Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS

THE EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES AS PRESTATIONAL FUNDAMENTAL RIGHTS

Cognitio Juris
Ano XII – Número 38 – Edição Especial – Fevereiro de 2022
ISSN 2236-3009

Autores:
André Ricardo Fonsêca da Silva[1]
Jordânia Cardoso Soares[2]

RESUMO: Este artigo trata da efetividade das políticas enquanto direitos fundamentais prestacionais. A partir daí, considerando a falta de empenho na concretização de políticas públicas por parte dos Poderes originários (Legislativo e Executivo), o Poder Judiciário avocou para si essa função, tem-se por objetivo analisar se a concessão de direitos fundamentais prestacionais, ou seja, direitos sociais, por intermédio de processos judiciais é uma conduta legal e constitucional. Ao longo do presente artigo científico ficará elucidado que a conduta supletiva do Poder Judiciário encontra respaldo na Constituição Federal, assim como em todo o ordenamento jurídico. Ademais, a população não pode continuar vivendo esperando a boa vontade dos demais Poderes, com relação às políticas públicas. Desse modo, por meio do método dedutivo, qualitativo e bibliográfico, concluiu-se que a pesquisa será baseada em fontes já produzidas, como livros e artigos científicos, para aprofundamento do tema, com enfoque na racionalidade.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Poder Judiciário; Direitos Fundamentais Prestacionais.

ABSTRACT: This article deals with the effectiveness of policies as fundamental rights to benefits. From then on, considering the lack of commitment in the realization of public policies on the part of the original Powers (Legislative and Executive), the Judiciary Power has adopted this function for itself, its objective is to analyze whether the granting of fundamental rights, ie , social rights, through legal proceedings is a legal and constitutional conduct. Throughout this scientific article, it will be clarified that the supplementary conduct of the Judiciary is supported by the Federal Constitution, as well as in the entire legal system. Furthermore, the population cannot continue to live expecting the good will of the other branches of government in relation to public policies. Thus, through the deductive, qualitative and bibliographic method, it was concluded that the research will be based on sources already produced, such as books and scientific articles, to deepen the theme, focusing on rationality.

Keywords: Public policy; Judicial power; Fundamental Prestational Rights.

1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas são as necessidades dos cidadãos convertidas em ações de governo. Via de regra, esse mecanismo é movimentado pelos políticos eleitos e pela Administração Pública, representados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Ocorre que esses Poderes não vem desempenhando suas funções constitucionais de forma satisfatória, o que termina por prejudicar os destinatários dos direitos fundamentais prestacionais: o povo.

Com isso, o jurisdicionado começou a ingressar com processos cujo pedido principal era a concessão de tutelas de direitos sociais de segunda dimensão (saúde, educação, assistência social, por exemplo). Tal atuação do Poder Judiciário estar respaldada na

Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XXXV (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Diante desse novo cenário, em que o Poder Judiciário passa a implementar políticas públicas ao invés dos demais Poderes originários, é onde reside a problemática do presente artigo cientifico.

Ao longo desse estudo, serão apresentadas opiniões que corroboram que a atuação do Poder Judiciário é constitucional e benéfica para a sociedade brasileira, tendo em vista que a mesma não pode continuar esperando a boa vontade dos demais Poderes em implementar as políticas públicas.

Quanto aos aspectos metodológicos, foi escolhida uma pesquisa qualitativa, pois apresenta o intuito de analisar a efetividade das políticas públicas enquanto direitos fundamentais prestacionais. Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa é bibliográfica, tendo em vista que sua base foi material já elaborado, como livros e artigos científicos. Quanto à abordagem, a pesquisa será dedutiva, tendo em vista que partirá da análise geral dos direitos fundamentais prestacionais, para depois, particularmente, abordar as ações concretas do Poder Judiciário em relação às políticas públicas.

Por fim, o presente artigo está dividido em onze tópicos, onde o primeiro e o último tratam da introdução e considerações finais, respectivamente. Já o segundo versa sobre a evolução do Estado Moderno. O terceiro aborda a origem, o conceito, o ciclo e os elementos das políticas públicas. O quarto foca nos direitos fundamentais prestacionais na Constituição Federal de 1988. O quinto aborda fala do mínimo existencial, da teoria da reserva do possível e do princípio da separação dos poderes. O sexto comenta sobre as vantagens do processo político em matéria de políticas públicas. O sétimo aborda o neoconstitucionalismo e as vantagens do processo judicial em matéria de políticas públicas. O oitavo concentra-se nas políticas públicas constitucionais essenciais e não essenciais. O nono versa sobre o modelo eficaz de intervenção judicial em políticas públicas e a responsabilização pelo seu

cumprimento. E o décimo apresenta a jurisprudência sobre as políticas públicas.

