

Os limites do Poder Judiciário na implantação de políticas públicas e a interpretação constitucional



Sylvia Marlene de Castro Figueiredo

Juíza Federal na 10^a Subseção Judiciária de São Paulo (Sorocaba). Doutoranda em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Público pela PUC/SP.

O problema de uma Constituição dirigente é, em grande medida, um problema de “concretização constitucional”. Mais rigorosamente: a “realização constitucional” é um problema de “normação” ou “regulação” e um problema de “aplicação-interpretação” que se deve captar através de uma ajustada “medida constitucional”.¹

RESUMO: No presente estudo, focaliza-se a utilização do Poder Judiciário para questionar e obrigar a Administração Pública a desenvolver políticas públicas. Aborda-se o Estado Social e Democrático de Direito, no qual os direitos sociais devem ter aplicabilidade imediata, salientando a função garantidora de direitos do Poder Judiciário, o qual visa tutelar a dignidade do ser humano e os valores axiológicos incorporados aos modelos sociais, que têm a democracia como uma garantia irrenunciável. O tema tratado é de grande importância, encontrando-se na Constituição a resposta para a extensão e os limites do controle do Poder Judiciário, nessa temática de direitos sociais, devendo ser utilizada metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a expurgar eventual subjetivismo, permitindo-se a análise crítica da opção tomada, tutelando-se, assim, os casos concretos que estão a exigir a proteção dos direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sistema constitucional. 3. Os direitos sociais. 4. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. 5. Constituição dirigente. 6. O Estado constitucional brasileiro. 7. O Estado Social e Democrático de Direito e as políticas públicas. 8. A efetivação dos direitos sociais e o controle jurisdicional das políticas públicas. 9. Os limites do Poder Judiciário na implantação de políticas públicas e a interpretação constitucional. 10. Conclusões. Bibliografia.

¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 215.

1. Introdução

O objeto primordial deste trabalho visa examinar a possibilidade de utilização do Poder Judiciário para a implantação dos direitos sociais, constantes da Carta Magna de 1988.

Com efeito, as decisões judiciais que envolvem a implantação de direitos sociais são inúmeras² e, devido a sua natureza e im-

portância, justificam o estudo do tema para

2 A título ilustrativo, vale conferir as seguintes decisões judiciais, que oferecem alguns casos concretos demonstrativos da problemática do tema trazido à tona, extraídas do site do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no campo “notícias”, no mês de janeiro de 2015: Dia 29 de janeiro de 2015

“PACIENTE OBTÉM DIREITO A MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE NEOPLASIA MALIGNA DE PULMÃO

Decisão do TRF3 obriga União, Estado de São Paulo e Prefeitura de Campinas a fornecer remédios

A Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) confirmou decisão da 4ª Vara Federal de Campinas que determinou que a União, o Estado de São Paulo e a Prefeitura Municipal de Campinas fornecessem gratuitamente a uma paciente do município o medicamento Erlotinibe (Tarceva), para o tratamento de neoplasia maligna de Pulmão (CID C34.9).

O paciente havia ingressado com a ação solicitando o fornecimento do medicamento, na dose de 150 mg ao dia, enquanto durar o seu tratamento, alegando não possuir condições financeiras de obtê-lo. O medicamento não está presente na lista dos remédios distribuídos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sendo o mesmo indispensável para o tratamento da doença e sobrevivência do paciente.

O pedido de tutela antecipada foi parcialmente deferido, para determinar o encaminhamento prévio da parte autora ao Centro de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon) da Unicamp, a fim de corroborar a necessidade e a adequação do medicamento pretendido, sendo integralmente deferido o pedido após a apresentação de laudo indicando como tratamento adequado o uso dos medicamentos Erlotinibe 150 mg ou Gefitinib 250 mg.

A partir da consulta, o juiz de primeira instância julgou procedente o pedido, condenando as rés, solidariamente, ao fornecimento do medicamento necessário ao tratamento do paciente (Erlotinibe 150 mg ou Gefitinib 250 mg), pelo período do tratamento, conforme prescrição médica. Após a decisão, o Município de Campinas apelou, pleiteando a reforma da sentença, alegando ser o medicamento em questão de alto custo, sendo a Secretaria Estadual de Saúde o órgão competente para o seu fornecimento.

Apelou também o Estado de São Paulo, alegando serem as normas constitucionais em questão meramente programáticas, cabendo ao Estado, julgar a conveniência e a oportunidade de seus atos, a fim de não prejudicar o interesse coletivo, sob pena de violação do Princípio da Tripartição dos Poderes, aduzindo, ainda, não estar o medicamento

em questão na lista oficial padronizada para dispensação na rede pública de saúde.

Já a União, em seu recurso, sustentou a sua ilegitimidade passiva e, quanto ao mérito, não caber ao Poder Judiciário fazer a seleção de prioridades na divisão de gastos com a saúde, mesmo porque a Administração deve respeitar os valores orçamentários que lhe são repassados.

Para a relatora do processo no TRF3, desembargadora federal Consuelo Yoshida, ficou comprovada a necessidade dos medicamentos pleiteados, após a análise das ilações a que se chegou a equipe de Oncologia do Hospital de Clínicas da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), que fez um estudo pormenorizado das condições da parte autora. Na decisão, a magistrada apresenta trecho do laudo:

“(…) o paciente supracitado foi avaliado pela equipe de Oncologia Clínica do Hospital de Clínicas da Unicamp no dia 12 de agosto de 2013. Apresenta diagnóstico de neoplasia de pulmão (CID 10: C34.9), subtipo histológico Adenocarcinoma, com presença de mutação do Gene EGFR, estágio IV. Consideramos indicado o uso de medicamentos inibidores de Tirosina Kinase, tais como ERLOTINIB, 150 mg, ou GEFITINIB, 250 mg, por via oral, um comprimido ao dia, por tempo indeterminado, até progressão da doença ou toxicidade limitante”.

A desembargadora salienta que o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-Membros e Municípios, de modo que, qualquer uma dessas entidades têm legitimidade para figurar no polo passivo de ação que visa à garantia do acesso a medicamentos para pessoas que não possuem recursos financeiros.

