

ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL

GISLAINE DE CASSIA LOURENÇO SANTANA

**OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
NO BRASIL DISPOSTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

SÃO PAULO

2011

GISLAINE DE CASSIA LOURENÇO SANTANA

**OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
NO BRASIL DISPOSTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior de Direito Constitucional, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista.

Orientadora: Professora Esp. Elaine Parpinelli Moreno Vessoni.

SÃO PAULO

2011

GISLAINE DE CASSIA LOURENÇO SANTANA

**OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
NO BRASIL DISPOSTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior de Direito Constitucional, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista.

Aprovada em de de 2011

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^ª: Elaine Parpinelli Moreno Vessoni
Orientadora
ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional

Prof.^º: Dr.
ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que sempre contribuíram para as minhas conquistas.

Ao Samuel, meu amor, companheiro e amigo de todas as horas que me incentivou e colaborou na realização deste projeto.

Aos meus filhos Rafael e Leandro, forças motrizes da minha existência.

RESUMO

Os direitos fundamentais surgiram em decorrência de evolução histórica cuja teorização remonta ao rompimento com o sistema feudal pelo movimento iluminista trazendo à lume os direitos de primeira dimensão. Com a Revolução Industrial, o Estado passou a ter uma série de prestações para com a sociedade, surgindo a partir de então os direitos sociais, também chamados de segunda dimensão. Os direitos sociais são em sua maioria normas de conteúdo programático que necessitam de uma série de políticas públicas para a sua implementação, mas que dada a força normativa da Constituição e da influência da escola pós-positivista, que elevou o princípio ao patamar de norma jurídica, poderão ser objeto de controle pelo Poder Judiciário desde que tenha havido violação ao núcleo do direito fundamental, inobservância dos princípios constitucionais notadamente o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade ainda que em atos discricionários da Administração Pública. O Poder Judiciário não pode exercer o controle de políticas públicas quando, porém, é necessário o manejo de recursos públicos específicos para a implementação de determinada política pública, nem escolher qual a política pública a ser implementada, uma vez que atua como legislador negativo, devendo ser analisada ainda a questão da escassez de recursos públicos quando estes são necessários para a implementação da política pública requerida.

ABSTRACT

The fundamental rights arose due to the history evolution which theory remounts to the break of the feudal system through the illuminist movement, beginning the rights of first generation. With the Industrial Revolution, the State began to have a number of services at the society, beginning from then on the rights of social rights, also called of second generation. The social rights are in the major part of norms with programmatic content, which need a number of public politics for their implementation, but due to the force given through the Constitution and of the influence of the post-positivism school, which promoted the principle to the juridical norm level, could be subject to the Judiciary control, since there was a violation to the fundamental rights, non-accomplishment of the constitutional principles notably the equality principle before the law, the human dignity and further the adequacy in discretionary acts of the Public Administration. Judiciary can not practice the public political control when, but, it is necessary the administration of specific public resources for the implementation of determined public politic, nor choose which public politic to be implemented, once it acts as a negative legislator, it has also to be analysed the question of public resources lack when it is necessary to implement the required public politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A GERAÇÃO DOS DIREITOS.....	10
1.1 Direitos Fundamentais - origem e desenvolvimento histórico.....	10
1.1.1 Possibilidade de restrição dos direitos fundamentais.....	14
1.2 Geração x dimensão dos direitos fundamentais.....	16
1.3 Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	18
2 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	21
2.1 A eficácia das normas constitucionais.....	21
2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão - norma constitucional programática.....	26
3 POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	30
3.1 Políticas públicas como categoria de padrão normativo.....	30
3.2 Conceito de política pública.....	31
3.3 As políticas públicas na atual Constituição brasileira.....	33
4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.....	38
4.1 Da independência e harmonia entre os Poderes.....	38
4.2 O papel do Poder Judiciário na defesa da Constituição.....	40
4.3 A legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de políticas públicas.....	42
5 OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	48
5.1 As condições da ação no Processo Civil Brasileiro.....	48
5.2 O controle judicial sobre políticas públicas- o pedido juridicamente impossível	49
5.3 O controle judicial de políticas públicas e o princípio da isonomia.....	51
5.4 O controle judicial de políticas públicas e a dignidade da pessoa humana.....	53
5.5 O controle judicial de políticas públicas e o ato administrativo discricionário.....	57
5.6 O controle judicial de políticas públicas - a escassez de recursos e o princípio da proporcionalidade.....	60
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

Como resultado do fim do regime militar e da crescente necessidade de ampliação das bases da nossa democracia plasmada pelo movimento social e político das “diretas já”, foi instalada a Assembléia Nacional Constituinte que acabou por entregar ao país, em 05 de outubro de 1988, a atual Constituição, chamada de Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, porque teve ampla participação popular e foi voltada para a plena realização da cidadania.

