



Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais

Autor: Alex Péres Rocha

Juiz Federal

publicado em 30.10.2013

 [enviar este artigo]

 [imprimir]

Resumo

O princípio da separação dos Poderes da União, previsto no artigo 2º da CF, delegou ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário funções típicas e atípicas, sendo que a rigidez na separação dos Poderes não é absoluta, dado o sistema de freios e contrapesos e as complexas funções do Estado em promover o bem da coletividade respeitando os direitos fundamentais.

O artigo 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação dos Poderes da União aos direitos fundamentais, de modo que cada ato emanado do Legislativo, do Executivo e do Judiciário deve ter nos direitos fundamentais seu referencial. Como consequência da vinculação dos Poderes aos direitos fundamentais, foram superadas as barreiras à efetivação do controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais, tendo restado vencidas, em especial, as concepções de impossibilidade de controle do mérito do ato administrativo e as limitações próprias da “reserva do possível”.

Assim, torna-se plenamente justificado e inequivocamente possível o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais, o que ocorrerá em situações excepcionais (dada a separação dos Poderes), pois as opções do administrador devem sempre respeito a estes direitos, não sendo mais aceita a mera alegação de ausência de previsão orçamentária, desprovida de comprovação, em matérias envolvendo a concretização de direitos dessa natureza, salvo suficiente demonstração da falta dos meios materiais ou de que os recursos existentes encontram-se atendendo outro direito de igual grandeza.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Princípios. Separação dos Poderes da União. Controle judicial de políticas públicas. Direitos fundamentais.

Introdução

O presente trabalho é fruto de proposição feita pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Emagis), que, após promover o Curso de Currículo Permanente – Módulo V – Direito Constitucional 2012, estabeleceu que os participantes do evento deveriam apresentar um trabalho escrito sobre um dos temas abordados ao longo do curso.

Dessa forma, nos termos do Ofício-Circular nº 1159613 GPRES/EMAGIS, de 05 de dezembro de 2012, e respectiva autorização do Excelentíssimo Desembargador Federal Diretor da Emagis (via *e-mail* enviado em 14 de janeiro de 2013), os comentários a seguir pretendem abordar algumas questões do controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais. Registre-se, desde já, que não há qualquer pretensão de esgotar o tema, mas simplesmente de expor alguns pontos fruto de pesquisa, sistematização e integração de tão importante assunto com outras disciplinas do Direito Constitucional estudadas ao longo do curso realizado pela Emagis.

Para tanto, considerando que a matéria é muito rica e extensa, cabe delimitar sua análise aos seguintes tópicos: a) os princípios no ordenamento jurídico; b) o

princípio da separação dos Poderes da União; c) a vinculação dos Poderes da União aos direitos fundamentais; d) o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais.

Ao final do trabalho, busca-se responder se é possível o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais. Após, segue uma breve reflexão sobre a contribuição dos estudos desenvolvidos para a atividade profissional dos operadores do Direito.

1 Os princípios no ordenamento jurídico

Inicialmente, torna-se necessária, previamente ao enfrentamento do tema objeto do presente comentário, uma breve análise dos princípios no ordenamento jurídico.

Nos últimos tempos, muito se tem debatido sobre as mudanças de paradigma do Direito, sendo a expressão “paradigma” aqui considerada, genericamente, como uma espécie de modelo de solução que uma determinada área do conhecimento apresenta para os problemas.⁽¹⁾

Atualmente, é pacífico que o Direito superou o antigo paradigma baseado somente na lei, no qual o juiz era autômato, a “boca da lei”. Tal mudança de paradigma ocorreu porque o velho modelo revelou-se insuficiente, não apresentando solução para uma gama de problemas surgidos com a evolução da sociedade e com os novos valores inseridos nas constituições historicamente mais recentes. Conseqüentemente, surge um novo paradigma baseado no juiz, que, diante dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, abertos, passou a buscar a melhor solução no ordenamento para o caso concreto.