2 EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO

Neste tópico será analisado como o Estado Moderno passou de negativo para positivo.

No século XVIII, o Estado era denominado de Liberal, pois sua intervenção na vida das pessoas era mínima, apenas nas funções públicas indispensáveis.

Esse período é sintetizado pela expressão francesa “laissez-faire, laissez-passer”, que significa deixai fazer, deixai passar. (MASSON, 2014)

O Estado Liberal vigorou em plena Revolução Francesa, em que a igualdade formal, ou seja, apenas na lei, prevalecia na época. O Estado de então era negativo, tendo em vista não prestava nenhum tipo de assistência às pessoas.

Junto com o Estado não-intervencionista, o processo de industrialização, a migração em massa do campo para a cidade e a crise econômica da época, impulsionaram o surgimento do Estado Social no século XX.

O Estado Social e Democrático de Direito (“Welfare State”), também chamado de Estado intervencionista ou positivo, surge para diminuir as desigualdades sociais entre as pessoas, concedendo assim, igualdade material (de oportunidades).

Antes do Estado Social, a questão assistencial era tratada pela família, igreja e ordens de caridade, fora do âmbito da gestão pública (vocações de caráter ético, afetivo e/ou espiritual). (FONTE, 2015)

Esses direitos positivos, também denominados de sociais, são direitos de 2ª dimensão, ligados à igualdade.

No mundo, as primeiras Constituições a incorporar os direitos sociais foram as do México (1917) e de Weimar (1919), mas sem muito êxito.

No pós-Segunda Guerra Mundial, com o processo de reconstitucionalização dos Estados, os direitos sociais adquirem muita importância no cenário mundial.

Diante na nova conjuntura, os direitos sociais passam a ser uma proteção da sociedade em face da globalização, da inovação tecnológica, das mudanças laborais, das mudanças climáticas e fenômenos congêneres. Exemplo disso é o auxílio emergencial pago ao trabalhador, em virtude da COVID-19.

No Brasil, os direitos sociais são incluídos pela primeira vez a partir da Constituição de 1934.

Na Constituição de 1988, os direitos sociais estão inaugurados no artigo 6º, que prescreve que "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (CF, 1988)

Os direitos sociais são cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser reduzidos ou suprimidos do ordenamento jurídico, pois fazem parte dos direitos e garantias fundamentais (art.60, §4º, CF/1988).

O Estado mínimo causou ainda mais desigualdade social na população de baixa renda, o que exigiu do mesmo intervenção (igualdade de oportunidades).

Nessa seção foi analisada as fases do Estado Moderno (Estado Liberal e Estado Social).

3 ORIGEM, CONCEITO, CICLO E ELEMENTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste tópico serão abordados aspectos básicos concernentes às políticas públicas.

A Área do Conhecimento denominada Políticas Públicas tem sua origem datada da década de 1960 nos Estados Unidos da América. Buscou diferenciar-se da Teoria Política, com ênfase nas ações de governo. É derivada da Escola Programática.

As políticas públicas detêm inúmeros conceitos. Mas dois autores definem de maneira simples e inteligível o que são políticas públicas.

Dye (2008) diz que políticas públicas são o que o governo escolhe fazer ou não fazer. Fonte (2015) prescreve que políticas públicas são as ações e os programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal.

Os dois autores querem explicar que políticas públicas são necessidades públicas (da coletividade) convertidas em ações governamentais.

Toda política pública atravessa um ciclo para ser concretizada. Este ciclo foi criado por Harold Lasswell em 1950.

O ciclo das políticas públicas é composto pelas seguintes fases:

a) Agenda-setting: onde é feito o reconhecimento do problema;

b) Formulação: onde são feitas propostas de soluções;

c) Processo decisório/adoção: onde uma solução é escolhida;

d) Implementação: onde as soluções são colocadas em prática;

e) Avaliação: onde os resultados são monitorados.

Após o fim do ciclo, a política pública é mantida ou extinta, e depender do caso

específico.