Embora a Carta Magna tenha abraçado o liberalismo no campo econômico, elencou uma série de direitos sociais e metas a serem alcançadas mediante edições de leis e de ações a serem realizadas predominantemente pelo Estado, fazendo-se necessária a realização de políticas públicas para a plena efetivação dos direitos sociais plasmados na Constituição, dada a sua força normativa e vinculante.

Os vários direitos assegurados na atual Carta trouxeram consigo uma série de deveres imputados ao Estado que se vê diante de problemas nunca antes enfrentados. O presente trabalho tem justamente esse objetivo: tratar do dever do Estado em implantar os direitos sociais previstos na Constituição por meio das políticas públicas e o papel do Poder Judiciário no controle dessas políticas.

Na atual Constituição, a importância do Poder Judiciário e o seu crescente papel na sociedade dá-se em função da ampliação do espaço para a criatividade judicial por força da teoria da escola pós-positivista.

O papel do Juiz passou a ir além da subsunção do fato concreto a regra jurídica.

Na escola positivista defendida por Hans Kelsen a regra se confundia com norma jurídica e os princípios jurídicos eram considerados mera forma de integração da lei, conforme consta da Lei de Introdução do Código Civil que data de 1942¹.

¹ Lei de Introdução do Código Civil- Decreto-Lei nº 4.652, de 04/09/1942, define as regras de integração da lei da seguinte forma:

“Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Com a escola pós-positivista a carga axiológica dos valores constitucionais ganhou relevo no mundo jurídico, orientando o intérprete na análise e aplicação do Direito, na medida em que tanto as regras jurídicas como os princípios são considerados normas jurídicas.

Nestes termos, são as ideias defendidas por Ronald Dworkin e Robert Alessey, que alteraram a forma de aplicação do Direito quando elevaram o princípio e a regra jurídica à categoria de norma, fazendo com que os princípios jurídicos passassem a exercer um papel mais extenso do que fonte de integração da lei.

A par disso, temos a tensão existente entre o comando constitucional que determina a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais e, de outra ponta, o caráter programático da maior parte dos direitos sociais, surgindo dessa aparente contradição à necessidade de controle judicial das políticas públicas para que se alcance a efetividade dos direitos sociais garantidos na Constituição.

A questão ganha destaque, quando consideramos a limitação dos recursos públicos e a necessidade sempre crescente de políticas públicas cada vez mais abrangentes que atendam ao menos ao mínimo existencial, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, princípio jurídico informador de toda a interpretação da norma jurídica.

De outra ponta, estamos diante de uma Constituição plural e democrática voltada a um leque variado de grupos sociais como o idoso, a criança, o adolescente, etc, assumindo o Supremo Tribunal Federal o papel de último, mas não único, intérprete da Constituição.

Ademais, o Poder Judiciário além de ter o dever de respeitar a Constituição, assim como os demais Poderes da República, também tem a função de defendê-la, motivo pelo qual a harmonia entre os Poderes deve ser interpretada em conjunto com a supremacia da Constituição.

Nesse contexto, o que se pretende discutir no presente trabalho, é o papel do Poder Judiciário diante da enorme gama de tarefas hoje impostas ao Estado na realização dos direitos de segunda geração, a base de sua legitimidade e os limites para sua ingerência na função típica desempenhada pelo Poder Legislativo e Executivo na elaboração de políticas públicas para a implementação desses direitos.

Em busca de tal objetivo e naquilo que nos parece essencial, estudamos a questão sob a ótica dos direitos fundamentais, o caráter programático dos direitos sociais, a teoria da escola pós-positivista, e a tensão existente entre harmonia dos Poderes e o papel do Poder Judiciário na defesa da Constituição e, notadamente, nos limites do Poder Judiciário no controle das políticas públicas à luz do sistema processual brasileiro, do princípio da isonomia, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana e, ainda, sob o enfoque do poder discricionário da Administração Pública.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A GERAÇÃO DOS DIREITOS

1.1 Direitos Fundamentais - origem e desenvolvimento histórico

A concepção de direitos fundamentais surgiu em decorrência de evolução histórica, sendo produto de lutas e reivindicações sociais para conquista dos direitos nela consubstanciados, tais lutas e conquistas embasaram teorias filosóficas fundadas no jus naturalismo e no cristianismo que em muito contribuíram para a teorização jurídica dos direitos fundamentais (CUNHA JUNIOR, 2011).

