

RESUMO

Inferência do princípio da separação dos Poderes e a adoção de políticas públicas por parte do Judiciário. Ponderação sobre limites, responsabilidades e permissões constitucionais a essa atuação do Judiciário. Método de manutenção de interesses individuais e coletivos e de promoção de cidadania social. Além de acesso à Justiça mesmo sob a ótica difusa.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direito Constitucional. Controle Jurisdicional. Princípio da Separação dos Poderes.

ABSTRACT

Inference of the principle of separation of powers and the adoption of policies by the judiciary. Weighting about boundaries, responsibilities and permissions to that constitutional role of the Judiciary. Method of maintenance of individual and collective interests and the promotion of social citizenship. In addition to access to justice under the same optical diffuse.

Keywords: Public Policies. Constitutional Law. Jurisdictional Control. Principle of Separation of Powers.

* Mestranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo na área de concentração Direito Constitucional. Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós graduada em Tutela dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, com habilitação em Docência em Ensino Superior.

1. Introdução

Quando se trata do tema proposto para exposição, a primeira questão que parece surgir é acerca do entendimento do termo políticas públicas. A que e a quem se refere, o que abrange e como se trata a questão juridicamente.

Em seguida, como este tema relaciona-se com o princípio da separação dos Poderes, entendendo esse sistema funcional estatal desde sua concepção inicial aos dias atuais. E, ademais, se dá a possibilidade – ou não – ao Judiciário, no exercício de sua função, de determinar políticas públicas aos outros Poderes e, ainda, se esta atividade jurisdicional acabaria por ferir o princípio da separação dos Poderes. Para que se alcancem as possibilidades de resposta e argumentos que sustentam uma hipótese de solução à questão, faz-se a ponderação sobre algumas premissas e breves considerações sobre os argumentos que conduzem à negativa ou à permissão do ativismo judicial dentro do tema proposto.

Não se trata de esgotar o tema, mas de delinear alguns aspectos da incidência das ponderações propostas.

2. Delimitação do Termo Políticas Públicas

O Governo tem o dever de prestar ao cidadão, de maneira individual e de maneira coletiva, a atenção e preservação de seus direitos, especialmente os fundamentais como a saúde, a educação, a vida, a liberdade e a segurança pública. Nesse sentido, viabiliza essa sua função através, primordialmente, de atos do Executivo e da criação de leis, que se traduzem em instrumentos para, viabilizando aqueles direitos, criar e fomentar políticas públicas.

Com efeito, política pública pode ser entendida como meios ou instrumentos para concretizar a intervenção do Estado na sociedade, com o escopo de proporcionar a preservação e melhores condições de fruição dos direitos dos cidadãos. Dessa forma manifesta-se Eduardo Appio (APPIO, 2005)¹:

¹ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

As políticas públicas podem ser conceituadas [...] como instrumento de execução de problemas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

O escopo mencionado denota a necessidade de atuação e, ao mesmo tempo, a intenção do Estado de garantir mecanismos de acesso e igualdade social e que se traduzem em verdadeira meta-missão do Governo. Os fundamentos e o objetivo desses instrumentos deve se fulcrar substancialmente na Constituição Federal, estarem nela previstos, ainda que de maneira não específica, posto que são atos que se consecutem juridicamente. Há um planejamento estatal para a promoção dos ditos instrumentos sempre com vinculação inicial aos princípios da legalidade e da isonomia.

Todavia, curial apontar a esta altura, a diferença mencionada por Appio (APPIO, 2005)² da existência de duas espécies de políticas públicas: a social e a econômica. A primeira indica mais fortemente o sentido do conceito até então expandido, e a outra, a intervenção do Estado na economia privada.

Nessa tarefa de revelar os conceitos de políticas públicas e delinear os aspectos em que se aplicam tais conceitos no presente trabalho, não se pode olvidar de mencionar os estudos e produção doutrinária de Dworkin³, ao entender que a *policy* e seu adequado sentido concernem à atuação da Administração Pública no sentido de produzir objetivos sociais voltados ao bem-estar social, o que

² Idem.