Dentro desse quadro, a doutrina passa a falar em uma nova interpretação jurídica, sobretudo no campo do Direito Constitucional, baseada na normatividade dos princípios e na ponderação de valores. Contudo, registra-se que o conhecimento tradicional, com alicerce na importância das regras e no método subsuntivo – segundo o qual a interpretação jurídica seria feita por meio do silogismo, sendo a lei a premissa maior, os fatos, a premissa menor e a sentença, a conclusão –, não deve ser ignorado, pois em muitos casos a interpretação jurídica será concretizada a partir da simples subsunção do fato à norma.

Ocorre que, como dito antes, apareceram novas demandas cuja solução pelo velho método subsuntivo revelou-se insuficiente, o que gerou a nova interpretação a partir das cláusulas constitucionais, reconhecendo-se força normativa à Constituição, a partir de seus princípios e valores, que devem ser preservados na busca da solução constitucionalmente adequada para o problema.

No tocante aos princípios, destaca-se que, conforme muito bem apontado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,⁽²⁾ na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, eles tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata.

Os mesmos autores afirmam que a dogmática moderna enquadra as normas em geral em duas grandes categorias, a saber, os princípios e as regras, basicamente considerando o critério da generalidade. Dessa forma, as regras geralmente serão aplicáveis às hipóteses específicas que descrevem, enquanto os princípios incidirão sobre uma gama de hipóteses, em razão de terem maior abstração.

Modernamente, a doutrina passou a distinguir regras e princípios qualitativamente ou estruturalmente, baseada na concepção de Ronald Dworkin e no desenvolvimento desta realizado por Robert Alexy. Segundo os autores, como sintetizam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,⁽³⁾ a “Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central”.

Os autores aprofundam o que foi dito anteriormente afirmando que⁽⁴⁾:

"**Regras** são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da **subsunção**: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade **tudo ou nada**: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. **Princípios**, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante **ponderação**: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema **tudo ou nada**, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Pois bem: ultrapassada a fase de um certo deslumbramento com a redescoberta dos princípios como elementos normativos, o pensamento jurídico tem se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto na de sua eficácia. A ênfase que se tem dado à teoria dos princípios deve-se, sobretudo, ao fato de ser nova e de apresentar problemas ainda irresolvidos. O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e a aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à **segurança jurídica** – previsibilidade e objetividade das condutas –, e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da **justiça** do caso concreto."

Vista a ascensão e a nova dimensão dos princípios no ordenamento jurídico, cumpre agora analisar rapidamente o princípio da separação dos Poderes elencado na Constituição Federal, bem como as funções típicas e atípicas dos três Poderes da União.

2 Princípio da separação dos Poderes da União

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, Título I, ao tratar dos princípios fundamentais, expressamente estabelece que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Trata-se do histórico princípio da separação dos Poderes do Estado, o qual objetiva evitar a concentração dos Poderes e, conseqüentemente, o arbítrio, que gerou, ao longo dos séculos, o desrespeito aos direitos fundamentais.

Segundo Alexandre de Moraes,(5) "ao afirmar que os Poderes da União são independentes e harmônicos, o texto constitucional consagrou, respectivamente, as teorias da **separação dos poderes** e dos **freios e contrapesos**". Segue o autor dizendo que:

"A divisão segundo o critério funcional é a célebre separação de poderes, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade. Foi elaborada pela primeira vez por Aristóteles, na obra **Política**, detalhada, posteriormente, por John Locke, no **Segundo tratado do governo civil**, que também reconheceu três funções distintas, e, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, **O espírito das leis**, a que devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal."

Além de determinar a separação dos Poderes, a Constituição brasileira traz também diversos mecanismos de controle recíprocos entre os três poderes, sendo que um Poder controla os demais e por eles é controlado ao mesmo tempo.

Para se precisar a importância e a dimensão do princípio da separação dos

Poderes no sistema constitucional e político brasileiro, registra-se que, ao tratar da organização dos Poderes, em especial do Poder Legislativo e do processo legislativo, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, a Constituição prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos Poderes.

Dessa forma, vê-se que a norma referida acima é uma das denominadas **cláusulas pétreas** da Constituição, tratando-se de uma limitação material expressa ao Poder Constituinte Reformador, formando o núcleo intangível do Texto Fundamental.