A teorização acerca dos direitos fundamentais remonta à monarquia feudal dos países europeus caracterizada pela personificação do Estado na pessoa do monarca e na figura do rei juridicamente irresponsável, uma vez que detinha poder soberano e seus atos se confundiam com os atos do próprio Estado. A monarquia feudal ancorava sua legitimidade, no ideário cunhado pelo alto clero: a origem divina do poder.

A ruptura com a monarquia ocorreu com as revoluções liberais do século XVIII, emblematicamente na Revolução Francesa, ocorrida em 1789, onde os comerciantes, também chamados de burgueses, se revoltaram contra o exorbitante valor dos impostos cobrados pela realeza, cujo destino final era manter a estrutura feudal, sustentando o rei, a nobreza e o clero.

A par disso, as ideias do iluminismo, que já estavam sendo disseminadas, desde o século XIII, estando entre seus arautos Thomas Hobbes, John Lock e Montesquieu, mudaram os paradigmas que fundamentaram o absolutismo monárquico.

Com efeito, antes da ascensão do iluminismo, o absolutismo monárquico tinha como fundamento filosófico a origem divina do poder do rei e, como crença, dogmas sem fundamento na razão e no desprezo à ciência, uma vez que o monarca, tido como manifestação divina, tinha poderes ilimitados. Com o iluminismo, houve a valorização do homem, o chamado “antropocentrismo”, considerando-o como o centro de tudo; foi inculcado o apego à ciência e ao racionalismo, repelindo-se postulados que não tivessem apoio na razão ou na experiência empírica.

Nesse diapasão Moreira Neto (2008, p. 50-51), explicita:

A laicização do poder na Europa Ocidental desmitificava a onipresente monarquia absoluta e abria espaço para a afirmação paulatina de interesses protegidos de segmentos sociais, tais como e desde logo, a nobreza e a burguesia.

A laicização impulsionada pelas Universidades, a partir da *Alma Mater* de Bolonha, incentivava o conhecimento científico e, especificamente, no campo das Ciências Jurídicas, disseminava o cultivo do Direito Civil – primeiro ao lado e depois acima do Direito Canônico.

Desse modo, a difusão do conhecimento, a Reforma, a intensificação e sofisticação do comércio, o humanismo, o Direito Internacional, para citar alguma entre outras motivações políticas, econômicas e culturais do Renascimento, estavam plantadas as sementes dos ideais de liberdade, que germinariam e se propagariam nos séculos seguintes, iniciando a erosão histórica das formas autocráticas e tirânicas do exercício do poder. (itálico do autor)

Com o iluminismo, passou-se a discutir o fundamento do feudalismo, a legitimidade do poder monárquico e a necessária limitação dos poderes do Estado. Nesse ambiente, difundiu-se, no campo da política, a idéia de limitação do poder e na existência de um poder anterior e superior ao rei, a separação entre a figura do monarca e a do Estado; na esfera econômica, houve a expansão do capitalismo com a livre concorrência e o liberalismo econômico.

Antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão adotada pela Assembleia Constituinte Francesa em 27 de agosto de 1789, na Inglaterra já havia a preocupação em limitar o poder monárquico, como demonstram a histórica Magna Carta de 1215, que consiste no acordo firmado entre o rei João sem Terra e seus súditos; *Petition of Right* de 1628; pactos; forais e cartas de franquia. Registre-se ainda os Contratos de Colonização, típico das colônias da América do Norte, onde os próprios colonos criaram regras para se auto-governarem, bem como o fortalecimento dos direitos fundamentais através das revoluções liberais, como a Declaração da Virgínia em 1776, a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a Constituição Americana de 1787 (CUNHA JUNIOR, 2011).

A par disso, no campo da filosofia surge a teoria formulada por Immanuel Kant exposta em sua obra *Metafísica dos Costumes*, que trata da existência de direitos inatos ao homem, decorrentes da razão humana ou da natureza das coisas. Assim, a base filosófica dos direitos fundamentais é a de que existem direitos anteriores e superiores à instituição do poder civil e, por via de consequência, devem ser por eles protegido, configurando os direitos fundamentais direitos intrínsecos ao homem (BOBBIO, 2004, p. 49).

Várias teses refutaram a ideia de que os direitos fundamentais sejam um direito natural do homem, sendo que a primeira delas foi à teoria utilitarista de Bentham, que entende que os direitos fundamentais são direitos decorrentes da autoridade do Estado, cujo critério objetivo para delimitar tais direitos estaria expresso na fórmula de Beccaria: “a felicidade do maior número” (BOBBIO, 2004, p. 115-116). A posição mais radical foi da escola positivista, que define os direitos naturais, e por consequência os direitos fundamentais, como direitos públicos subjetivos reflexos do poder do Estado.