³ Dworkin estabelece em seus estudos uma rediscussão sobre o positivismo e reflete que as normas ficam muito adstritas ao campo das regras, quando, em verdade, reflete Dworkin, devem se basear em princípios. A diferença entre estes e as regras, pelo que se infere da leitura do pensamento do autor, é que elas são postas pelo Estado, são essencialmente positivadas, enquanto os princípios refletem anseios sociais, com igual importância e relevância à consecução da atividade da Administração Pública.

denomina *welfare state*, para a busca de melhoria econômica, política ou social. A essa busca, faz-se necessária a justificação jurídica – entenda-se aqui a baseada nas regras postas ou nos princípios legais – para que existam, se concretizem e se tornem efetivas, constituindo-se metas no âmbito social que repercutirão no mundo jurídico.

Percebendo essas digressões, percebe-se a importância de dissecar o que o termo políticas públicas em sua acepção terminológica, mas contextualizada filosófica e juridicamente, apresenta como premissa. Política implica numa série de atividades, de atos, organizados e que consecutem para um fim, uma meta, um objetivo comum. Pública é aquela que é realizada pelo Estado ou pelo Terceiro Setor, em sua função essencial, sob alguma forma. Políticas públicas, nesse diapasão, constituem-se o conjunto de ações governamentais para a consecução de direitos individuais e sociais, socialmente relevantes, como meta de implementação e fomento pelo Estado.

O Estado, a Administração Pública, adota uma organização de divisão de funções entre seus Poderes, que serve para melhor organização, mas não para a cisão, utilizando-se para isso o termo autonomia, de cada um desses Poderes. Daí, não há que se falar em impossibilidade de prestação de políticas públicas por qualquer deles, da mesma forma que a implementação de políticas públicas, por um ou por outro, não pode ser discricionária. Entendendo melhor essa dinâmica organizacional estatal, segue o capítulo seguinte.

3. Justificação Normativa, Parâmetros e Diretrizes Iniciais à Implementação de Políticas Públicas

Ainda na busca de fixar o conceito de políticas públicas e de aplicá-lo adequadamente, traz-se sua contextualização formal normativa, no sentido de que tal busca deve estar pautada em preceitos legais - quais sejam, os destinados ao Estado -, aqueles constitucionalmente fixados, ainda que por determinações gerais. Neste passo faz-se prudente uma breve digressão da forma e

estrutura constitucional que direciona a tomada de atitudes pelo Estado.

Nesse diapasão, seguindo a construção de Vidal Serrano Nunes Junior (NUNES JUNIOR, 2009)⁴ mencionam-se: normas programáticas; normas atributivas de Direitos Públicos Subjetivos; normas consagradas de garantias institucionais; cláusulas limitativas do poder econômico e normas projectivas.

Essas espécies mencionadas merecem breves apontamentos – e não uma conceituação ou esgotamento de seus conceitos ou funções - apenas para que se entendam aspectos convergentes e relevantes no que pertine à sua incidência no campo das políticas públicas tal qual como aqui proposto o delineamento do tema. Assim:

Relativamente às normas programáticas, relevante ponderar que não se pode confundir técnicas ou estratégias de direitos sociais com normas programáticas: estas são mais uma estratégia de positivação, de consagração, de direitos sociais.

No que tange à norma atributiva de direito público subjetivo autônomo, um *standard* mínimo incondicional, nas palavras de Vidal Serrano Nunes Junior (NUNES JUNIOR, 2009)⁵, em alguns momentos a Constituição Federal atribuiu a realização de políticas públicas autonomamente. Mesmo que o Estado não desenvolva uma política pública, o indivíduo tem o direito subjetivo autônomo de pedir a preservação de um direito social, a exemplo dos direitos à educação e à saúde, e isto é uma preservação elementar e independente de qualquer condição para sua existência e efetivação.