Tratando dos Poderes da União, cumpre lembrar que cada um deles possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas na Carta Magna. Aqui, cabe analisar rapidamente as chamadas funções típicas e atípicas dos Poderes da União.(6)

Dentre as funções do Estado distribuídas entre os três Poderes, nota-se que cabe precipuamente ao Poder Legislativo legislar e fiscalizar, prevendo a Constituição regras de processo legislativo, além de determinar que compete também ao Poder Legislativo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (artigo 70 da Constituição Federal).

Contudo, além de suas funções típicas de legislar e fiscalizar, o Poder Legislativo possui como funções atípicas administrar e julgar, como ocorre, por exemplo, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização interna, provimento de cargos, bem como quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade.

O Poder Executivo, por sua vez, tem como função típica a prática dos atos de chefia de Estado, de Governo e de administração. Como funções atípicas, também legisla, como ocorre com a edição de Medidas Provisórias (artigo 62 da Constituição Federal), além de julgar, o que é possível observar no contencioso administrativo.

Por fim, temos o Poder Judiciário, cuja função típica é a jurisdicional, isto é, julgar, aplicando a lei ao caso concreto. Como funções atípicas, o Poder Judiciário administra e legisla, como se nota, por exemplo, quando concede férias a seus membros e elabora regimentos internos.

Vistas em breves palavras as funções típicas e atípicas dos Poderes da União, conclui-se que a rigidez na separação dos poderes não é absoluta, dado o sistema de freios e contrapesos e as complexas funções do Estado em promover o bem da coletividade respeitando os direitos fundamentais, o que será analisado no próximo tópico.

3 Vinculação dos Poderes da União aos direitos fundamentais

No tópico anterior, ao se vislumbrar que os Poderes do Estado são independentes e harmônicos entre si, exercendo, cada um deles, funções típicas e atípicas, concluiu-se dizendo que, no exercício de suas atividades, os Poderes deveriam sempre respeito aos direitos fundamentais.

Nas claras palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,(7)

“Diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, nesse particular, quedou silente na formulação do seu art. 5º, § 1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos dessa aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da

concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nessa medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental.”

O mesmo autor, citando lição de Jorge Miranda, ensina que

“cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como ‘baliza e referencial’. Importante, ainda, é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e das funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica mediante a qual são exercidas essas funções, razão pela qual – como assevera Gomes Canotilho – inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais.”**(8)**

3.1 Vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais

Especificamente sobre a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, segue Ingo Wolfgang Sarlet, valendo-se de formulação de Krüger, explicando que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais. Tal ensinamento significa que, para o legislador, a vinculação aos direitos fundamentais é uma verdadeira limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora. Quer dizer que, com base na norma do artigo 5º, § 1º, da CF, a lei não pode mais definir autonomamente o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram. Além disso, essa vinculação do legislador representa uma proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, o que gera a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado.

Ao lado dos efeitos negativos da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, na mesma obra, discorre sobre a acepção positiva dessa vinculação, a qual implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, assim, igualmente um dever de realização destes, destacando que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica.

3.2 Vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais

No tocante à vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais, nota-se que tais direitos vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade.**(9)**

Portanto, a vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais significa que a Administração deve executar apenas as leis que estejam em conformidade com os direitos fundamentais, além de aplicar e interpretar essas leis segundo os direitos fundamentais. Ressalta-se que essa vinculação torna-se muito importante na aplicação e na interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais pelo administrador, assim como no exercício da atividade discricionária.

3.3 Vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais

Com relação à vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, cabe trazer as próprias palavras de Ingo Wolfgang Sarlet**(10)**:

“(…) há que se ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso), o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É nesse contexto que se tem sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional, por intermédio

de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e o sentido 'correto' dos direitos fundamentais. Paralelamente a essa dimensão negativa da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, J. Miranda, ilustre mestre de Lisboa, aponta a existência de uma faceta positiva, no sentido de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, da interpretação e da integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico."

Registra-se, por fim, que existem outros inúmeros aspectos acerca da vinculação dos Poderes da União aos direitos fundamentais, os quais são abordados com profundidade por Ingo Wolfgang Sarlet na obra referida anteriormente. Contudo, para o objetivo do presente estudo, as formas de vinculação expressas anteriormente são suficientes para se chegar ao próximo ponto, em que se procurará trazer breves questões sobre o controle judicial das políticas públicas a partir dos direitos fundamentais.