A posição a que nos filiamos, porém, é da historicidade dos direitos fundamentais como decorrente de conquistas de um determinado povo num determinado espaço de tempo e num determinado Estado, inserindo tais direitos no texto de sua Constituição, configurando, ao final, direitos constitucionais, que nascem e encontram fundamento na soberania popular.

Como ensina José Afonso da Silva (2004, p. 176):

[...] sua *historicidade* repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado, para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhe confere sentido apropriado na dialética do processo produtivo (grifo do autor).

Portanto, os direitos fundamentais têm por característica a historicidade, posto que “[...] eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem e natureza das coisas” (SILVA, 2005, p. 181); inalienabilidade, pois são inegociáveis e indisponíveis sendo conferido a todos na ordem constitucional; imprescritíveis, nunca deixam de ser exigíveis; irrenunciáveis, embora não possam ser exercidos, não se pode deles renunciar.

Assim, as características de imprescritibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade refutam a ideia de que os direitos fundamentais sejam direitos públicos subjetivos, uma vez que estes são prescritíveis; bem como de que sejam embasados na máxima “felicidade do maior número”, pois originalmente os direitos expressos nas Declarações de Direitos do Homem e na Declaração da Virgínia foram fruto de reivindicações de grupos oprimidos e

emergentes e não necessariamente no bem comum da sociedade considerada como um todo. (SILVA, 2005).

Os direitos fundamentais têm como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, de forma bastante concreta, mas universalizante, cunhou os direitos individuais chamados de primeira dimensão, que tem por titular o indivíduo e são oponíveis contra o Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos do homem relativos aos direitos individuais também chamado de direito das liberdades.

No dizer de Carl Schmitt (*apud* BONAVIDES, 2008, p. 561):

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são os direitos da liberdade, da pessoa do particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

Os direitos individuais assumiram um caráter universal estando previsto em todas as constituições ocidentais, de maneira que não se pode falar em Constituição sem que haja previsão e garantias para a preservação dos direitos individuais, uma vez que esses direitos, forte no fundamento jus naturalista, encontram raízes na própria noção da existência de um rol mínimo de direitos a serem reconhecidos e preservados para a uma existência humana digna.

Os direitos de primeira dimensão nasceram como direitos de titularidade do indivíduo em caráter absoluto, as liberdades civis e políticas que só excepcionalmente se relativizariam segundo o critério da lei.

A partir do reconhecimento da existência de direitos fundamentais de primeira dimensão foram abordadas as outras dimensões dos direitos fundamentais que são: os direitos de segunda dimensão relativos à igualdade (direitos sociais, culturais); os direitos de terceira dimensão que são os direitos difusos que, segundo Karel Vasak (1979 *apud* Bonavides, 2008, p. 569), teriam como conteúdo o direito ao desenvolvimento, direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, e o direito a comunicação; direitos de quarta dimensão que são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo e, por fim, o direito de quinta dimensão que seria o direito a paz.

1.1.1 Possibilidade de restrição dos Direitos Fundamentais

Para uma adequada discussão sobre o tema, faz-se necessário o estudo da “teoria interna” e da “teoria externa” que versam sobre a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais.

Segundo a teoria interna (SARLET, 2009, p. 388), “[...] um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já ‘nasce’ com seus limites”. Assim, essa doutrina utiliza-se da expressão “limites imanentes” para sintetizar a ideia de que os direitos já nascem com um conteúdo certo e determinado intrínseco ao seu conceito, havendo assim uma “fronteira intrínseca de natureza apriorística” (SARLET, 2009, p. 388), razão pela qual é desnecessária e, sob o ponto de vista lógico, impossível a restrição a direitos fundamentais, sendo afastados, portanto, a possibilidade de colisão entre princípios.

Para a teoria externa, “[...] existe um direito em si, ilimitado, que mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado” (SARLET, 2009, p. 389). Aqui a norma de direito fundamental tem dois momentos distintos: o direito em si e posteriormente e eventualmente as restrições a esse direito.

Com base na teoria externa de limitação dos direitos fundamentais é que se torna possível à discussão acerca da colisão de direitos fundamentais, uma vez que não se pode perder de vista que os direitos fundamentais se expressam como regras jurídicas e princípios jurídicos informadores de todas as normas jurídicas em decorrência de sua matriz constitucional.