A seu turno, as normas consagradas de direitos institucionais não consagram propriamente um direito subjetivo, mas há uma norma de eficácia plena.

A menção às cláusulas limitativas do poder econômico é curial, posto que apontam-se como nascedouro dos direitos sociais. Ademais, vale mencionar que o Estado possui três formas fundamentais de intervenção na economia: [enquanto] (i) agente regulador; (ii) agente incentivador e (iii) agente econômico, por absorção ou por participação.

⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo, Verbatim, 2009

⁵ idem

Pertinentemente às normas cogentes projectivas, destaca-se que um instituto jurídico não é definido pelo dispositivo jurídico que o protege, mas pela tensão entre os diversos dispositivos na ordem jurídica que tratam do tema. Devem ser amoldadas ao perfil constitucional.

Destarte, para que, por qualquer das formas constitucionalmente previstas possa-se garantir a preservação dos direitos atinentes às políticas públicas princípios [também constitucionais] imprescindem de resguardo, enquanto, inclusive, informadores do Estado Social de Direito: princípio da eficiência, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da justiça social, princípio da proibição do retrocesso e princípio da isonomia. Estes citados princípios servem como patamares para qualquer consecução efetiva de política pública pelo Estado. Não se pode, jamais, imaginar que o Estado, ao implementar medidas para cumprir sua meta-fim social, crie uma norma em retrocesso a um direito fundamental ou social já consagrado ou afaste a preservação da dignidade do indivíduo, a justiça social e a consideração das diferenças entre as pessoas e grupos sociais para promover mecanismos diferentes e efetivos pertinentes a cada um deles, para promover – ou minimizar as diferenças com instrumentos práticos – a igualdade social, de maneira eficiente. Para tanto, faz-se necessário para que o Estado permita e efetive de maneira adequada, a observância a um patamar mínimo de preservação de tais direitos, baseado nos conceitos denominados de mínimo vital e de reserva do possível. Ambos fundamentam-se e justificam os princípios citados, numa interação, retroalimentação e diálogo, embora possam suscitar a existência de conflitos de direitos. A reserva do possível, inspirada no Direito Alemão, há de ser entendida na órbita do Direito Interno de acordo com o contexto social brasileiro⁶, com justificação na

⁶ A decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a reserva do possível tratou da possibilidade de reserva de vagas em faculdade, baseada no direito à escolha da profissão. No Brasil, todavia, o entendimento desse conceito de reserva do possível deve atender ao contexto social e jurídico brasileiro, e, portanto, deve ser aplicada para garantir aspectos mínimos vitais de existência, como condições básicas de existência digna (saneamento, alimentação, educação básica, saúde...)

Constituição Federal, que exige sua incidência sobre aspectos basilares de condições de vida e de desenvolvimento humano, como moradia, educação básica, saúde e aspectos correlatos indissociáveis e providenciais a estes.

Bem por isso, pode-se inferir que as políticas públicas servem, a um certo grau, para realizar os desígnios constitucionais e podem se diferir, segundo Appio (APPIO, 2005)⁷, na consecução de políticas de ordem social e políticas de ordem econômica - como brevemente se traçou nos comentários supra - de modo que esses aspectos apresentam a imprescindibilidade de preservação

4. Organização Estatal e o Princípio da Separação dos Poderes

Ponto de partida para a abordagem desde tópico é a leitura e compreensão do artigo 2º da Constituição Federal.

Artigo 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Embora o Poder Estatal seja uno e indivisível, seu exercício é realizado de maneira tripartite (legislar, administrar e jurisdicionar), em uma independência organizacional. Esta atuação, por expressão constitucional, inclusive, deve se dar de maneira harmônica, ou seja, o Poder uno, deve ser assim entendido para a consecução de fins que o Estado de Direito busca. Fins estes que podem ser considerados, neste tema, as metas-fins sociais que se traduzem em políticas públicas.