“Entendo que a recusa no fornecimento do medicamento pretendido pela apelada implica desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, o direito à vida, direitos estes indissociáveis, razão pela qual se mostra como intolerável omissão, mormente em um Estado Democrático de Direito”, enfatizou Consuelo Yoshida. A decisão apresenta precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e do próprio TRF3.

Apelação/ Reexame necessário 0006388-58.2013.4.03.6105/SP”

“TRF3 AUTORIZA AULA E FORNECIMENTO DE MERENDA ESCOLAR A CRIANÇAS DE ALDEIA INDÍGENA Tribunal entende que ônus para o Estado não representa risco de lesão grave e de difícil reparação. Em recente decisão em Agravo de Instrumento, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), converteu o recurso para a forma retida, com o objetivo de autorizar aulas na casa de reza e fornecimento de merenda escolar para crianças indígenas da Aldeia de Paranapuã, no município de São Vicente (SP).

O recurso de agravo foi interposto pelo Estado de São Paulo, em face da União e da Fundação Nacional do Índio (Funai) para suspender os efeitos da decisão que autorizou as aulas e o fornecimento de merenda.

O Estado de São Paulo alega que a decisão questionada viola as condições inicialmente estipuladas em termo de audiência para permanência dos índios na área de conservação ambiental invadida; que cabe à União e à Funai a tutela dos direitos indígenas, não se podendo transferir esse ônus ao Estado; que a instalação da escola

trazê-lo ao debate, sem a pretensão de se esgotar a matéria sob exame.

O objeto primordial deste trabalho é a efetivação dos direitos sociais e os limites do Poder Judiciário.

Para tanto, como o aplicador do Direito não pode se esquecer que a Constituição está enfeixada num sistema, analisaremos o sistema constitucional, no qual a Constituição Federal de 1988 está inserida, e abordaremos a eficácia das normas constitucionais, com especial enfoque para as normas programáticas e seus efeitos.

Em seguida, apreciaremos as Constituições dirigentes e a possibilidade de existir controle jurisdicional das políticas públicas.

Por fim, demonstraremos que, através da interpretação constitucional concretizadora de direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário implementar os direitos sociais, sem a pretensão de violar o princípio da separação dos poderes, na medida em que almeja prestigiar a máxima consubstanciada pelo princípio democrático.

e a circulação de alimentos para a merenda escolar acentuam a já iniciada degradação ambiental do Parque; que a condição da população indígena local é precária; que as crianças indígenas são atendidas pela prestação de educação existente no município, já que a aldeia se encontra dentro do perímetro urbano de São Vicente. O magistrado de primeiro grau proferiu decisão em 2011, nos seguintes termos: “...Considerando que as crianças indígenas que habitam a denominada Aldeia de Paranapuã encontram-se, por diversas razões, privadas de frequentar escolas regulares e estando a educação escolar indígena devidamente assegurada por lei, ante os esclarecimentos prestados pelo I. Procurador Federal, notadamente por meio do Memorando nº 111/SE/CORLIS/FUNAI/2011 fls. 3.049/3.050) reconsidero a decisão de fls. 3012 para o fim de autorizar sejam ministradas aulas na Casa de Reza, minimizando, assim, prejuízos decorrentes da tramitação natural da presente demanda. Na mesma trilha, fica autorizado o fornecimento de merenda escolar. Ambas as medidas surtirão efeitos até ulterior deliberação do Juízo...” O TRF3 justifica a conversão do agravo de instrumento em retido por considerar que não existe risco de lesão grave e de difícil reparação na manutenção das aulas e no fornecimento da merenda ao Estado de São Paulo, afastando a necessidade de suspensão da decisão, já que entende que a questão poderá ser apreciada na ocasião do recurso de apelação. No tribunal, o processo recebeu o nº 2012.03.00.000616-6/SP”

Veremos, também, que o Poder Judiciário encontra seu limite no Texto Magno, garantindo-se às normas constitucionais a máxima efetividade, com a finalidade de tutelar a supremacia dos direitos fundamentais, devendo, para tanto, o operador do Direito se valer de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a extirpar eventual subjetivismo, permitindo-se a análise crítica da opção escolhida, afastando-se, assim, sua aplicação em questões estritamente políticas, as quais não encontram guarida na Carta Fundamental, inclusive.

Anote-se, por fim, que o presente estudo almeja examinar a efetivação dos direitos sociais e os limites do Poder Judiciário, sem pretender esgotar a exaustiva matéria em tela e sem o exame de questões correlatas ao tema, como, por exemplo, a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos.

2. Sistema constitucional

Refere Paulo Bonavides, que “(...) a palavra *Constituição* não basta, hoje, no campo do Direito Constitucional para exprimir toda a realidade pertinente à organização e estruturas *básicas* da sociedade política”.³

O vocábulo “sistema constitucional” expressa algo mais próximo daquilo que se almeja exprimir.

Conforme o mesmo autor:

O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia *sistema constitucional* não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa.⁴

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 75.

4 *Ibidem*, p. 75.

A Constituição deve estar inserida num sistema constitucional, uma vez que é provida de, ao menos, um mínimo de eficácia sobre a realidade social, reconhecendo na sociedade forças capazes de modificar o sentido das normas constitucionais, maleáveis e adaptativas, objetivando corresponder, satisfatoriamente, às prementes e fundamentais exigências do meio social.⁵

O sistema constitucional seria formado pela Constituição propriamente dita, leis complementares, leis ordinárias, partidos políticos e correntes de interesses, que são representadas por grupos de interesses, categorias patronais, empresariais ou trabalhistas, opinião pública e toda ordem de forças que representem os compromissos internacionais da sociedade politicamente organizada.⁶

Konrad Hesse lembra que a Constituição não deve estar inserida em um sistema fechado, sob pena de estar fadada à sua revogação, com o advento de nova Constituição.⁷

Para tanto, sugere que existam espaços incompletos e inacabados na Constituição, com o escopo de perdurar no tempo e adaptar-se às transformações sociais existentes, a fim de não se tornar um texto engessado e letra morta.