Com efeito, princípios são, no dizer de Robert Alexy (2008, p. 90) “mandamentos de otimização” caracterizados pela variedade de graus de satisfação, cuja medida depende de possibilidades fáticas e jurídicas existentes, enquanto que regras não existem graus de satisfação: ou são satisfeitas ou não são satisfeitas “[...] contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91).

A distinção entre regras e princípios se torna ainda mais clara quando há colisão entre eles diante de determinado caso concreto, ou seja, quando há mais de uma norma aplicável a determinado caso concreto. Na colisão entre regras, se faz uma análise de subsunção entre o fato e a norma; se o caso concreto se subsumir a duas ou mais regras conflitantes entre si, uma delas é válida e as demais inválidas, aqui a questão é solucionada pela declaração de invalidade de determinada regra. Na colisão entre princípios a solução se dá de forma diversa, se dois princípios colidem um deles terá que ceder, havendo relação de precedência de um em relação ao outro, sendo que o de maior peso para aquele determinado caso concreto irá prevalecer.

Robert Alexy (2008) aponta que quando dois princípios são aplicáveis a determinado caso concreto abstratamente considerado, não havendo razão de precedência entre eles, ou seja, não havendo prioridade de um em relação ao outro, por se encontrarem todos no mesmo nível, o conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, cujo objetivo é definir qual dos interesses tem maior peso no caso concreto, devendo ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade.

Nesse prisma, os direitos fundamentais são passíveis de restrição a fim de possibilitar a coexistência e harmonia entre si, bem como para a defesa de estruturas sociais e políticas. Os limites que balizariam a ação do legislador para a restrição a direitos fundamentais decorrem da própria Constituição, não podendo deixar de proteger o núcleo essencial do direito fundamental.

Ainda quanto à relatividade dos direitos fundamentais, Bobbio (2004, p. 21) explicita:

Pois bem: dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale à pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jus naturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadores.

Assim, as limitações aos direitos fundamentais podem ocorrer desde que seja preservado seu núcleo essencial que é uma fronteira que o legislador infra-constitucional não

pode ultrapassar, pois o núcleo essencial do direito fundamental delimita o espaço que não pode ser invadido por uma lei sob pena de ser declarada inconstitucional.

1.2 Geração x dimensão dos direitos fundamentais

O termo “geração de direitos fundamentais” foi utilizado pela primeira vez por Karel Vasak em 1979 no Curso promovido pelo Instituto Internacional dos Direitos do Homem em Estrasburgo, onde utilizando-se do lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, citaram três gerações de direitos, sendo que os de primeira geração seriam os direitos civis e políticos, os de segunda geração os direitos econômicos, sociais e culturais e por fim, os direitos de terceira geração que seriam os direitos relativos à solidariedade, paz e meio ambiente (MARMELSTEIN, LIMA. Disponível em: <<https://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em 28/03/2010).

Paulo Bonavides acrescentou à geração de direitos os de quarta geração, que englobam o direito a democracia, pluralismo e informação e, atualmente, inseriu o direito a paz como direito de quinta geração e não como de terceira dimensão, como fez Karel Vasak, ao argumento de que este “ao colocá-la no rol dos direitos da fraternidade – a saber, da terceira geração - o fez, contudo, de modo incompleto, teoricamente lacunoso” (BONAVIDES, 2008, p. 579).

Entretanto, embora seja bastante didático, e talvez por isso utilizado com tanta fluidez pela doutrina brasileira, o termo é bastante criticado por não retratar a realidade da evolução histórica dos direitos fundamentais.

O termo “geração” sugere que primeiro vieram os direitos de primeira geração e sucessivamente os atinentes às outras gerações de direitos e que os direitos da geração seguinte somente são reconhecidos quando aquele da geração anterior fosse devidamente reconhecido e maduro. Na verdade, essa linha de evolução histórica não existe. Trata-se de um processo de cumulação, fortalecimento e progressão de direitos fundamentais, como expõe Sarlet (2009, p. 45):

[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso das expressões ‘gerações’ pode ensejar a

falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.

No Brasil, por exemplo, durante a Era Vargas no período de 1937 a 1945 foram reconhecidos vários direitos trabalhistas e previdenciários (direitos de segunda geração), sem que os direitos de primeira geração tenham sido reconhecidos dado ao fato do nosso país encontrar-se em regime de exceção (MARMELESTEIN, LIMA. Disponível em: <<https://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em 28/03/2010).

No plano internacional também se verifica que primeiro obteve reconhecimento internacional os direitos de segunda geração com a criação da Organização Internacional do Trabalho- OIT, e posteriormente, a proteção aos direitos de primeira geração com a criação da Organização das Nações Unidas - ONU (MARMELESTEIN, LIMA. Disponível em: <<https://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em 28/03/2010).