Vale aqui ponderar sobre a questão da discricionariedade de decisões, especialmente a discricionariedade administrativa, no sentido de ser invocada pela Administração Pública como justificativa limitadora de sua atuação, no sentido de que ao Executivo caberia a valoração – o juízo discricionário – da opção de quais direitos sociais realizar, a que momento, em que ordem e de qual forma.

Todavia, em apego aos princípios supracitados, especialmente o da legalidade, a

⁷ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

discricionariedade só pode existir nos limites legais, para ser criada e para a Administração Pública cumprir seus escopos e, no caso das políticas públicas, alcançar sua meta-missão. Desse modo a discricionariedade não se apresenta como uma opção de cumprir ou não as leis, mas como uma alternativa, baseada na razoabilidade, de se adotar um ou outro comportamento (Melo, Celso Antonio Bandeira de *apud* NUNES, 2009)⁸.

Ensina Vidal Serrano Nunes Junior⁹:

Confluem nessa direção diversos pontos atinentes ao examinado:

Cuida-se, em primeiro lugar, de norma constitucional, o que, por si, faz com que os direitos indigitados precedam, no rol de possibilidades do administrador, quaisquer outros encampados por lei, o que deflui do próprio sentido de hierarquia das espécies normativas, própria de um ordenamento piramidal. Em segundo lugar, são direitos fundamentais, o que lhes dá precedência – pelo comando de máxima efetividade –, mesmo em relação a outros direitos constitucionais, que não desfrutem do mesmo *status* condicional.

São direitos inequivocamente insertos no âmbito do chamado mínimo existencial, o que, ainda uma vez, predica-lhes de precedência no rol de prioridades administrativas do Estado.

Estão hospedados em normas cuja postura jurídica só deposita discricionariedade nos motivos, o que conduz à conclusão de que ao administrador só remanesce margem discricionária na conformação dos meios materiais para que o objetivo – atendimento integral da demanda – seja adequadamente lançado.

Nesse sentido, havendo ordem legal à implementação ou fomento de uma política pública, com a designação de uma norma programática ou a existência de um direito público subjetivo, a discricionariedade não se opera quanto ao *animus* do cumprimento, mas,

tão somente, quanto à maneira de sua contemplação.

Por isso pode-se dizer que as políticas públicas são existentes mediante a ação do Estado e sua omissão merece atenção e reparo. Com efeito, se a Administração Pública tem o dever de cumprir metas-missões relativamente a direitos subjetivos públicos, sociais ou individuais, ou seja, tem o dever de agir. E, assim, se se organiza internamente com divisão de funções e tarefas em três Poderes, é não só razoável, mas imprescindível, que estes Poderes, todos, zelem pela manutenção do fim essencial do Estado, de governar e cumprir seus deveres legais, inclusive o de implementação de meios (políticas públicas) para a preservação dos direitos subjetivos públicos inafastáveis do indivíduo ou do grupo. Bem por isso, havendo omissão por parte de um dos Poderes, justifica-se – dentro dos parâmetros e princípios que ordenam a atividade do Estado – a intervenção de um Poder no outro.

Essa permissão baseia na tríade complementar da estrutura organizacional do Estado, fulcrada na divisão funcional dos Poderes, autônoma, mas não independente, formando um sistema em que um Poder há que observar o outro para consecutir o fim comum de todos. A isso dá-se o nome de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Há, em verdade, um sistema de controle e de atenção à Administração Pública como um todo, proporcionando a garantia de não omissão – ou ao menos a minoração desta – do Poder Público no exercício de suas funções.

Pondera Maurílio Maldonado¹⁰:

Destacado o conceito de controle de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, proferido em profundo estudo, valemo-nos, também, da classificação idealizada pelo autor para a análise de exemplos de controle da Constituição do Brasil de 1988. Vejamos:

⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo, Verbatim, 2009

⁹ idem

¹⁰ MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf. Acesso em 12.12.2010.

'Sob o critério objetivo as funções de controle podem ser grupadas em quatro modalidades básicas: 1 – controle de cooperação; 2 – controle de consentimento; 3 – controle de fiscalização e 4 – controle de correção. (destacamos)

De acordo com esta classificação:

1 – controle de cooperação:

O controle de cooperação é o que se perfaz pela co-participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro.

Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado.

2 – Controle de consentimento:

O controle de consentimento é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder.

Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.

3 – Controle de fiscalização:

O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro.

Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.

4 – Controle de correção:

O controle de correção é o que se exerce pelo desempenho e funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro. Pela correção, realiza-se a

mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.

Quanto a esta última modalidade de controle, é que há maior interferência no âmbito da implementação e fomento de políticas públicas, especialmente quando se fala na atuação do Judiciário nesse sentido.

O que se nota, ressalte-se, é a maturação do sistema de harmonia e funcionamento dos Poderes, por sua organização e designação funcional, com o escopo final que é uno ao Estado.

5. O Poder Judiciário e suas Funções pela Teoria da Separação dos Poderes

Montesquieu (MONTESQUIEU, 2000)¹¹ em um primeiro modelo de separação de Poderes em sua obra *Espírito das Leis*, apresenta um modelo em que reforça sobremaneira o Executivo e o Legislativo – numa *correlação de forças* –, deixando a uma espécie de segundo nível de Poder o Judiciário.

Dentro dessa lógica, pressupõe-se a necessidade de coordenação e controle entre os Poderes, para coibir abuso de poder e garantir a liberdade e o exercício de direitos subjetivos públicos.

Essa teoria de Montesquieu foi sendo repensada e pode-se indicar que o marco de mudança do *status* do Poder Judiciário e sua importância e força no sistema de *checks and balances* fixou marco no sistema norte-americano, em 1803 quando o Juiz MARSHAL declarou sua *opinion*, no caso Marbury x Madison. Neste caso o Poder Judiciário tinha a determinação (ou meta-missão) constitucional de declarar a inconstitucionalidade e, pois, tornar nulos os atos do Congresso, quando - à sua exclusiva avaliação - referidas normas não estivessem

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo : Saraiva, 2000.

harmônicas à Constituição. O *judicial review*, então, passa a exercer função de controle ao abuso de poder e discricionariedade dos outros Poderes.

Os modelos mais modernos do sistema tripartite de Poderes contemplam ao Judiciário importante papel de guardião da Constituição e de integrante da estrutura funcional do Estado, a ponto de debater-se, com argumentos bastante fortes, a sua possibilidade de implementação [ou de determinação aos outros dois Poderes] de políticas públicas, sustentando um possível ativismo judicial e uma politização do Judiciário.

De um lado, pondera-se, como argumento (JESUS, 2005)¹²:

Por outro lado, é preciso ponderar que esse ativismo judicial deve ser visto com cautela. A Constituição Federal de 1988 prevê a existência dos Poderes da República tendo em vista a necessidade de especialização das funções a serem desempenhadas na complexa estrutura do Estado Brasileiro. Assim, é preciso ponderação para evitar que sejam usurpadas competências dos [sic] poderes executivo e legislativo.

E, diante dessa premissa, o Judiciário tornar-se-ia um super Poder, concentrando atividades suas, do Executivo e do Legislativo, maculando toda a lógica do sistema de freios e contrapesos e não consecutindo, pois, na ordem constitucional determinante.

Em outra vertente, sustenta-se a necessidade do efetivo controle – ativo – do Judiciário na determinação de políticas públicas ao Executivo e quiçá ao Legislativo para preservar o que a lei ordena ao Estado para preservar direitos sociais e individuais, assim como no direito à saúde e as inúmeras decisões judiciais que determinam ao Estado a aquisição de medicamentos específicos, que já deveriam estar à disposição dos cidadãos enfermos e que, por omissão do Poder

¹² JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. *Possibilidades de Limites do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas de efetivação do direito à saúde, à luz da Constituição de 1988*. Disponível em www.ceag.unb.br/modulos/biblioteca_academica/forcedownload.php?file=38.pdf. Acesso em 12.12.2010.