Nesta esteira, Canotilho diz que a Constituição não se desvincula de um diálogo, de uma conexão interativa entre os vários sistemas sociais, clamando a *autopoiesis* pela fraqueza de um voluntarismo excessivo.⁸

O Texto Fundamental de um Estado deve, portanto, estar inserido em um sistema constitucional dinâmico e aberto às alterações sociais, atentando para a teoria alopoiética.

Assim, consideramos a Constituição como um sistema aberto de princípios e re-

gras, que deve corresponder às necessidades imperiosas dos cidadãos, com o escopo de que seja mantida sua força normativa.

Em nosso modo de pensar, a expressão sistema constitucional, isto é, normas constitucionais – princípios e regras –, que estruturam as expectativas referentes aos valores, programas, funções e pessoas, corresponde ao sentido atual adquirido pela Constituição em face do caráter social que ela reflete e a cujos impulsos está sujeita.

Como explana Bonavides:

A idéia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. Ora, a Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre os princípios constitucionais. Esses só não exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível.⁹

O intérprete não deve descuidar que cada Constituição, vinculada ao conceito de sistema, adquire um certo perfil.

Assim, a interpretação constitucional é regida pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema e pode variar tanto conforme a modalidade da Constituição, quanto para atender a modificações impostas pela “força normativa” do fato social ou da realidade política.¹⁰

Dessa forma:

(...), princípios que compõem um sistema jurídico-democrático, tais como a liberdade e a igualdade, têm que ser

5 *Ibidem*, p. 79.

6 *Ibidem*, p. 81.

7 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 19.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1288.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.

10 *Ibidem*, p. 111.



postos conjuntamente, em relação dialética com a realidade, num debate de compromisso, em busca da solução mais adequada, evitando-se construções unilaterais ou unidimensionais, que importem o sacrifício de um princípio em proveito de outro: por exemplo, a igualdade sufocando a liberdade, ou a liberdade reprimindo a igualdade.¹¹

Por sua vez, anote-se que Canotilho, ao discorrer sobre o problema de uma Constituição dirigente, assevera que “a ‘realização constitucional’ é um problema de ‘normação’ ou ‘regulação’ e um problema de ‘aplicação-interpretação’ que se deve captar através de uma ajustada ‘medida constitucional’.”¹²

No nosso entender, o sistema constitucional exige a utilização de métodos hermenêuticos capazes de acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, tais como, dentre outros, o método hermenêutico-concretizante, que têm condições de explicar as transformações ocorrentes no sistema, as modificações de sentido aplicadas ao texto normativo

e as mudanças que acontecem na realidade constitucional.

Pensamos, ademais, segundo Canotilho, que:

(...) a legislação não conforma a constituição, é conformada por ela. (...). o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito de liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental.¹³ (*sic*)

Discorrido acerca do sistema constitucional, adentraremos ao exame do conceito de direitos sociais e discorreremos sobre a aplicabilidade das normas constitucionais.

Em seguida, constataremos que a Carta Magna de 1988 apresenta contornos de uma Constituição dirigente.

Posteriormente, examinaremos o conceito de políticas públicas para estudarmos a possibilidade do estabelecimento de prestações públicas, por parte do Poder Judiciário, com vistas a restar prestigiado o disposto pelo artigo 3º da Constituição Federal de 1988, sob a ótica dos intérpretes concretistas e, finalmente, veremos os limites dessa atuação jurisdicional.

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 112.

12 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 63.

13 De certo modo encampamos a lição de Canotilho, ao discorrer na Parte I, item 011, sobre “Constituição, empatia legislativa e aporia da vinculatividade”, quando afirma: “Deste modo, o cepticismo revelado perante a hipertrofia do “Estado de Juizes” e a crença na actividade legiferante como elemento privilegiado de concretização constitucional radicam numa “ênfase” ou “simpatia legislativa”, bastante diferente da que está implícita na compreensão positivística das teorias da representação e da soberania popular. Nestas, o povo, titular de todos os poderes, transfere-os para os seus representantes que, tornados soberanos de um poder legislativo onipotente, não concebem qualquer vinculação jurídica a normas hierarquicamente superiores. Na posição aqui pressuposta, o problema da vinculação do legislador não é um problema de autovinculação do legislador mas de heterovinculação; a legislação não conforma a constituição, é conformada por ela.” *Ibidem*, p. 63.

3. Os direitos sociais

Os direitos sociais estão estampados por toda a Constituição Federal de 1988, cabendo destaque especial aos artigos 6º, 7º, 193 a 232.

Segundo Canotilho, os direitos sociais podem envolver, de um lado, pretensões a prestações e, de outro lado, pretensões de defesa por violação do princípio da igualdade ou ao controle de razoabilidade de soluções legislativas incidentes sobre os direitos sociais.¹⁴

Pensamos, dessa forma, que os direitos sociais podem ser divididos em: (i) de caráter negativo, ou de defesa, os quais objetivam abstenções do Estado e (ii) positivos, ou de natureza prestacionais, os quais visam obter uma conduta positiva do Estado.

Nas palavras de Marcelo Figueiredo, os direitos sociais constituem-se em direitos subjetivos às prestações sociais e se encontram atrelados à tarefa de melhoria e redistribuição dos recursos existentes em dada sociedade, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento do ser humano e de sua qualidade de vida.¹⁵

Fixado o conceito de direito social e sua classificação em caráter positivo ou negativo, cumpre fazer uma breve análise da aplicabilidade das normas constitucionais.

4. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais

José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais, quanto à eficácia e apli-

cabilidade, em três categorias:¹⁶

a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral: o mesmo autor adota a conceituação de Meirelles Teixeira, objeto de nossa próxima investigação.¹⁷

b) normas constitucionais de eficácia contida: são tidas como “(...) aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.”¹⁸

c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida: dividem-se em duas categorias: (1) Normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos: são “(...) aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante a lei.”¹⁹; (2) Normas declaratórias de princípio programático: cujo conceito verificaremos a seguir.