4 O controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais

Após ter sido abordado o princípio da separação dos Poderes da União, quando se verificaram as respectivas funções típicas e atípicas de cada Poder, além de concluir-se que o desempenho de tais funções encontra-se vinculado aos direitos fundamentais, cabe abordar algumas questões referentes ao controle pelo Poder Judiciário de políticas públicas do Poder Executivo, tema que desafia diariamente os operadores do Direito e que tem gerado uma respeitável produção doutrinária, permeada de diversos posicionamentos.

Em um primeiro momento, defendia-se que a separação dos Poderes era um princípio rígido, o que impediria o Poder Judiciário, por exemplo, de analisar a legalidade e a constitucionalidade dos atos administrativos e dos atos legislativos. Contudo, há muito tempo, verificou-se uma evolução no sistema, dando-se nova ênfase ao princípio da separação dos Poderes, até mesmo em razão das funções atípicas desempenhadas pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário.

Além disso, como já dito anteriormente, em razão do sistema de freios e contrapesos, cada um dos Poderes controla e é controlado pelos demais ao mesmo tempo, buscando-se evitar, assim, o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais.

Conseqüentemente, o Poder Judiciário, dentro desse sistema, passou a controlar os atos administrativos e legislativos em sentido amplo, seja por meio da própria atividade jurisdicional, seja como guardião máximo da Constituição Federal (artigo 102, *caput*, CF). No entanto, também em razão do próprio princípio da separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos, algumas questões são colocadas como limites à atuação judicial no controle de políticas públicas, expressão esta utilizada aqui em sentido amplo, representando todas as ações e opções que o administrador tem para desempenhar suas funções.

Entre tais limitações, que são amplas, destaca-se o entendimento de que ao Judiciário não cabe o controle do mérito do ato administrativo, bem como ganha relevo a teoria da "reserva do possível" como barreira à atuação judicial nesse campo.

Com relação ao controle do mérito do ato administrativo, ou melhor, o exame pelo Poder Judiciário dos critérios de conveniência e oportunidade que norteiam a ação e a opção administrativa, cabe lembrar que, no campo do Direito Administrativo, tal tema tem sido objeto de relevantes e completos estudos. Porém, para os fins do presente trabalho e considerando a ordem lógica de seu desenvolvimento, é possível dizer que, como visto, em razão da vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais, sempre que a ação ou opção do administrador desrespeitar essa vinculação, será cabível o controle judicial, independentemente de se tratar de ato administrativo discricionário, dada a amplitude e a força vinculante do artigo 5º, § 1º, da CF.

Nota-se aqui que,

“quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser a necessidade de os órgãos administrativos observarem – no âmbito da discricionariedade de que dispõem – o conteúdo dos direitos fundamentais, que, consoante já assinalado, contém parâmetros e diretrizes para a aplicação e a interpretação dos conceitos legais indeterminados. Isso significa, em outras palavras, que, nas hipóteses de uma maior fragilidade do princípio da legalidade, o conflito desta com o princípio da constitucionalidade acaba por resolver-se tendencialmente em favor da última.”(11)

Já com relação à limitação do controle judicial das políticas públicas com base na chamada “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), cumpre lembrar que tal teoria prega que

“não há maneira para impor-se ao Poder Público a obrigação de atuar em determinado sentido, porque pode haver restrições de ordem material e, especialmente, orçamentárias que impeçam esse agir. Considerando que o orçamento é limitado – e que cabe ao poder discricionário do Estado a escolha da prioridade dos investimentos –, não poderia o Poder Judiciário substituir-se aos legítimos administradores, para ditar a forma como o dinheiro público deve ser prioritariamente gasto. Desse modo, os direitos (todos eles) estariam condicionados, em sua realização pelo Poder Público, às capacidades financeiras do Estado, o que tornaria essa realização insindicável pelo Poder Judiciário.”(12)

Nesse ponto, deve ser delimitado que, apesar de o Estado dispor de limitada capacidade de recursos (realidade fática inquestionável, sobretudo em países como o Brasil), o que muitas vezes tem ocasionado dificuldades na efetivação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais que envolvem prestações positivas diretas à coletividade, como ocorre, por exemplo, no direito à saúde e à educação, entende-se que é possível questionar a forma como os recursos têm sido alocados no orçamento e aplicados pelo administrador, sempre com base na vinculação aos direitos fundamentais.