competente, não se deu¹³. Sob este aspecto vale colacionar ementa do AI 547. 863/RS:

DECISÃO: Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (f. 09): "CONSTITUCIONAL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO NECESSÁRIO À SOBREVIVÊNCIA DO CIDADÃO, QUE DEVE SER FORNECIDO PELOS ENTES PÚBLICOS. SENDO A RESPONSABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE QUALQUER DOS ENTES FEDERATIVOS, É O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE LEGITIMADO PARA CUSTEAR O EQUIPAMENTO À AUTORA. A DENEGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO IMPORTARIAM PÔR EM RISCO O DIREITO À SAÚDE E À INTEGRIDADE FÍSICA DA AUTORA, DIREITOS MAIORES QUE SE SOBREPÕEM A QUALQUER OUTRO. AÇÃO PROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO." Alega-se, em suma, violação dos artigos 2º, 165, 196, e 198, da Constituição Federal. É inviável o RE. Não há violação dos artigos 2º, 196 e 198, da Constituição Federal, quando o Tribunal a quo, com base nos elementos fáticos provados nos autos, determina que o Poder Público forneça equipamento indispensável à manutenção da saúde da agravada, v.g., RE 271.286-AgR, 12.9.2000, 2ª T, Celso de Mello, DJ 24.11.2000: "O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO

¹³ A exemplo da ADI 2010 em que o direito à saúde é indicado como um dever do Estado, que é obrigado então a garanti-la ao indivíduo (assim como a moradia, a educação, o lazer).

À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. **O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.**

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado." Ademais, a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado à intervenção cirúrgica; "o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no

sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele." (RREE 226.835, 14.12.1999, 1ª T, Ilmar, DJ 10.03.2000; 207.970, 22.08.2000, 1ª T, Moreira, DJ 15.09.2000; e 255.086, 11.09.2001, Ellen, 1ª T, DJ 11.10.2001). Nego provimento ao agravo.

Brasília, 06 de junho de 2005.
Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator (AI 547863, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 06/06/2005, publicado em DJ 17/06/2005 PP-00115) (grifou-se)

Doutrina e jurisprudência mais clássicas são partidárias da primeira corrente de pensamento, de que um Poder não poderia interferir na atuação do outro, ordenando ou recomendando alguma medida ativa, independentemente de seu objetivo coadunarse com o fulcro máximo essencial do Estado como um todo único e indissociável, sob este aspecto.

Todavia, a evolução das relações sociais, do constitucionalismo e, via de consequência, do próprio Estado de Direito, que teve que se adequar-se, fazendo com surgissem entendimentos divergentes, como o acima ementado, entendendo que administração e divisão organizacional não podem ser justificativa ou escusa para a atuação do Estado em suas funções precípuas, dentre estas a de manutenção e implementação efetiva de medidas a promover e salvaguardar os mencionados direitos subjetivos públicos. Nesse sentido, relevante o julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, que em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello assim indicou o posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE

GOVERNAMENTAL.
 DIMENSÃO POLÍTICA DA
 JURISDIÇÃO
 CONSTITUCIONAL
 ATRIBUÍDA AO SUPREMO
 TRIBUNAL FEDERAL.
 INOPONIBILIDADE DO
 ARBÍTRIO ESTATAL À
 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
 SOCIAIS, ECONÔMICOS E
 CULTURAIS. CARÁTER
 RELATIVO DA LIBERDADE
 DE CONFORMAÇÃO DO
 LEGISLADOR.
 CONSIDERAÇÕES EM TORNO
 DA CLÁUSULA DA “RESERVA
 DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE
 DE PRESERVAÇÃO, EM
 FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA
 INTEGRIDADE E DA
 INTANGIBILIDADE DO
 NÚCLEO
 CONSUBSTANCIADOR DO
 “MÍNIMO EXISTENCIAL”.
 VIABILIDADE
 INSTRUMENTAL DA
 ARGÜIÇÃO DE
 DESCUMPRIMENTO NO
 PROCESSO DE
 CONCRETIZAÇÃO DAS
 LIBERDADES POSITIVAS
 (DIREITOS CONSTITUCIONAIS
 DE SEGUNDA GERAÇÃO).
 [...] (ADPF 45 MC, Relator(a):
 Min. CELSO DE MELLO, julgado
 em 29/04/2004, publicado em DJ
 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-
 00200-01 PP-00191)