Meirelles Teixeira, empregando como sinônimas as expressões “aplicabilidade”, “eficácia” “exigibilidade” ou “executoriedade”, divide as normas constitucionais em:

a) normas de eficácia plena: “(...) entendemos aquelas *normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto*”.²⁰

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 472.

15 FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*, p. 2. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

16 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82.

17 *Ibidem*, p. 101.

18 *Ibidem*, p. 116.

19 *Ibidem*, p. 126.

20 MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária,

b) normas de eficácia limitada, ou reduzida, a qual se subdivide em: normas programáticas e normas de “legislação”, as quais dizem respeito à “organização da Constituição e, excepcionalmente, (...) aos direitos e garantias (liberdades)”.²¹

O mesmo autor cita lição de Crisafulli, o qual conceitua, com precisão, as normas constitucionais programáticas:

(...) “normas que, ao invés de regular, desde o primeiro momento, de modo direito e imediato, determinadas relações e situações (às quais, entretanto, se referem) regulam comportamentos públicos destinados por sua vez a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem que os agentes governamentais deverão ou poderão (e, inversamente, o que não poderão fazer) relativamente a determinadas matérias” ou ainda, em outra passagem, (...): “normas com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado a seus órgãos – legislativos, de direção política e administrativos – como um programa, que também a estes incumbe a obrigação de realizar nos moldes e pelas normas de suas respectivas atividades”.²²

Por outro lado, vale gizar que o artigo 5º, § 1º, da Carta Magna, estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata.

Cláudio Pereira de Souza Neto, ao examinar a contenda sobre a efetividade constitucional, assinala que o problema principal reside em estabelecer qual é a abrangência do conceito de direitos fundamentais e destaca que a questão nuclear está ligada a se restringir ou ampliar sua abrangência e seu campo de auto-aplicabilidade.²³

O mesmo autor ensina que a tendência atual é a de delimitar o campo da fundamentalidade a partir de argumentos materiais, e não meramente teórico-formais, ou positivos, como se verifica com a atribuição de fundamentalidade material a determinados direitos sociais através de critérios decorrentes do conceito de mínimo existencial.

Continua o autor, revelando que esta tendência de se deslocar o debate do âmbito formal para o material é uma das manifestações do ressurgimento do discurso sobre a fundamentação filosófica dos direitos fundamentais: as normas serão efetivadas porque tem positividade e porque representam verdadeiros critérios de legitimação do próprio poder criador de positividade.

Nessa seara, Cláudio Pereira de Souza Neto conclui que:

(...), a própria Constituição reconhece a preponderância da norma jusfundamental e busca, com o dispositivo do § 1º do art. 5º, torná-la passível de aplicação imediata, sem depender da mediação legislativa.²⁴

(...)

A questão central é: se considerarmos que certos direitos sociais são condições da democracia, então o Judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa.²⁵

Fixado, portanto, que os direitos sociais estão a exigir a aplicabilidade imediata, passemos ao estudo da Constituição dirigente.

1991, p. 317.

²¹ *Ibidem*, p. 323.

²² *Ibidem*, p. 324.

²³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO,

Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 295.

²⁵ *Ibidem*, p. 324.

5. Constituição dirigente

Pensamos que a Constituição Federal de 1988 apresenta caráter dirigente, na qual há a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição, desenvolvendo-se uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em princípios específicos de interpretação constitucional.

José Joaquim Gomes Canotilho assina-la que:

A realização dos direitos fundamentais é, neste sentido, um importante problema de competência constitucional: ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as “prestações” integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. Paradoxalmente, parece vir a cair-se no esquema relacional lei-direitos fundamentais que vigorou no século passado: (...).

A força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em que implicam direitos a prestações estaduais) em “simples direitos legais”.²⁶

Por sua vez, “a contrario sensu”, haverá omissão legislativa, acaso a norma consagrada do direito fundamental contiver uma imposição constitucional concreta, consubstanciada em prestações, a qual não foi atendida pelo órgão competente, quer por força de sua discricionariedade legislativa, quer por força da inércia do Poder Executivo, tornando a hipótese em tela objeto de inconstitucionalidade por omissão, sob o crivo do Poder Judiciário, por ser violadora de direitos fundamentais.

²⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 369 e 378.

Nesta seara, o Estado está obrigado a cumprir os objetivos solidários da justiça social e o Poder Judiciário tem importante parcela de responsabilidade social, a partir de suas políticas públicas, culminando com a realização dos objetivos do Estado Social e Democrático de Direito, elencados no artigo 3º, da Carta Magna de 1988.²⁷

Marcelo Figueiredo afirma que a Constituição brasileira é programática, ou dirigente, e traça planos, diretrizes e metas a seus destinatários.²⁸

Por consequência, o fundamento da política pública está desenhado no texto constitucional, o que gera, em muitos casos, a justificabilidade desses direitos e toda a polêmica que o tema apresenta.

Segundo o mesmo autor:

É dizer, a Constituição é importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nos diversos segmentos e atividades por ela regulados, traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados.²⁹

Passemos, agora, ao exame de uma breve radiografia do Estado Constitucional Brasileiro, visando contextualizar o tema proposto.

²⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP, p. 16. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

²⁹ *Ibidem*, p. 16.

6. O Estado constitucional brasileiro

André Ramos Tavares disserta que a teoria da separação dos poderes está assentada na premissa de não convir que um poder se sobreponha a outro: os poderes (órgãos) devem trabalhar no mesmo nível, primando por uma atuação harmônica e autônoma e não conflituosa e separatista.³⁰

Entretanto, o mesmo autor revela que, ao longo da história mundial das instituições, houve uma nítida e constante supremacia do Legislativo e Executivo. Ao Judiciário restou um papel secundário e, em muitas circunstâncias, subserviente ou omissa.³¹

As causas dessa omissão do Poder Judiciário emergem de variadas situações:

(i) No Continente Europeu, no Absolutismo, no Judiciário atuava como um braço do rei. Fazia-se Justiça em nome do rei;

(ii) A timidez do Judiciário pode ser explicada pela circunstância de ser um poder reativo e não ativo: seu atuar sempre esteve condicionado à provocação do cidadão ou do interessado. Numa perspectiva diacrônica, o atuar e importância do Judiciário só podiam ser diminutos;

(iii) A natureza individual das contendas também justificam o acanhamento inicial do Poder Judiciário, porque os interesses em jogo era particulares e a repercussão social das decisões era desconhecida da maior parte da sociedade, só sendo acessada por um pequeno grupo de pessoas.