Quanto aos elementos das políticas públicas, são três: o orçamento, o planejamento público e a discricionariedade administrativa.

O orçamento, com sua feição moderna, decorreu das revoluções liberais do século XVIII, notadamente a Revolução Francesa. É essencial na definição das políticas públicas.

O primeiro documento internacional que mencionou o orçamento foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Seu artigo 14º diz o seguinte: “Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.” (DDHC, 1789)

O planejamento público, significa que a atividade pública deve ser planejada por imposição constitucional. Planejar é necessário para se ter transparência (controle social e segurança jurídica) e racionalização (escassez de recursos públicos). (FONTE, 2015)

A discricionariedade administrativa é a escolha do instrumental prático que dará concretude aos objetivos da ordem jurídica. É a decisão a respeito do gasto público. É nesse terceiro elemento das políticas públicas que reside o cerne do problema do presente artigo científico, pois se os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem suas competências originárias de implementar políticas públicas, o Poder Judiciário a estar suprindo por intermédio de decisões judiciais.

Nessa seção foram explicadas a origem, o conceito, o ciclo e os elementos das políticas públicas.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesta seção será analisada a posição dos direitos fundamentais prestacionais na

Constituição Federal de 1988.

A denominação de direito fundamental pressupõe que esse direito está positivado em uma Constituição de um determinado Estado-Nação.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais prestacionais são direitos de natureza supralegal, ou seja, estão acima das normas infralegais, como decretos, portarias, regulamentos, etc.

Também são cláusulas pétreas, submetendo-se aos limites formais e materiais do artigo 60 da CF/1988.

São normas de aplicação imediata, pois não necessitam de nenhum tipo de regulamentação posterior para terem eficácia (artigo 5º, §1º, CF/1988).

Nessa seção foi explicada a posição dos direitos fundamentais prestacionais na CF/1988.

5 O "MÍNIMO EXISTENCIAL", A "TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL" E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Neste tópico serão explicados os conceitos de mínimo existencial, da teoria da reserva do possível e do princípio da separação dos poderes. São definições afins à temática dos direitos fundamentais prestacionais e das políticas públicas.

O mínimo existencial são as condições materiais mínimas para a existência do ser humano. Relaciona-se com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art.1º, III, da CF/88), pois sem o mínimo existencial, o ser humano não tem dignidade.

Para Barcellos (2002), o mínimo existencial engloba o direito à educação fundamental, o direito à saúde, a assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e

abrigo) e acesso à justiça. A autora considera esses direitos como sendo básicos, sem os quais o cidadão não pode viver sem eles.

O mínimo existencial não está sujeito à cláusula da reserva do possível. Essa é a posição de Ingo Sarlet. O Ministro Celso de Mello compartilha do mesmo entendimento, quando determina a "impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial" (RE 482.611-SC, STF, Rel. Min. Celso de Mello).

A Teoria da Reserva do Possível foi desenvolvida em virtude do custo dos direitos prestacionais, pois deve existir racionalidade com a utilização do erário.

Essa teoria foi oriunda da Alemanha. O Tribunal Constitucional Alemão, no caso "numerus clausus", no qual estudantes não foram admitidos em escolas de Medicina por falta de vagas (década de 1960). Os autores ingressaram em juízo pedindo o aumento do número de vagas, mas o Tribunal Constitucional julgou que essa pretensão não era razoável, pois o que os estudantes estavam pedindo não era racional exigir perante a sociedade. (MASSON, 2014)

A Teoria da Reserva do Possível, na sua gênese, verifica se a pretensão pretendida pela parte é razoável ser pedida, dentro dos limites do racional, em face da sociedade.

Essa Teoria veio para o Brasil com um viés econômico, tendo em vista que ficou conhecida como "teoria da reserva do financeiramente possível", haja vista a insuficiência de recursos públicos, um limite à efetivação de direitos fundamentais sociais. Há dois tipos de reserva do possível:

a) Reserva do possível jurídica (ou do orçamento) – defesa da legalidade orçamentária-solução: ponderação de princípios;

b) Reserva do possível fática- ausência de recursos nos cofres públicos- solução: acolhida, se comprovada, salvo incidência de direitos em face de particulares.

