do planejamento, mas também as adequações (correções de percurso e rumo) que são feitas, inclusive, e principalmente, com atenção especial aos recursos públicos envolvidos e sua utilização.
57. Na prática, a Administração Pública não submete o planejamento das políticas públicas ao crivo do Judiciário, antes de implementá-las. Nesse sentido, deve-se discutir a questão do mínimo existencial e de outras questões que a ela estão associadas, como a reserva do possível e a maneira como o Judiciário pode realizar o controle da execução de uma política pública.
58. A Constituição brasileira reconhece uma ampla quantidade de direitos fundamentais. Diante da escassez de recursos, nem todos eles poderão ser contemplados. Viabiliza-se, assim, a tese do mínimo existencial, que seria o conjunto de direitos cuja concretização se constitui como objetivo fundamental do Estado, isto é, o núcleo básico da dignidade humana.
59. Dentro dessa concepção de mínimo existencial, seria inviável alegar a reserva do possível. Essa cláusula só poderia ser alegada para aqueles direitos que se consubstanciam em benefícios sociais não prioritários.
60. Quando o Judiciário realiza o controle repressivo de políticas públicas, cabe analisar não só a proporcionalidade e a razoabilidade das escolhas feitas pelo Executivo e Legislativo, mas também a exigência feita ao

Poder Público e o que uma tutela jurisdicional positiva pode representar em termos de reflexos para a sociedade.

61. O conteúdo do mínimo existencial deve ser definido caso a caso, por ser dinâmico e evolutivo e estar condicionado à proibição de retrocesso social.
62. Ao analisar o caso concreto, o Judiciário tem de considerar a situação fática global, ou seja, todo o contexto, e não apenas o caso individual que lhe é submetido.
63. O Supremo Tribunal Federal deve, também, nos casos de controle de políticas públicas que lhe chegam, fazer uma análise detida tanto sobre o planejamento quanto sobre a execução dessas políticas.
64. Antes de realizar qualquer julgamento, cabe ao Judiciário colher dados e informações mais substanciais que aqueles apresentados pelas partes sobre as escolhas públicas questionadas, a fim de permitir uma análise mais pormenorizada do caso, avaliando opiniões de especialistas.

Diante desses pontos conclusivos, os quais resumem bem as questões que foram levantadas e discutidas nesta Dissertação, pode-se concluir que o Poder Judiciário tem legitimidade limitada para realizar o controle de políticas públicas e que as limitações a que se submete decorrem não apenas de imposições legais, mas também, e principalmente, de condições fáticas, decorrentes de uma contextualização global da situação que é apresentada em Juízo, de modo que a argumentação jurídica, normalmente justificadora da concretização do mínimo existencial e do uso adequado da reserva do possível e da observação da proibição do retrocesso social, deve ser apenas subsidiária. Assim, quando o Judiciário perceber que uma demanda invoca o mantra “é dever do Estado”, necessário será avaliar como esse dever deve ser cumprido, e não apenas que esse dever deve ser cumprido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

\_\_\_\_\_. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 200p.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012, 302p.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013, 182p.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 334p.

\_\_\_\_\_. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259-292.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 452p.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 341p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j.m.v., DJE 30.4.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 26 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581352/AM*, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, v. u., DJE 22.11.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP*, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, v. u., DJE 15.9.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, 298p.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 1-49.

BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 73-91.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 536p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, 1228p.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, 377p.

CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, nov. 2004, p. 115-126.

\_\_\_\_\_. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, vol. XLIV, n. 191, 2009, p. 315-335.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 216p.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575-612.

CORTES, Soraya Vargas; LIMA, Luciana Leite. A contribuição da Sociologia para a análise de políticas públicas. *Lua Nova*, vol. 87, 2012, p. 33-62.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97-130.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131-142.

FARO, Julio Pinheiro. Liberalismos políticos. *Revista Portuguesa de Ciência Política*, n. 1, 2011a, p. 103-112.

\_\_\_\_\_. Mecanismos de efetivação da tutela específica em sede de controle judicial de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 19, n. 76, p. 57-80. Belo Horizonte: Fórum, 2011b.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas, deveres fundamentais e a concretização dos direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 3, n. 2, 2013, p. 250-269.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; WANG, Daniel Wei Liang. As duas portas do SUS. *Folha de S. Paulo*, 19 de junho de 2014, p. A3.