Com a consolidação do Estado de Direito do final do século XVIII, o papel secundário, subserviente ou omissa do Poder Judiciário sobre uma drástica mudança, sendo sua mais notável consequência a encampação de todas as condutas humanas dentro do espectro do Direito positivado.

Os textos legais passaram a se valer de uma peculiar técnica de redação, para que fosse possível encerrar sobre a sombra da lei um sem-número de condutas, usando termos imprecisos e abstratos, os quais buscariam evitar um engessamento do alcance legal, sem perda da segurança jurídica almejada desde a Revolução.

A imprecisão dos termos legais dificultou o acesso ao real significado da lei, criando contradições e lacunas, o “dever ser” imposto pela norma legal tornou-se ininteligível ao cidadão comum: a chave do mundo jurídico ficou reservada aos juristas e a compreensão definitiva ao Judiciário, acarretando-lhe uma posição de maior destaque no cenário social, com maior sobrecarga de trabalho e, concomitantemente, um maior ativismo judicial se fez presente.

André Ramos Tavares relata que a real força da decisão judicial e seu papel na construção do Direito, em contraposição à teoria subordinante do Poder Judiciário guiada pelo manto do império da lei e a subordinação do juiz, foi acentuada pelo advento do Estado Social e do Estado Constitucional.³²

No Estado Social, as liberdades públicas perdem sua força atrativa para os direitos sociais, pautados na igualdade de condições e oportunidades.

O Estado deixa de ser um ente omissa, tornando-se um ente ativo, intervencionista: no Estado Social a regra é o agir, o prover.

Quando o Estado não age, cabe ao indivíduo incitá-lo, via Judiciário.

O mesmo autor anota que o Estado-juiz passa a ocupar um espaço importante na realização da justiça social.³³

Decorre, daí, o aumento da demanda judicial com um conflito entre os poderes praticamente inafastável.

30 TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

31 *Ibidem*, p. 23.

32 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

33 *Idem*. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

Esse conflito entre os poderes se acentua no Estado Constitucional, no qual a pedra de toque é o controle de constitucionalidade: os atos de Executivo e do Legislativo serão submetidos ao crivo da Constituição, personificada no Judiciário, no sistema brasileiro.

Por consequência, inúmeras questões polêmicas tais decisões judiciais encerram, tais como: (i) violação ao princípio da separação dos poderes, sob o fundamento de existir invasão da competência reservada aos demais poderes, com a prolação da decisão judicial conhecedora das violações de direitos; (ii) não compete ao Poder Judiciário formular políticas públicas alternativas, já que não é um poder eleito democraticamente; (iii) decisões judiciais não poderiam substituir-se ao orçamento público, criando ou aumentando despesas, estabelecidas pelos poderes competentes.

As principais questões acima elencadas são exemplos, dentre outras, de argumentos utilizados para afastar, ou até mesmo, impedir a atuação do Juiz Constitucional, inserido no Estado Constitucional e Democrático de Direito, cabendo destacar que não temos a pretensão de esgotar a exaustiva matéria sob exame, mão tão somente trazê-la ao presente debate.

Nesta seara, pensamos que a valorização e as especificidades do Direito, inerentes ao Estado Democrático do Direito, desloca o centro de decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo em direção ao Judiciário. Trata-se do Estado Constitucional.

7. O Estado Social e Democrático de Direito e as políticas públicas

Segundo Celso Campilongo, no Estado Democrático do Direito, o Poder Judiciário visa garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos, o que significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de

afirmação da cidadania e da justiça distributiva, no Brasil.³⁴

Passemos, agora, a conceituar política pública: “a expressão políticas públicas pode designar, de forma geral, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.³⁵

Rodolfo de Camargo Mancuso define política pública como aquela que busca alcançar um fim consoante com o interesse público, sem, no entanto, esses dois termos se pressuporem necessariamente, e exemplifica:

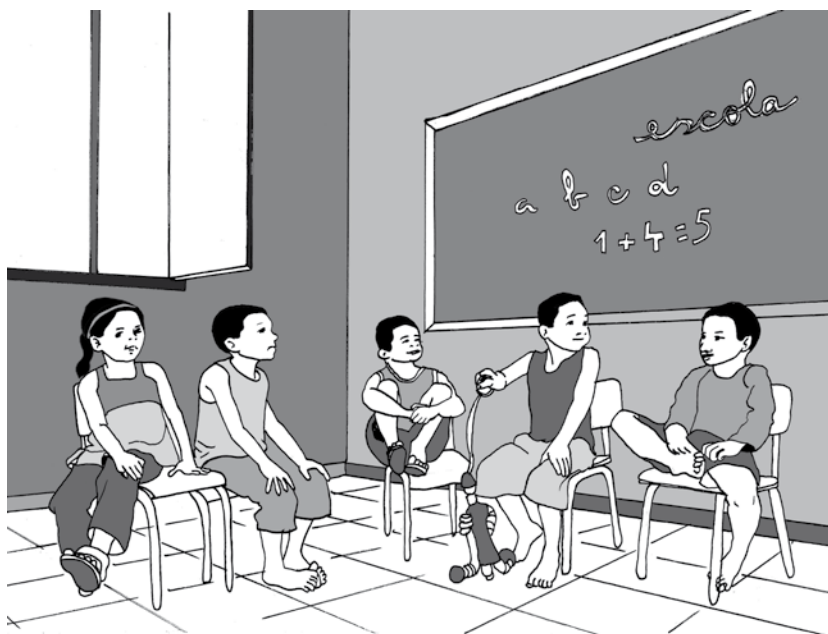
(...) quando o constituinte estabelece que constitui objetivo fundamental “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, o móvel, por certo, é a consecução de um objetivo de justiça social; todavia, daí não se segue, por exemplo, que o programa governamental voltado a implementar a função social da propriedade rural (art. 186) e a política agrícola (art. 187) vá “efetivamente” ao encontro daquele desiderato, de modo a fixar o homem no campo, assim aliviando a superdensidade populacional nos centros urbanos.³⁶

O mesmo autor ensina que a etiologia da questão das políticas públicas está ligada ao desenvolvimento histórico-político do próprio conceito de Estado moderno.