O Princípio da Separação dos Poderes está expressamente previsto no artigo 2º da CF/1988 da seguinte maneira: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (CF, 1988)

O poder é uno, mas é dividido em funções, que são representadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Cada Poder da República têm competências constitucionais típicas (ordinárias) e atípicas (extraordinárias).

O Poder Legislativo têm as funções típicas de legislar e fazer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Suas funções atípicas são de natureza executiva (dispor sobre sua organização, por exemplo) e jurisdicional (quando o Senado Federal julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, por exemplo).

O Poder Executivo têm como função típica a prática de atos de chefia de Estado, de governo e de administração. Suas funções atípicas são de natureza legislativa (o Presidente da República edita lei delegada, por exemplo) e jurisdicional (quando julga recurso administrativo de servidor público, por exemplo).

O Poder Judiciário têm a função típica jurisdicional, dizendo o direito ao caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei. Suas funções atípicas são de natureza legislativa (quando elabora o regimento interno de seus tribunais, por exemplo) e executiva (quando implementa direitos fundamentais prestacionais, por exemplo).

Pelo fato dos Poderes da República possuírem funções atípicas, o Princípio da Separação dos Poderes continua sendo respeitado, mesmo o Poder Judiciário concretizando

políticas públicas, por intermédio de decisões judiciais.

Por conseguinte, o conceito clássico do Princípio da Separação dos Poderes está prejudicado pelas seguintes razões:

1) Cláusula de acesso à justiça (art.5º, XXXV, CF/88);

2) Expansão dos instrumentos e dos legitimados a provocar a jurisdição constitucional concentrada, assim como a tutela coletiva de direitos;

3) Todos os juízes podem exercer o controle de constitucionalidade das normas e atos normativos;

4) A técnica das normas programáticas utilizada na Constituição Federal de 1988.

Ademais, os princípios, de forma geral, devem ser interpretados pela técnica da ponderação, segundo a qual, no caso concreto, não deve haver exclusão de direitos, mas sim uma coexistência harmoniosa entre eles.

Nessa seção foram definidos os conceitos de mínimo existencial, teoria da reserva do possível e princípio da separação dos poderes.

6 VANTAGENS DO PROCESSO POLÍTICO EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste tópico será analisado as vantagens do processo político em matéria de políticas públicas.

Fonte (2015) enumera motivos para estabelecer o processo político como o primordial na efetivação de direitos fundamentais prestacionais:

De maneira geral, o Poder Legislativo é a instituição que repercute de modo mais fiel, ainda que não perfeito, as preferências políticas de determinada sociedade. Ademais, a definição

de políticas públicas é um processo complexo que demanda a avaliação de informações técnicas e mesmo algumas puramente políticas, que dependem da formação de maiorias e consensos que seriam irrealizáveis em processos judiciais. Em segundo nível, a Administração Pública é a instituição que se encontra mais aparelhada para integrar as normas jurídicas criadas pelo Poder Legislativo, devendo prevalecer, por razões institucionais, a sua competência para concretizar políticas públicas, o que decorre da função orgânico-funcional do princípio da separação de poderes. Seus órgãos e entidades normalmente contam com técnicos especializados nos campos de atuação específicos, o que não ocorre com o Poder Judiciário, que dispõe de juízes generalistas e peritos frequentemente nomeados *ad hoc*. (FONTE, 2015)

Para o autor, o processo político é o mais vantajoso na temática das políticas públicas, pelas seguintes justificativas:

a) Participação em igualdade de condições, em virtude das eleições;

b) Via de regra, garantir o direito de igualdade de tratamento no acesso aos bens e serviços providos pelos poderes públicos, estabelecendo critérios gerais de fruição;

c) A Administração Pública conta com a expertise para lidar com os problemas públicos.

O argumento democrático não é suficiente à garantia de que a vontade popular será observada, pois o terceiro elemento (discricionariedade administrativa), depende dos representantes eleitos pelos cidadãos.

Daí a importância em quem vai se votar nas eleições, pois os eleitos são os que decidem quais políticas públicas serão implementadas.

Nesse tópico foram discutidas as vantagens do processo político em matéria de políticas públicas.

7 O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS VANTAGENS DO PROCESSO JUDICIAL EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste tópico serão abordados o fenômeno do neoconstitucionalismo e as benesses do processo judicial em matéria de políticas públicas.

O neoconstitucionalismo é um movimento que teve origem após a Segunda Guerra Mundial na Europa Ocidental. Começou na Espanha e na Itália. Depois estendeu-se para Alemanha e Portugal até atingir o resto do mundo.