Um outro equívoco gerado pelo termo “geração de direitos fundamentais” é a de que esses direitos seriam divisíveis.

Os direitos fundamentais possuem uma indivisibilidade intrínseca, encontrando-se intimamente ligados, uma vez que não há como desvincular, por exemplo, o direito à vida (de primeira geração) do direito à saúde (de segunda geração), direito ao voto (primeira geração) do direito à informação (quarta geração), direito à reunião (direito de primeira geração) com o direito à sindicalização (direito de segunda geração), havendo um forte elo entre os diversos direitos fundamentais onde um mesmo direito fundamental se projeta numa pluralidade de dimensões.

Aqui nos valhamos do exemplo citado no artigo de Marmelstein Lima (Disponível em: <<https://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em 28/03/2010), relativo ao direito à saúde:

A mesma análise pode ser feita com os direitos sociais, como por exemplo, o direito à saúde. Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos etc.) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de

saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de um determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS. E se formos mais além, ainda conseguimos dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III).

Assim, verifica-se que, de fato, o termo “geração” apresenta equívocos ante as interpretações que sugere, sendo correta pelos motivos acima esposados a utilização do termo “dimensão de direitos fundamentais”, que optamos, outrossim, em utilizar no presente trabalho.

1.3 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Com a Revolução Industrial a expansão do trabalho industrial e a novas formas de produção delas decorrentes, ocorridas em meados do século XIX, nasceu à necessidade de se garantir direitos sociais ao trabalhador, surgindo, nesse quadro, os direitos trabalhistas em diversos países europeus.

Já no início do século XX somente a garantia de direitos trabalhistas não bastava, pois os movimentos sociais e políticos propugnavam pela garantia de direitos sociais como saúde, habitação, educação e assistência social entre os cidadãos, impulsionando o Estado a promover esses direitos. Nesse contexto, ocorreu a constitucionalização dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração ou como preferimos, direitos de segunda dimensão, onde o papel do Estado se alargou, devendo agora produzir condições de igualdade plasmadas na Constituição.

Nesse sentido vale mencionar a conceituação de José Afonso da Silva (2004, p. 286):

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São portanto direitos que se ligam ao direito da igualdade e vale como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos sociais, por acabarem gerando uma intervenção do Estado no setor privado da sociedade civil, uma vez que aquele, ao mesmo tempo em que tem prestações para com o particular, também impõe obrigações para o gozo dos direitos fundamentais sociais.

Em verdade, apesar da aparente dicotomia entre os direitos de primeira e segunda dimensão, os direitos sociais “ao contrário de limitarem ou impedirem os direitos de liberdade, são pressupostos indeclináveis para a realização dos mesmos, dado que ninguém é verdadeiramente livre sem as condições necessárias para exercer tal liberdade” (SILVA FILHO In. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 07, Volume 2, São Paulo, 2006, p. 128).

Segundo Albrecht Weber (1995 apud GARCIA. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 5, São Paulo, 2005) os direitos sociais podem ser enquadrados como direitos subjetivos, mandados constitucionais endereçados ao legislador e, ainda, como princípios diretores.

Os direitos sociais como direitos subjetivos, geram obrigações para a sociedade e para o Estado, geralmente, mas nem sempre, impondo obrigações positivas ao Estado não estando estritamente correlacionados ao dispêndio de recursos públicos para a sua implementação.

Como mandados constitucionais endereçados ao legislador, os direitos sociais apresentam características essencialmente programáticas impondo determinados objetivos a serem alcançados dependentes de normas de caráter infra-constitucional e de um plexo de atos e programas governamentais a serem implementados para que esses fins sejam alcançados.

Já os princípios diretores, são normas de estrutura principiológica dotadas de aplicabilidade imediata, cuja aplicação ao caso concreto deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Registre-se que tanto os direitos sociais vistos como mandados constitucionais endereçados ao legislador como os direitos sociais vistos sob a ótica de princípios diretores, servem de parâmetro para a interpretação das normas infra-constitucionais e programas governamentais, uma vez que estes devem guardar compatibilidade com as normas constitucionais.

Os direitos sociais podem se apresentar ainda como direitos subjetivos seja quando a norma constitucional auto-executória prevê direito social que exige uma abstenção do Estado, não estando estritamente relacionado ao dispêndio de recursos públicos, a exemplo do direito à associação; seja quando há a transmutação de um direito social como princípio diretor ou de mandado endereçado ao legislador, que diante do caso concreto, se mostre imprescindível para atender a um rol mínimo de direitos que devem ser prestados pelo Estado (WEBER, 1995 apud GARCIA. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. nº 5, São Paulo, 2005).