A decisão do E. Supremo Tribunal Federal fixou alicerces:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas

no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’ (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A partir desse momento, o Judiciário reconheceu-se mais ativo e participativo, interagindo na formulação e implementação de políticas públicas, em que pese a ainda existência de posicionamento divergente, fulcrada, principalmente, na mácula ao princípio da separação de Poderes.

Todavia, como se pode depreender do modelo de freios e contrapesos, sua incidência visa a garantir a própria finalidade do Estado e a preservação de direitos subjetivos públicos, como justificativa da interferência nessa atuação do Judiciário na [falta de] implementação de políticas públicas pelos órgãos de normatização e regulação de condutas e pelos órgãos executivos de administração pública. Todavia, não parece lograr êxito a invocação de uma espécie de liberdade ou autonomia de cada um dos três Poderes – no sentido de discricionariedade – tendo em vista que a letra mesmo do artigo 2º determina a co-existência harmônica entre eles, que pode ser traduzida no sistema de *checks and balances* que se pressupõe – ou se elementariza – existir, exercendo o que Montesquieu denomina no Espírito das Leis, como correlação de forças necessária entre os Poderes do Estado.

Diante disso, vê-se que o Judiciário tem-se libertado mais – e encontra fundamento para tanto - nessa sua função de coordenação com as outras esferas organizacionais de um Poder uno e indivisível enquanto Estado de Direito, e tem, pois, prolatado decisões determinando ao Executivo, v.g., que haja como agente regulador e fiscalizador, para

preservar interesses sociais em verdadeira atuação de política pública¹⁴.

6. Conclusão

O Estado tem seus deveres de prestar aos cidadãos sob sua égide a preservação de direitos fundamentais e de direitos sociais. Para a consecução de tal fim, o Estado tem que, mediante justificativa legal, promover meios para que os cidadãos tenham, em condições de igualdade, a possibilidade de ter garantido e de usufruir de mecanismos que lhes garantam a preservação de direitos subjetivos públicos, fundamentais, individuais e/ou sociais, como a saúde, por exemplo.

Sob o ponto de vista prático, as medidas adotadas pelo Estado, especialmente pelo Executivo e pelo Legislativo nesse sentido, devem consecutir para essa meta-fim social ou meta-missão num conjunto ordenado [e legalizado] e atos.

¹⁴ Nesse sentido duas decisões na Justiça Federal da Terceira Região. Uma, no processo nº 2009.61.00.010245-7., determinando à ANS – Agência Nacional de Saúde que editasse e publicasse uma norma específica de portabilidade para os consumidores conveniados da AVIMED (uma operadora de plano de saúde), que fechou as portas repentinamente (ao menos aos olhos do consumidor). Neste caso, não poderia o consumidor cativo de anos de contrato ver-se lançado novamente no mercado, sem o mínimo de garantias e expectativas existentes (podendo-se até chamar de direito adquirido pessoal quanto às prerrogativas obtidas com a progressão e decurso do contrato). E, no processo nº 2006.61.00.028224-0, com uma decisão liminar que concedida para que a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil - elaborasse minuta de resolução dispondo sobre assistência informativa e material ao consumidor em caso de atrasos e cancelamentos de voos, com previsão de sanções para seu descumprimento. Em ambos os casos, a questão dos direitos subjetivos envolvida extrapola o indivíduo, torna-se uniforme para uma série de indivíduos, coletiva para grupos unidos por relações jurídicas comuns e difusas por conta do dano [ou potencial de dano] a que toda a sociedade se submete com as práticas legalmente condenadas. O Estado, então, por se tratar de direito de terceira geração, transindividuais, de interesse social, de ordem pública e constitucionalmente fixados de maneira abstrata como direitos subjetivos públicos, não pode se furtar de intervir para regular e reequilibrar tais situações nos mundos fático e jurídico. Aliás, neste caso a obrigatoriedade de intervenção do Estado é um princípio máximo e não uma execução meramente volitiva.