Dentro desse ponto, cabe lembrar que a “reserva do possível” deve ser temperada com a concepção desenvolvida com o famoso precedente da Corte Constitucional Federal da Alemanha conhecido como *numerus clausus*, em que se tratou do direito de acesso ao ensino superior. Isso porque, em tal precedente, aquele Tribunal entendeu que as prestações que o cidadão pode exigir do Estado devem estar dentro do razoável, ou seja, os direitos sociais que envolvem prestações são exigíveis do Estado dentro dos limites da possibilidade, correspondendo ao direito ao chamado mínimo existencial.

Com isso, o controle judicial de políticas públicas não encontrará uma barreira propriamente dita na “reserva do possível”, mas um parâmetro para efetivação desse controle, lembrando que a grande maioria dos temas que envolvem tal controle no Brasil dizem respeito a questões envolvendo o mínimo existencial, como fornecimento de medicamentos, acesso a creches ou ao ensino básico, entre outros.

Diante desse quadro, torna-se plenamente justificado o controle judicial, pois as opções do administrador devem sempre respeitar os direitos fundamentais, não sendo mais aceita a mera alegação de ausência de previsão orçamentária, desprovida de comprovação, em matérias envolvendo direitos fundamentais.

A respeito do tema, com propriedade, Sérgio Cruz Arenhart afirma(13):

“Assim deve ser porque, conquanto os limites orçamentários possam constituir elemento de preocupação na imposição de políticas públicas ao Estado, tais políticas, muitas vezes, realizam garantias fundamentais, a cuja concretização se comprometeu o próprio Estado em seu estatuto constitucional. Diante disso, considerando que tais políticas muitas vezes revelam a efetivação de garantias previstas na Constituição da República, como direitos fundamentais, a falta de disponibilidade de caixa – ou, o que é mais usual, o uso dos recursos públicos para outro fim – não pode tornar ‘letra morta’ a determinação constitucional, nem permite anular a vinculatividade dos preceitos consagradores de direitos fundamentais para o Poder Público (seja ele o Executivo, seja o Legislativo, seja mesmo o Judiciário).

Na realidade, impende lembrar que os direitos fundamentais admitem concreção gradual, de forma que podem ser implementados paulatinamente, segundo as possibilidades de cada Estado. Essa implementação gradual, todavia, não pode autorizar que, sob o pretexto da indisponibilidade financeira do Estado, possa este furtar-se de realizar o mínimo cabível, dentro da exigência razoável que suas condições autorizariam. Com efeito, como demonstra Canotilho, 'a gradualidade está associada, por vezes, à 'ditadura dos cofres vazios', entendendo-se que ela significa a realização dos direitos sociais em conformidade com o equilíbrio económico-financeiro do Estado. Se essa ideia de processo gradualístico-concretizador dificilmente pode ser contestada, já assim não acontece com a sugestão avançada por alguns autores sobre a completa discricionariedade do legislador orçamental quanto à actuação socialmente densificadora do Estado. A tese da insindicabilidade das 'concretizações legislativas' ou da 'criação de direitos derivados a prestação' pelo legislador assenta no postulado de que as políticas de realização de direitos sociais assentam em critérios exclusivos de oportunidade técnico-financeira'.

Na realidade, o limite do possível constitui uma barreira concreta para a realização de prestações pelo Estado. Quando, porém, essas prestações assumem carácter constitucional – de direitos fundamentais (de cunho social) –, elas, porque admitem implementação gradual, podem ser satisfeitas em vários níveis.