Esse fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica é caracterizado pelos seguintes aspectos:

a) Fortalecer a Jurisdição Constitucional: mais autonomia aos órgãos constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal;

b) Força normativa da Constituição: não mais uma mera carta de intenções;

c) Proteção dos Direitos Fundamentais, mesmo em face do legislador: em virtude da força cogente da Constituição Federal;

d) Princípios- Técnica da Ponderação- Princípio da Proporcionalidade na esfera judicial: coexistência de princípios no caso concreto;

e) Importância política do Poder Judiciário: em face da desmoralização do Poder Legislativo e inércia do Poder Executivo. (SARMENTO, 2009)

No Brasil, o neoconstitucionalismo chegou com a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e com o processo de redemocratização. Consequentemente, esse novo processo de Constitucionalização do Direito ocasionou as seguintes mudanças no ordenamento jurídico pátrio:

a) Os direitos fundamentais passaram a ter aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF/88);

b) Os direitos fundamentais prestacionais protegidos contra o poder de reforma (art.60, §4º, CF/88);

c) Reforçou o papel do Poder Judiciário- inafastabilidade da tutela judicial (art.5º, XXXV, CF/88);

d) Novos remédios constitucionais- ADI, ADC, MI, ADPF;

e) Ampliação do rol de legitimados do art.103, CF/88. (SARMENTO, 2009)

Esse novo "olhar" sobre a Constituição foi o que favoreceu o Poder Judiciário passar a julgar processos com temáticas sobre políticas públicas, ou seja, a conceder tutelas relacionadas com direitos fundamentais prestacionais.

E quanto mais o Poder Judiciário julgava ações dessa natureza, seu protagonismo destacava-se perante a mídia televisiva e a sociedade. Em parte, isso deve-se à morosidade do Poder Legislativo em sancionar as leis e à inércia do Poder Executivo em implementar as políticas públicas.

O jurisdicionado encontrou no Poder Judiciário o amparo que necessitava para suas demandas urgentes. Ademais, essa competência dos Tribunais, além de legal, também é constitucional.

Eis as vantagens de utilizar-se a esfera judicial em matéria de políticas públicas:

a) Amplificar as demandas individuais, permitindo o debate público em ocasiões em que ele se encontra obstruído, ou quando o indivíduo é, por si só, incapaz de mobilizá-lo;

b) Servir de instância racional de debates;

c) A blindagem institucional permite que o Poder Judiciário possa tomar decisões contramajoritárias com segurança. (FONTE, 2015)

Para os contrários à esfera judicial em matéria de políticas públicas, eles usam os seguintes argumentos:

a) Teoricamente, é incapaz de fazer apreciações macroestruturais, realizando apenas a "microjustiça" (justiça no caso concreto);

b) Seu acesso é mais formalista e dificultoso;

c) É muito mais caro e complexo incrementá-lo em tamanho;

d) Não está sujeito à responsabilidade político-eleitoral. (FONTE, 2015)

Os juízes e os Tribunais também são capazes de fazer apreciações macroestruturais. E se tiverem qualquer dúvida no julgamento, pedem o auxílio de peritos especializados.

O acesso à justiça nos tempos atuais está mais facilitado, inclusive com o apoio da Defensoria Pública.

O custo para aumentar o Poder Judiciário é relativo, pois as custas e emolumentos dos processos revertem aos cofres públicos.

Os juízes e os Desembargadores estão submetidos também a controle do Conselho Nacional de Justiça, órgão que os fiscaliza constantemente.

Diante de todos esses argumentos, não há como negar que o processo judicial só tem a acrescentar positivamente na questão da concretização das políticas públicas.

Nesse tópico foram elucidados o conceito do neoconstitucionalismo e os benefícios do processo judicial para a implementação das políticas públicas.

8 POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS ESSENCIAIS E NÃO ESSENCIAIS

Nesta seção serão abordadas as políticas constitucionais essenciais e não essenciais.