2 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.1 A eficácia das normas constitucionais

A discussão acerca da eficácia das normas constitucionais teve origem na ascensão do Estado do Bem Estar Social marcado pela inserção de normas na Constituição voltadas predominante para governar as relações sociais.

No Estado liberal, nascido da fase contra-absolutista, o conteúdo das constituições decorrentes da ausência de tensões sociais, acabou por produzir uma Constituição de postulados políticos harmônicos decorrentes da homogeneidade do corpo representativo, conferindo à burguesia a hegemonia no exercício do poder político (BONAVIDES, 2008).

Registre-se que os primeiros textos constitucionais desta fase eram concebidos como mera declaração de direitos e somente a partir da Constituição Belga de 1832, a Constituição passou a ser considerada como um documento jurídico.

Já na segunda metade do século XX, os direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão, nascidos após a primeira guerra mundial, fruto da profunda crise social e econômica dos países europeus e do conflito entre trabalhadores e a classe econômica dominante, o Estado se viu diante de um campo de normatividade desconhecido, muito diferente do Direito Constitucional clássico de até então onde a Constituição simplesmente limitava o poder Estatal e instituía órgãos e o modo de existir do Estado.

A necessidade de promoção do bem estar social passou a exigir prestações positivas do Estado, tornando mais difícil a transposição dos postulados sociais inseridos na Constituição em direitos subjetivos.

A célebre Constituição de Weimar, marcada por ser a primeira das grandes constituições européias a interessar-se profundamente pela questão social inserindo na Carta os direitos fundamentais, foi um exemplo clássico de uma Constituição comprometida com a sociedade mas, cuja normatividade entrou em crise em razão do declínio do Estado liberal e o fato Estado do Bem Estar Social ainda encontrar-se em fase embrionária, não havendo uma

teoria jurídica que embasasse a efetividade dos direitos sociais (VICHY In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2004).

Conforme anota Vichi (In Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2004, p. 548).

É indiscutível, portanto, a notoriedade dos avanços trazidos pela Constituição de Weimar atinentes aos direitos fundamentais. Por outro lado, conforme se pode notar de seu comentário transcrito anteriormente, o jurista alemão Reinhard Rurup chama a atenção para o fato de que a Carta Magna alemã era indiscutivelmente bem intencionada; todavia sua concretização encontrava embaraços, seja pelo seu distanciamento da realidade político-social alemã da época, seja porque o seu nascedouro foi marcado pela manifestação caoticamente democrática dos partidos responsáveis pela sua elaboração, fazendo de seu produto um projeto social de natureza manifestamente fragmentada.

Discorrendo sobre o fosso existente entre o Estado Liberal e o Estado do Bem Estar Social, o professor Paulo Bonavides aponta (2008, p. 233):

A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social.

A queda do grau de juridicidade das Constituições nessa fase de anarquia e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das Constituições.

Oportuno dizer que para Ferdinand Lassale² a Constituição real, viva e dinâmica é aquela movida por um conjunto de forças políticas e sociais que sobrepuja a Constituição fruto do racionalismo, chamada por ele de “Constituição de Folha de Papel” (LASSALE, 2007, p. 39). Para ele a Constituição, enquanto conjunto de leis rígidas, não se confunde com a realidade, sendo esta última a verdadeira Constituição, que sobrepuja e, não raras vezes, rompe com a Constituição formal.

Para Ferdinand Lassale a Constituição tem caráter essencialmente político, resumindo o conceito de constituição na fórmula: “[...] a soma dos fatores reais do poder que regem o país” (2007, p. 30). Afirma ainda que “[...] os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essas forças ativas e eficazes que informam todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALE, 2007, p. 22).

² Ferdinand Lassale foi um sindicalista, nascido na Alemanha, sendo o organizador do movimento operário alemão.

Na época de Lassale os fatores reais de poder tinham como articuladores a burguesia, a aristocracia, os banqueiros e a classe operária. Para ele existiam duas Constituições: a Constituição real que expressava os mencionados fatores reais de poder e a Constituição escrita espelhada numa folha de papel. In verbis:

Assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos da sua história, uma Constituição real e verdadeira. A diferença nos tempos modernos - e isso não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância - não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel (LASSALE, 2007, p. 39).

Na fase inicial de inserção dos direitos sociais no texto constitucional, não havia ferramenta teórica para interpretar os novos institutos que surgiram. Assim, os juristas italianos criaram a tese das normas programáticas que, dotadas de baixa normatividade, se subsumiriam em metas e diretrizes a serem alcançadas pelo Estado, reconciliando, desse modo, o conceito político com o jurídico de Constituição (BONAVIDES, 2009).