FIGUEIREDO, Marcus Faria; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. *Análise e Conjuntura*, vol. 1, n. 3, set./dez. 1986, p. 107-127.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 140p.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 149p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de política públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 488p.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Indianápolis: Liberty Fund, 2001a. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/carey-the-federalist-gideon-ed>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

HERRERA, Carlos Miguel. A polêmica Schmitt-Kelsen sobre o guardião da Constituição. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 295-327.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Clarendon Press, 1909. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/hobbes-leviathan-1909-ed>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Trad. Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, 323p.

JARDIM, Lícia Bonesi. Controle jurisdicional da política pública salarial: o Judiciário e o direito fundamental ao salário mínimo digno. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 143, 2011, p. 257-274.

KELSEN, Hans. *General theory of Law and State*. Londres: Transaction Publishers, 2006.

LOBO, Lilia Ferreira. A expansão dos poderes judiciários. *Psicologia & Sociedade*, n. 24, 2012, p. 25-30.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. Londres: A. Millar et al., 1764. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/locke-the-two-treatises-of-civil-government-hollis-ed>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, 2002, p. 113-133.

MADISON, James. The Federalist Paper n. 47: the meaning of the maxim, which requires a separation of the departments of power, examined and ascertained. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Indianápolis: Liberty Fund, 2001b. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/carey-the-federalist-gideon-ed>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. The Federalist Paper n. 47: the same subject continued, with a view to the means of giving efficacy in practice to that maxim. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Indianápolis: Liberty Fund, 2001c. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/carey-the-federalist-gideon-ed>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 311p.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, 434p.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 384p.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. *The complete works of M. de Montesquieu: The Spirit of Laws*. Londres: T. Evans and W. Davis, 1777a, vol. 1. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/montesquieu-complete-works-vol-1-the-spirit-of-laws>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. *The complete works of M. de Montesquieu: The Spirit of Laws*. Londres: T. Evans and W. Davis, 1777b, vol. 2. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/montesquieu-complete-works-vol-2-the-spirit-of-laws>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. Constitucionalização do Direito administrativo no Brasil? Reflexões a partir da ideia de um Direito das futuras gerações. In: FABRIZ, Daury Cesar; FARO, Julio Pinheiro; ULHOA, Paulo Roberto; PETER FILHO, Jovacy; GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira; SILVA, Heleno Florindo da (org.). *Direito das futuras gerações*. Vitória: Cognorama, 2013, p. 45-63.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, 175p.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, 269p.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014a, 231p.

OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo: o Judiciário como superego. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 12, n. 49, p. 177-206. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PASQUINO, Pasquale. Condorcet, Kelsen e a regra da maioria. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 237-251.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, 235p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução*

*democrática do direito público no Brasil*: livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 153-215.

PERLINGEIRO, Ricardo. Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil. *Scientia Iuridica*, t. LXII, n. 333, p. 1-22, 2013.

PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas Constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 141-194.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, 191p.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SÃO PAULO. Justiça Federal, 3ª Vara Federal em Franca. *Processo 0002609-37.2014.403.6113*, Juiz Federal Marcelo Duarte da Silva, j. 20.10.2014. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2014/141030transplante.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 493p.

SCABIN, Flávia; ACCA, Thiago. Os tribunais em busca de critérios de justiça. *Folha de S. Paulo*, 1º de julho de 2014, p. A3.

SCHWARTSMAN, Hélio. Obscurantismo judicial. *Folha de S. Paulo*, 25 de junho de 2014, p. A2.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. *Revista de Administração Pública*, vol. 43, n. 2, 2009, p. 347-369.

\_\_\_\_\_. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011, 149p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p. 23-50, 2002.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 436p.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 34, n. 133, p. 5-16, jan./mar. 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America: historical-critical edition of "De la démocratie en Amérique"*. Trad. James T. Schleifer. Indianápolis: Liberty Fund, 2010, 4 vol. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/tocqueville-democracy-in-america-historical-critical-edition-4-vols-lf-ed-2010>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 186p.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista DIREITO GV*, vol. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 389-406.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista DIREITO GV*, vol. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 407-440.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33-72.