Primeiro serão analisadas as políticas públicas essenciais. Elas estão baseadas no mínimo existencial, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na "zona de certeza positiva". Elas estão divididas em dois grupos:

1) Mínimo existencial prima facie (abstrato/presumido):

a) Direito à vida (art. 5º, caput, CF/88): saúde e alimentação;

b) Vedação ao tratamento degradante ou desumano (art.5º, III, da CF/88): higiene, abrigo e vestuário mínimo;

c) Direito à educação básica (art.5º, caput; art.208, §1º, da CF/88): educação infantil e fundamental, à creche e ao material didático-escolar;

d) Acesso à justiça (art.5º, XXXV e LXXIV, da CF/88): existência de mecanismos jurídicos hábeis à defesa de direitos e assistência jurídica integral e gratuita.

2) Mínimo existencial in concreto: Não pode ser conhecido de antemão. Seus parâmetros são: prestação passível de universalização e sua extensão delimitada pelo nível de tributação da sociedade.

Os parâmetros de controle são os seguintes:

1) Princípio da vedação de proteção deficitária: abstenção, promoção e asseguração suficiente.

2) Princípio da proibição do retrocesso social: políticas públicas já implementadas sofram solução de continuidade sem que haja uma alternativa razoável disponível. (FONTE, 2015)

As políticas públicas não essenciais estão alicerçadas na “zona de incerteza” e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Elas são políticas públicas derivadas do direito infraconstitucional.

Seus parâmetros de controle são:

1) Princípio da Isonomia;

2) Princípio da Eficiência;

3) Princípio da Transparência: Democracia. Controle político-social. (FONTE, 2015)

Essa distinção é necessária para saber qual tipo de controle adotar no caso concreto.

Nesse tópico estudou-se as diferenças entre as políticas públicas essenciais e não essenciais, no que concerne ao conceito e aos parâmetros de controle.

9 MODELO EFICAZ DE INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E A RESPONSABILIZAÇÃO PELO SEU CUMPRIMENTO

Nesta seção serão abordados o modelo eficaz de intervenção judicial em políticas públicas e a responsabilização pelo seu cumprimento.

O modelo eficiente de intervenção judicial em políticas públicas reduz a zero a discricionariedade da Administração Pública e concentra-se basicamente em pedidos de medicamentos e insumos (produtos *in natura*).

As modalidades de controle forte são as seguintes:

1) Derrota das regras orçamentárias no caso concreto;

2) Bloqueio de verbas públicas para o cumprimento de decisões judiciais;

3) Reconhecimento da responsabilidade patrimonial do Estado. (FONTE, 2015)

A modalidade de controle mais utilizada é o bloqueio de verbas públicas para o cumprimento de decisões judiciais. Os juízes e os Tribunais também costumam aplicar multa diária (*astreintes*) para compelir o Poder Público e/ou particulares a cumprirem as decisões judiciais na seara das políticas públicas.

A responsabilização pelo cumprimento das políticas públicas orienta-se pelos ditames abaixo mencionados:

1) Princípio da Solidariedade: responsabilidade mútua entre as pessoas, umas pelas outras e de cada uma delas por todas as demais, inclusive pelas gerações futuras.

2) Eficácia contra particulares de direitos prestacionais- prestadores de serviços públicos- comprovada impossibilidade de cumprimento pelo Estado- posterior acertamento do particular com o ente público.

Garantir os direitos fundamentais é responsabilidade de todos os entes federativos, mas a obrigação de prestar as políticas públicas correlatas é de apenas um deles.

Débito consiste no dever jurídico de prestar.

Responsabilidade é a sujeição patrimonial aos efeitos da execução.

Os critérios para definição do obrigado são os seguintes:

1) Definição na Constituição;

2) Normas jurídicas infraconstitucionais;

3) Princípio da subsidiariedade em matéria federativa. (FONTE, 2015)

As políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais prestacionais são

asseguradas por todos os órgãos de todos os Poderes da República, mas a obrigação de prestá-las cabe apenas a um deles. E se esse responsável não o fizer, o jurisdicionado pode se valer do Poder Judiciário para efetivar seu direito, consubstanciado em uma política pública.

Nessa seção foram exploradas formas de intervenção judicial eficiente e responsabilização sobre políticas públicas.

10 JURISPRUDÊNCIA SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste tópico serão apresentadas algumas decisões de Tribunais Superiores (STF e STJ) que tratam de políticas públicas.