Mais que isso, por se tratarem de direitos fundamentais, representam opções vinculativas do constituinte para o legislador infraconstitucional. Desse modo, esses interesses somente podem ser restritos – ainda que por conta da reserva do possível – na medida em que essa restrição atende a outro interesse também fundamental. Trata-se, em essência, da aplicação da ponderação de princípios. De toda forma, e também por conta da aplicação desse critério, sempre será necessário preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão, já que isso constitui uma das premissas da proporcionalidade. Assim, mesmo diante da 'reserva do possível', jamais será admissível que o Estado abandone simplesmente um interesse fundamental. Sempre será exigível – ainda diante da reserva do possível – a preservação de um mínimo vital (direito fundamental mínimo), correspondente ao mínimo razoavelmente exigível para a satisfação de uma vida digna.

Com efeito, ainda que se considere que mesmo esses direitos mínimos possuem reflexo financeiro para o Estado (especialmente quando são muitos os que exigem a sua satisfação), isso não é suficiente para negar existência (e força vinculante) para tais direitos fundamentais. Se esses postulados foram fixados pelo constituinte, como garantias fundamentais, o critério financeiro do Estado deve assumir importância secundária, sob pena de fazer vã a intenção jus-fundamental. Não fosse assim, como explica Alexy, em tempos de crise económica seria perfeitamente justificável o aniquilamento de direitos fundamentais, justamente sob o pressuposto de que os interesses financeiros do Estado deveriam ser postos em primeiro lugar, o que, obviamente, não é verdade."

Por abordarem de forma prática todos os temas objetos do presente texto, cabe reproduzir alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF em que, inequivocamente, com precisão, clareza e profundidade, foram chanceladas hipóteses de controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais, a saber:

"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO 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 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

DECISÃO:

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente reenumerado para art. 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material:

'§ 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.'

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e nos serviços públicos de saúde.

Requisei ao Senhor Presidente da República informações que por ele foram prestadas a fls. 93-144.

Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter ao Congresso Nacional projeto de lei que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24.11.2003, cujo art. 1º – modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional.

Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material:

'Art. 1º O art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

'Art. 59

§ 3º Para os efeitos do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

§ 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)'

Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v).

Impende assinalar que a regra legal em questão – que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental – entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004.

Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24.11.2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País –, recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e nos serviços públicos de saúde.

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idóneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

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:

‘DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

– O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

– Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

– 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, visto 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)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

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).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, **The cost of rights**, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento pelo Poder Público impõe e exige destas prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa –, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (**A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 245-246, 2002, Renovar):

‘Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao se apurarem os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.’

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’ ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos

componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

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

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (**Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, p. 22-23, 2002, Fabris):

‘A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e da medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Em um sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações, consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, de ensino, de moradia ou de alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.’

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste ao Ministro-Relator competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, dos pedidos ou dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Cumpra acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto, ou quando veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, visto que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159.892-Agr/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD – ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), visto que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro ‘não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar – enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) – o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)’ (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004.

Ministro CELSO DE MELLO Relator.”(14)

“CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

– A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

– Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

– A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente

discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

– Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

– Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.

DECISÃO:

O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 189):

‘EMBARGOS INFRINGENTES – Ação civil pública, objetivando matrícula de criança em creche municipal. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da Administração. Embargos rejeitados.’

A parte recorrente sustenta que o acórdão ora impugnado teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 208, IV, 211, § 2º, e 227, todos da Constituição da República.

O exame da presente causa convence-me da inteira correção dos fundamentos, que, invocados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, informam e dão consistência ao recurso extraordinário ora em julgamento.

É preciso assinalar, nesse ponto, por relevante, que o direito à educação, que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, *caput*), qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente em um *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem aos titulares desse mesmo direito o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, ‘às crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV).

O eminente PINTO FERREIRA (**Educação e Constituinte**, in **Revista de Informação Legislativa**, v. 92, p. 171-173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível:

‘O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Essa clara opção constitucional faz desse ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, em uma democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.’

Para CELSO LAFER (**A reconstrução dos direitos humanos**, p. 127 e 130-131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração – exprime, de um lado, no plano do sistema

jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:

‘É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado, porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho em um sentido amplo (...).’

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de ‘atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, ‘obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência’ (WILSON DONIZETI LIBERATI, **Conteúdo material do direito à educação escolar**, in **Direito à educação: uma questão de justiça**, p. 236-238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário.

Cabe referir, nesse ponto, a observação de PINTO FERREIRA (**Educação e Constituinte**, in **Revista de Informação Legislativa**, v. 92, p. 171-173), quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

‘O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...).’