A meta-fim pode ser entendida como a melhoria de condições de vida aos cidadãos, implementada por instrumentos governamentais.

Para a consecução de seus fins governamentais, a Administração Pública organiza-se em um sistema funcional de separação dos Poderes, na qual cada Poder do Estado [Executivo, Legislativo e Judiciário] tem funções bem delineadas, tem independência para agir dentro dos parâmetros constitucional e legalmente postos, mas que consecutem, unas, para as finalidades Estatais e, dentre elas, a implementação e desenvolvimento de políticas públicas para a preservação de direitos subjetivos públicos de interesse público e ordem social.

Nesse sentido, a ação estatal precisa ser garantida e os Poderes devem exercer controle mútuo com essa finalidade.

Pois bem. A questão mais polêmica surge no papel que o Judiciário adota nesse sistema de controle – de freios e contrapesos – e como, pois, pode atuar – se é que pode – e dentro de quais limites.

A definição do papel do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas é controversa. Há os que ponderam pela impossibilidade, evocando o princípio da separação dos Poderes. Outros sustentam a possibilidade de atuação do Judiciário, com boas justificativas jurídicas.

Remontando à tese de Montesquieu, a primeira tese se sustentaria também pelo argumento de que o papel do Judiciário é subsidiário o que, todavia, opina-se, é realidade descompassada e se encontra ultrapassada. Nota-se que o Judiciário ganha contornos bastante expressivos - haja vista, inclusive, a autonomia administrativa e financeira dotada ao Judiciário constitucionalmente (cite-se artigos 96 e 99 da Constituição Federal) -, enquanto integrante do Poder uno que é, para a implementação de políticas públicas. Decisões têm sido proferidas e colocado em prática o que por omissão o Legislativo ou o Executivo não implementaram. E tais decisões justificam-se constitucionais e legais na Corte Suprema do País. Nesse sentido o AgRgRE nº 4369996-SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, v.u., DJU 03.022006 e, de suma relevância e

importância, a ADPF nº 45, que determinou a competência do Judiciário para tratar da preservação do mínimo existencial, quando os outros Poderes não o fazem, pois não é lícito ao Poder Público manipular os aspectos político e administrativo, para criar uma situação e fraudar a não aplicação de políticas públicas.

Portanto, como se vê, há justificativa basilar constitucional para que haja permissão

ao Judiciário no auxílio e determinação de implementação de políticas públicas, integrante de um Poder uno de Estado e participante de um modelo funcionamento harmônico entre as estruturas desse mesmo Poder, que se baseia em um sistema de *checks and balances* e de harmonia dos Poderes para o pleno funcionamento do Estado no cumprimento de sua meta-missão.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARRUDA JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003.
- BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 12.12.2010.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em < http://www.stf.jus.br>. Acesso em 12.12.2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.
- DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª Ed. Saraiva: São Paulo, 1998.
- DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES MARTINS DA COSTA, Paula Bajer. **Sobre a Importância do Poder Judiciário na Configuração do Sistema da Separação dos Poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 8, janeiro-março 2000, nº 30. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra : Almedina, 1999.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. **Possibilidades de Limites do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas de efetivação do direito à saúde, à luz da Constituição de 1988**. Disponível em www.ceag.unb.br/modulos/biblioteca_academica/force-download.php?file=38.pdf . Acesso em 12.12.2010.
- LUHMANN, Niklas (Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser). **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Vozes: Petrópolis, RJ, 2ª edição, 2010
- MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf. Acesso em 12.12.2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo : Saraiva, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosamaria Andrade. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2009.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo, Verbatim, 2009.
- PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.