34 *Apud* SADEK, Maria Tereza (Org.). *O judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 1995, p. 14-15.

35 BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, 1996, p. 135-6 *apud* BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

36 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 773.



(...) de conceito bastante abrangente que envolve (i) a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado e (ii) sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. A combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do poder público, poderão conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins, os quais são considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade.³⁹

Desta feita, o Estado Social de Direito é aquele em que os Poderes Públicos devem dirigir a coletividade para o alcance de meta predeterminadas, não estando adstrito à produção de leis, ou normas gerais.

Neste diapasão, no Estado Dirigente, a lei se torna mero instrumento de governo, perdendo sua majestade de expressão por excelência da soberania popular.³⁷

Marcelo Figueiredo assinala, no sentido de que possa parecer um pouco exótico a alguns, que o Poder Judiciário passe a se ocupar de fazer valer diretamente, não propriamente os direitos violados da parte, mas sim se preordene a executar, desde que provocado, ações e políticas públicas a partir daquela violação.³⁸

Ana Paula de Barcellos assinala que se trata

A mesma autora aponta que:

Visualize-se novamente a relação entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.⁴⁰

Feita a transcrição doutrinária acima, podemos concluir que a definição do conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer.

37 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública* – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 780.

38 FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*, p. 18. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

39 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

40 *Ibidem*, p. 23-24

As políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais.

Toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados.

No entanto, as escolhas, em matéria de gastos públicos, são temas reservados à deliberação política e à incidência de normas jurídicas de estatura constitucional.

A impossibilidade de controle jurídico e jurisdicional esvaziaria a normatividade de comandos constitucionais, relacionados com direitos fundamentais, cuja garantia e promoção dependem de políticas públicas, como veremos no próximo tópico.

8. A efetivação dos direitos sociais e o controle jurisdicional das políticas públicas

Marcelo Figueiredo afirma que o exercício da democracia está associado à implementação e gozo dos direitos sociais.⁴¹

Neste passo, consoante já mencionado, tem-se o artigo 5º, § 1º, da Carta Magna, segundo o qual os direitos fundamentais – neles incluídos os direitos sociais – devem ter aplicabilidade imediata.

De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, vale frisar que:

(...) a negativa dos direitos sociais, ou seja, a negativa das condições de possibilidade de vida digna garantida sob o nome de direitos sociais, é negativa da democracia.⁴²

Neste momento, cabe indagar qual é o papel do Poder Judiciário nessa temática e até onde é possível avançar no caminho do Estado Social e Democrático de Direito.

É na Constituição que a resposta a essa questão, quanto à extensão e limite do controle, deve ser encontrada.

Lenio Luiz Streck destaca que “construímos uma teoria da Constituição que representou expressivos progressos na concretização dos direitos fundamentais-sociais”.⁴³

Pois bem, no Brasil há três linhas de pensamento a respeito da exigência dos direitos sociais com diversos matizes.

Alguns entendem que os direitos sociais são previstos constitucionalmente como fundamentais e, por isso, são exigíveis de pronto.

Outros sustentam que são exigíveis de pronto apenas os direitos negativos, pois os direitos positivos estariam disponíveis sob a reserva do possível e condicionados à mediação legislativa.

Por fim, há outra corrente que entende haver um núcleo de direitos positivos ligados ao “mínimo existencial” que seria sempre exigível, restando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

Compartilhamos do posicionamento de Marcelo Figueiredo, segundo o qual a questão deva ser delimitada conforme os parâmetros do próprio regime constitucional, que são: (i) princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional; (ii) cabe ao Poder Judiciário aplicar os valores e direitos constitucionais consoante o Estado Democrático de Direito, no qual se constitui o Brasil; (iii) os direitos e garantias fundamentais devem embeber a interpretação da constituição e de seus destinatários; (iv) observância ao princípio da dignidade da pessoa humana; (v) a consideração

41 FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*, p. 19. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

42 LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, 1994, p. 257.

43 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 81.

de que os direitos constitucionais fundamentais, como saúde, educação, moradia, etc. são de variada eficácia e aplicabilidade e demandam a integração dos vários poderes para sua total fruição pelos particulares.⁴⁴

Ana Paula de Barcellos examina algumas críticas ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas, em matéria de direitos fundamentais, sob três enfoques: (i) teoria da Constituição, seu papel e alcance; (ii) filosófica e (iii) operacional.⁴⁵

Sob o enfoque da teoria da Constituição, tem-se a crítica ao controle jurisdicional de políticas públicas, sob a alegação de o Judiciário não poder se intrometer em temas reservados à deliberação política majoritária.

Entretanto, a mesma autora destaca algumas dificuldades do controle social das políticas públicas:

Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no âmbito das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, (...), seja nas relações entre Executivo e parlamentares – frequentemente norteadas pela troca de favores –, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes.⁴⁶

Ao examinar a crítica ao controle jurisdicional das políticas públicas sob o enfoque da teoria da Constituição, referida autora também aponta para o estreito liame entre o

direito constitucional e a política, no qual a Carta Magna de 1988 conferiu espaço maior ao Direito e impôs inúmeros condicionamentos jurídicos aos Poderes Públicos.

Por fim, Ana Paula de Barcellos sugere que deve haver uma solução intermediária entre a ausência do controle jurisdicional de políticas públicas e a politização do Direito.⁴⁷

Neste passo, Luís Roberto Barroso diz que a judicialização nasceu do modelo constitucional que se adotou, e não de um exercício deliberado de vontade política.⁴⁸

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos conclui, ao estudar a crítica ao controle jurisdicional das políticas públicas sob o enfoque da teoria da Constituição, que “(...) o debate em torno do controle de políticas públicas está relacionado de forma direta com a garantia e promoção de direitos elementares reconhecidos como necessários ao próprio funcionamento da deliberação democrática.”⁴⁹ e que se deve conter eventual malversação do direito, com a finalidade de transformá-lo em instrumento de afirmação da concepção política do intérprete.