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola –, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

‘ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO 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 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).'

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

– O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

– Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

– 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, visto 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)

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, **The cost of rights**, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 245-246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre

onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento pelo Poder Público impõe e exige destas prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (**O direito à educação**, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema – após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana – põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que ‘o Estado não pode furtar-se de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação’.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (**A educação como direito fundamental**, 2003, Lumen Juris).

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (**Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala:

‘Nesse contexto constitucional, que implica também a renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização, e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, próprias à sua

finalidade: o bem-estar e a justiça social.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e a conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se este não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.'

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, seja em face das considerações que expendeu no presente recurso extraordinário, seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões sobre o tema em análise já proferidas no âmbito desta Suprema Corte (AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 411.518/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

Cumpra destacar, nesse ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP) no sentido de que, 'Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa'.

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, **O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa**, in RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe ao Estado um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania, que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário 'às crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV).

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância (fls. 73 a 76).

Publique-se.

Brasília, 26 de outubro de 2005.

Ministro CELSO DE MELLO.”(15)

No mesmo sentido e confirmando o entendimento do precedente acima, o Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, decidiu o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715/SP, Relator Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 03.02.2006, p. 00076.

Conclusão

Pelas razões expostas no decorrer do presente estudo, é possível concluir que:

a) atualmente, tanto doutrina como jurisprudência elevaram os princípios à categoria de normas jurídicas, portanto, dotados de eficácia jurídica e aplicação direta e imediata, fruto da mudança de paradigma do direito na busca de solução para os casos não resolvidos pelo antigo método da subsunção do fato à norma;

b) o princípio da separação dos Poderes da União, previsto no artigo 2º da CF, delegou ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário funções típicas e atípicas, sendo que a rigidez na separação dos Poderes não é absoluta, dado o sistema de freios e contrapesos e as complexas funções do Estado em promover o bem da coletividade respeitando os direitos fundamentais;

c) o artigo 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação dos Poderes da União aos direitos fundamentais, de modo que cada ato emanado do Legislativo, do Executivo e do Judiciário deve ter nos direitos fundamentais seu referencial;

d) como consequência da vinculação dos Poderes aos direitos fundamentais, foram superadas as barreiras à efetivação do controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais, tendo restado vencidas, em especial, as concepções de impossibilidade de controle do mérito do ato administrativo e as limitações próprias da “reserva do possível”;

e) torna-se plenamente justificado e inequivocamente possível o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais, o que ocorrerá em situações excepcionais (dada a separação dos Poderes), pois as opções do administrador devem sempre respeito a estes direitos, não sendo mais aceita a mera alegação de ausência de previsão orçamentária, desprovida de comprovação, em matérias envolvendo a concretização de direitos dessa natureza, salvo suficiente demonstração da falta dos meios materiais ou de que os recursos existentes encontram-se atendendo outro direito de igual grandeza.

Notas

1. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 09, p. 40-44, dez. 1999. O autor, no mesmo texto, valendo-se das lições de Thomas Kuhn, diz que “O paradigma na visão de Kuhn é um modelo que serve a um grupo que se dedica a algum tipo de conhecimento, para solucionar os problemas que se apresentam”.

2. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, n. 74, p. 73-112, jul./dez. 2003.

3. BARROSO; BARCELLOS. Op. cit., p. 83.

4. BARROSO; BARCELLOS. Op. cit., p. 83-84.

5. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 137.

6. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 1019.

7. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 342-343. A respeito da definição e conceituação dos direitos fundamentais, tema que pela sua extensão e

complexidade não é objeto do presente estudo, sugere-se a leitura da referida obra de Ingo Wolfgang Sarlet.

8. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 343.

9. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 347.

10. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 351.

11. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 350.

12. ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7177>>. Acesso em: 14 dez. 2006.

13. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit.

14. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Relator Min. Celso de Mello, publicada no DJ de 04.05.2004, p. 00012.

15. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 436996/SP, Relator Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, p. 00037.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

ROCHA, Alex Péres. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas a partir dos direitos fundamentais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Alex_Rocha.html> Acesso em: 18 dez. 2013.