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINC O ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UN IDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA [..] LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. **(STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe-177, de 1º/9/2011)**

[...] Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...] A

omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) [...] **(STF, ADPF 45/2004, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/4/2004 e publicado no DJ de 4/5/2004)**

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. [...] **(STJ, AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8/6/2010 e publicado no DJe 21/6/2010, grifo nosso)**

Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias- **(ADIN 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Ayres de Britto)**

Vedação do nepotismo nos três Poderes **(ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto; e RE**

579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

Demarcação de terras indígenas na área conhecida como Raposa/Serra do Sol **(Pet. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto)**

Inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos **(ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello)**

Restrições ao uso de algemas **(HC 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio)**

Pesquisa com células –tronco embrionárias- **(ADIN 3510/DF- Rel. Min. Carlos Ayres de Britto)**

Aborto de feto anencéfalo – **(ADPF 54- Rel. Min. Marco Aurélio Mello)**

União entre pessoas do mesmo sexo- **(ADPF 132- Rel. Min. Carlos Ayres de Britto)**

As três primeiras decisões dizem respeito a direitos consagrados na Constituição Federal de 1988, como saúde e atendimento em creche e pré-escola. Já as subsequentes inovam no ordenamento jurídico, pois tratam de assuntos nunca antes debatidos, como pesquisas com células-tronco embrionárias, aborto de feto anencéfalo e união entre pessoas do mesmo sexo.

A função da jurisprudência é justamente minimizar a disparidade que existe entre a legislação e o mundo real, tendo em vista que muitos diplomas legais entram em vigor, na maioria das vezes, obsoletos, pois as evoluções sociais ocorrem em uma escala muito mais rápida do que as mudanças nas leis.

Isso demonstra que as necessidades públicas também evoluem com a sociedade e, consequentemente, as políticas públicas mudam suas ações de governo. E se o Poder Legislativo e o Executivo não cumprem suas funções constitucionais, o Poder Judiciário vem

suprir essa lacuna para que o jurisdicionado não fique tão desamparado.

Além da inércia dos poderes políticos, há o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, em que suas decisões são mais bem aceitas do que as leis aprovadas pelo Congresso Nacional.

Isso se deve à falta de credibilidade e os casos de corrupção que vivem na mídia televisionada no país.

Neste tópico foram explorados alguns acórdãos do STF e do STJ em matéria de políticas públicas e as razões de serem mais bem recebidos que as leis do Congresso Nacional.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Moderno era mínimo e passou a ser intervencionista diante da crise econômica que assolava a população pobre da época. Daí surgiram os direitos sociais.

Os direitos sociais são concretizados por meio de políticas públicas. Sua origem, seu conceito, seu ciclo e seus elementos foram detalhados.

Os direitos fundamentais prestacionais são supralegais na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, §1º, CF/1988).

Os conceitos de mínimo existencial, da teoria da reserva do possível e do princípio da separação dos poderes foram estabelecidos.

As vantagens do processo político acerca de políticas públicas foram delineadas.

O pensamento do neoconstitucionalismo e as vantagens do processo judicial foram expostas.

A dicotomia entre políticas públicas constitucionais essenciais e não essenciais foi estabelecida.

O modelo eficiente de intervenção judicial e a responsabilização pelo cumprimento das políticas públicas também foi detalhado.

E foram apresentadas algumas decisões judiciais de Tribunais Superiores acerca de políticas públicas.

A judicialização das políticas públicas decorre da vontade do constituinte originário de 1988.

O Poder Judiciário alcançou protagonismo na implementação das políticas públicas, pois os poderes políticos (Legislativo e Executivo) têm se omitido nas suas funções precípuas.

Os direitos sociais são a classe de direitos fundamentais que mais necessitam de satisfação, especialmente nesses tempos de pandemia do COVID-19.

A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eliane Pires. **O controle judicial de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais sociais.** Disponível em: https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/47. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18

de fevereiro de 2021.

DYE, Thomas R. **Understanding Public Policy**. 12th ed. New Jersey, Pearson/Prentice Hall, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: +http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14701/material/Constitucional%201%20-%20Apostila%202%20-%203a.pdf. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

[1] Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, Especialista em Direito Municipal pela UNIPÊ e Graduado em Direito pela UNIPÊ. Professor do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). E-mail: professor.andrefonseca@gmail.com.

[2] Mestranda em Direito e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-graduação em Direito pelo Unipê, Especialista em Ciências Criminais pelo Unipê em 2014, Graduada em Direito pelo Unipê em 2010. Advogada desde 2011. E-mail: jordaniacardososoares@ gmail.com.