Sob o exame da crítica filosófica do controle jurisdicional das políticas públicas, no sentido de que, por exemplo, se poderia questionar se os Juízes tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas do que os agentes públicos, ou se seriam mais comprometidos com o interesse público, Ana Paula de Barcellos relata que se excluem da citada crítica casos de padrões ou consensos morais, ou com conhecimentos técnicos ou científicos consolidados.

Por fim, a crítica operacional ao contro-

44 FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*, p. 29. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

45 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

46 *Ibidem*, p. 27.

47 *Ibidem*, p. 28.

48 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas* – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4, jan./fev. 2009.

49 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

le jurisdicional das políticas públicas destaca que o Juiz não dispõe de instrumental técnico, ou de informação, nem tem tempo necessário para fazer uma investigação completa sobre o assunto.

Entretanto, compartilhamos o pensamento de Ana Paula de Barcellos, segundo a qual o controle de políticas públicas, em matéria de direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, poderá variar em função de dois elementos diversos: o objeto específico a ser controlado e o ambiente processual no qual a discussão será posta.⁵⁰

Referida autora assinala que será possível controlar as políticas públicas, em abstrato, com relação às metas e prioridades por parte do Poder Público, em matéria de direitos fundamentais, e, em concreto, quanto ao resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor, a quantidade de recursos a ser investida, o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público e a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

A mesma autora revela que os controles acima descritos podem ser veiculados em ações individuais, coletivas ou via controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos do Poder Público.

Nesta seara, Marcelo Figueiredo assinala que “o direito do consumidor, o direito urbanístico, o direito ambiental são exemplos de como a controvérsia judicial assume um ‘papel social destacado’ e amplo que transcende as partes para adequar e ajustar as relações sociais e comunitárias”.⁵¹

Pensamos que seja possível o controle judicial das políticas públicas no Brasil, no que concerne à sua adequação ao conteúdo

e aos fins estabelecidos na Constituição, constituindo-se em verdadeiro dever do Estado-Juiz.

A teoria da “reserva do possível” deve ser acolhida com inúmeras ressalvas, na medida em que, em nome dessa teoria, não se pode pretender impedir o reconhecimento de direitos a prestações estatais e também não podemos nos fixar nas meras alegações de falta de recursos públicos.

Neste tópico, revela-se importante consignar os julgados proferidos pelo Eg. STF, na ADPF 45/DF e RE AgR 410.715/SP, em ambos tendo o Ministro Relator Celso de Mello, a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal e o controle das políticas públicas, no qual restaram examinadas as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

9. Os limites do Poder Judiciário na implantação de políticas públicas e a interpretação constitucional

O aumento dos intermediários entre Estado e sociedade – associações civis, sindicatos, partidos políticos – tornou as funções não estatais mais atuantes, o que propicia maior coesão entre Estado e sociedade, ou seja, entre as funções estatais e não estatais da comunidade.

A unidade política da comunidade vem destacada em sua natureza funcional, que, no entanto, admite tensões entre a ordenação constitucional e realidade política e social.⁵²

⁵⁰ *Ibidem*, p. 35

⁵¹ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*, p. 19. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

⁵² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 119: “É certo que a teoria da constituição acolhe positivamente a ‘existência de conflitos’ e reconhece a sua indissociabilidade da vida humana comunitária. Mesmo neste aspecto se verifica, contudo, que eles são dimensionados, não na sua ‘estrutura de tensão’, mas como garantia da criação e manutenção da ‘unidade política’.”

Hesse diz que:

Por el contrario, la unidad política que debe ser constantemente perseguida y conseguida em el sentido aquí adoptado es una *unidad de actuación* posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo *funcional*. La cual es condición para el que dentro de un determinado territorio se puedan adoptar y se cumplan decisiones vinculantes, para que, en definitiva, exista “Estado” y no anarquía o guerra civil.⁵³

Desse modo, o Texto Magno apresenta-se como instrumento político e jurídico de ordenação e fundação social, tanto que “a Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel⁵⁴, tal como caracterizada por Lassalle.”

Segundo o autor acima referido:

Quando podemos dizer que uma “constituição escrita é boa e duradoura?” (...): Quando essa constituição escrita “corresponder à constituição real” e tiver suas raízes nos “fatores reais do poder que regem o país.” Onde a constituição “escrita” não corresponder à “real”, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dias

menos dias, a constituição escrita, a “folha de papel”, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.⁵⁵

Assim, “(...) a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade resultante do facto de a constituição ser um *estatuto jurídico do político*”.⁵⁶

A manutenção da Constituição se origina do simultâneo condicionamento entre o Texto Constitucional e a realidade político-social subjacente, a qual sempre deve preservar a força normativa da Constituição.⁵⁷

Luís Roberto Barroso revela que o juiz:

(...) (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativos (i.e., emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. (...) Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a “favor” e não contra a democracia.⁵⁸

53 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 08-9: “Pelo contrário, a unidade política, que deve ser constantemente perseguida e alcançada no sentido aqui adotado, é uma *unidade de atuação*, possibilitada e realizada mediante o acordo ou o compromisso, mediante o assentimento tácito ou a simples aceitação e respeito, chegado o caso, inclusive, mediante a coerção realizada com resultado positivo; em uma palavra, uma unidade de tipo *funcional*. A qual é condição para o que, dentro de um determinado território, se possam adotar e se cumpram decisões vinculantes, para que, em definitivo, exista ‘Estado’, e não anarquia ou guerra civil.” (tradução livre da autora).

54 LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 41-42.

55 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 25.

56 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 215.

57 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, (...). Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (...), mas também a vontade de Constituição (...).”

58 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas* – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4, jan./fev. 2009, p. 14.

O mesmo autor, ao examinar a capacidade institucional do Judiciário e seus limites, anota que

(...) o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.⁵⁹

Alexandre de Moraes, por sua vez, resalta que

(...) não são poucos os doutrinadores que apontam enorme perigo à Democracia e à vontade popular, na utilização do “ativismo judicial”, pois como salientado por Ronald Dworkin, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.⁶⁰

59 *Ibidem*, p. 17. Luís Roberto Barroso diz que no ativismo há uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude. Segundo Luís Roberto Barroso: “a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins sociais.”

60 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. rev. atual. até a EC n° 71/2012. São Paulo: Atlas, 2013, p. 785.

Por outro lado, o mesmo autor, citando advertência do Ministro Celso de Mello, destaca que as práticas do ativismo judicial tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações constitucionais, não podendo se reduzir a uma posição de passividade.

Alexandre de Moraes conclui:

O bom-senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do “ativismo judicial”, com apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, (...), somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.⁶¹

Lenio Luiz Streck assinala que “as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais”.⁶²

Segundo o mesmo autor, “o juiz (e o operador jurídico ‘lato sensu’) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição”,⁶³ devendo os operadores do direito ter em mente que há, no Estado Democrático de Direito, uma tutela constitucional do processo.

De acordo com Lenio Luiz Streck:

61 *Ibidem*, p. 786.

62 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 246.

63 *Ibidem*, p. 250.

Ou seja, o sentido da Constituição não pode continuar velado (isto porque, passados mais de quinze anos desde sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, “não descoberto”). Por isto, para interpretar a Constituição (“entendida como o novo, o estranho”), é necessário, primeiro, “tornar transparente a própria situação hermenêutica a fim de que o estranho ou diferente do texto possa fazer-se valer antes de tudo”, isto é, sem que nossos “pré-juízos” não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e “assim escondam o específico do texto”. Não podemos esquecer, como diz Gadamer, que “toda compreensão começa com o fato de que algo nos interpela”. Ou seja, para compreender, temos que pôr entre parênteses os pré-juízos.⁶⁴



Constitucional e Democrático de Direito, observando-se ao disposto pelo artigo 3º da Constituição Federal.

10. Conclusões

1. A Constituição deve estar inserida num sistema constitucional, uma vez que é provida de, ao menos, um mínimo de eficácia sobre a realidade social, reconhecendo na sociedade forças capazes de modificar o sentido das normas constitucionais, maleáveis e adaptativas, objetivando corresponder, satisfatoriamente, às prementes e fundamentais exigências do meio social.

2. A Constituição é um sistema aberto de princípios e regras, que deve corresponder às necessidades imperiosas dos cidadãos, com o escopo de que seja mantida sua força normativa.

3. A interpretação constitucional é regida pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema e pode variar tanto conforme a modalidade da Constituição, quanto para atender a modificações impostas pela “força normativa” do fato social ou da realidade política.

4. Segundo Canotilho, que “(...) a legislação não conforma a constituição, é confor-

Dessa forma, pensamos que o Poder Judiciário não deve “invadir” a área de atuação do Poder Executivo, mas tão somente corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.

Não cabe ao Poder Judiciário ou à jurisdição constitucional sufocar o espaço da política, dos indivíduos e a autonomia privada da pessoa humana, mas lhe compete preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, tutelando os direitos sociais, contidos na Carta Magna.

A interpretação constitucional é a pedra de toque para que os direitos sociais sejam respeitados, dentro do nosso Estado

64 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 305.

mada por ela. (...) o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito de liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental.”.

5. Os direitos sociais podem envolver, de um lado, pretensões a prestações e, de outro lado, pretensões de defesa por violação do princípio da igualdade ou ao controle de razoabilidade de soluções legislativas incidentes sobre os direitos sociais.

6. Normas constitucionais programáticas, de acordo com Crisafulli, são “normas que, ao invés de regularem, desde o primeiro momento, de modo direito e imediato, determinadas relações e situações (às quais, entretanto, se referem) regulam comportamentos públicos destinados por sua vez a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem que os agentes governamentais deverão ou poderão (e, inversamente, o que não poderão fazer) relativamente a determinadas matérias” ou ainda, em outra passagem, “(...): normas com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado a seus órgãos – legislativos, de direção política e administrativa – como um programa, que também a estes incumbe a obrigação de realizar nos moldes e pelas normas de suas respectivas atividades.”

7. A Constituição Federal de 1988 apresenta caráter dirigente, na qual há a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição, desenvolvendo-se uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em princípios específicos de interpretação constitucional.

8. No Estado Social, as liberdades públicas perdem sua força atrativa para os direitos sociais, pautados na igualdade de con-

dições e oportunidades.

9. A expressão políticas públicas pode designar, de forma geral, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

10. Os direitos fundamentais – neles incluídos os direitos sociais – devem ter aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º, da CF).

11. O papel do Poder Judiciário nessa temática de direitos sociais, e até onde é possível avançar no caminho do Estado Social e Democrático de Direito, se encontra na própria Constituição. É na Constituição que a resposta a essa questão, quanto à extensão e limite do controle, deve ser encontrada.

12. É possível o controle judicial das políticas públicas no Brasil, no que concerne à sua adequação ao conteúdo e aos fins estabelecidos na Constituição, constituindo-se em verdadeiro dever do Estado-Juiz.

13. O Poder Judiciário não deve “invadir” a área de atuação do Poder Executivo, mas tão somente corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.

14. Não cabe ao Poder Judiciário ou à jurisdição constitucional sufocar o espaço da política, dos indivíduos e a autonomia privada da pessoa humana, mas lhe compete preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, tutelando os direitos sociais, contidos na Carta Magna.

15. A interpretação constitucional é a pedra de toque para que os direitos sociais sejam respeitados, dentro do nosso Estado Constitucional e Democrático de Direito, observando-se ao disposto pelo artigo 3º da Constituição Federal.

Bibliografia

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas* – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4, jan./fev. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* – UFMG, Belo Horizonte, v. 34, p. 275-291, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, p. 255-265, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. rev. atual. até a EC nº 71/2012. São Paulo: Atlas, 2013.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *O judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 1995.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional* – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.