A doutrina italiana divide as normas constitucionais em normas programáticas, também chamadas de diretivas, e normas preceptivas, sendo que somente a segunda teria efeito vinculante para o legislador e para os atos do Poder Público.

A teoria clássica, que contou com contribuição de autores americanos, distinguiram as disposições constitucionais em *self executing provisions* (autoaplicáveis) e *not self executing provisions* (não autoaplicáveis), sendo tal distinção introduzida no Brasil por Rui Barbosa, que também fora abraçada por Pontes de Miranda (1967 *apud* BONAVIDES, 2009, p. 241-242), que explicita:

Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self executing, self acting, self enforcing*. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastante em si. (itálico do autor)

Em estudos mais modernos, a dicotomia clássica de inspiração positivista cedeu à tripartição da aplicabilidade das normas constitucionais. Na doutrina estrangeira encontramos a classificação de Azzaritti (1948 *apud* BONAVIDES, 2008) que divide o estudo em: normas diretivas; normas preceptivas de aplicação direta e imediata; normas preceptivas de aplicação direta, mas não imediata, sendo que as normas preceptivas seriam aquelas outrora chamadas

de programáticas e que por serem desprovidas de eficácia jurídica não chegam a constituir verdadeiras normas. Para Azzaritti normas programáticas são mera declaração política de direitos.

Já para Crisafulli (1952 *apud* BONAVIDES, 2008) quanto à aplicabilidade, as normas constitucionais são de três espécies: normas programáticas, normas imediatamente preceptivas ou constitutivas e normas de eficácia diferida, sendo certo que, ao contrário de Azzaritti, as normas programáticas têm eficácia obrigatória e imediata sobre o comportamento estatal vinculando o poder discricionário do Estado.

Nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que legislador, ao invés de regular imediatamente certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política a administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, as mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes. (Bonavides, 2008, p. 248).

No Brasil, José Afonso da Silva (2008) realizou uma classificação original da aplicabilidade das normas constitucionais partindo do pressuposto que as disposições das constituições rígidas têm natureza jurídico-constitucionais e de que não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas irradiam efeitos jurídicos importando sempre numa inovação à ordem jurídica.

Todavia, as normas constitucionais têm graus de eficácia, na medida em que umas têm aplicação imediata e outras dependem da atuação do legislador infra-constitucional para que possam ser aplicadas ao caso concreto. Assim José Afonso da Silva dividiu a aplicabilidade das normas constitucionais em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida, normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição têm condições de gerar todos os efeitos essenciais, “incidindo direta e imediatamente sob a matéria que lhes constitui objeto” (SILVA, 2008, p. 82). São de eficácia

plena as normas constitucionais que contenham vedações ou proibições; confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; não designem órgãos ou autoridades especiais que incumbam a especificamente a sua execução; não indiquem processos especiais de sua execução; não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nela regulados (SILVA, 2008).

Normas constitucionais de eficácia contida também incidem direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto, porém prevêem meios ou circunstâncias que limitam sua aplicabilidade, como o disposto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição, que estabelece a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Já as normas de eficácia limitada são aquelas que não produzem com a sua entrada em vigor todos os seus efeitos essenciais, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Estas normas se subdividem em norma de princípio institutivo ou organizativo e norma declaratória de princípio programático.

As normas de eficácia limitada de princípio institutivo são aquelas não programáticas, dependentes de lei para que tenham aplicabilidade plena, porquanto contenha “esquemas gerais, como de início da estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo quê também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo” (SILVA, 2008, p. 123); sendo ora impositiva, determinando que o legislador ordinário emita uma legislação integrativa. Exemplo é o artigo 20, § 2º, da nossa Constituição, que estabelece que ocupação e utilização de faixas de fronteira serão reguladas em lei.

As normas de eficácia limitada também podem ser facultativa ou permissiva à emissão pelo legislador ordinário de legislação integradora, exemplo é o disposto no artigo 25, § 3º, da Constituição que faculta aos Estados, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas e aglomerações urbanas.

Normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, segundo José Afonso da Silva (2008, p. 137):

[...] são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados a sua função.

Crisafulli (1952 *apud* SILVA, 2008, p. 137), com base na Constituição italiana define normas programáticas no seguinte sentido:

[...] aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como um programa que a eles incumbe à obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades. Finalmente: normas que, em vez de regular, desde o primeiro momento de modo direto e imediato, determinadas situações e relações (a que se referem) regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem aquilo que os governantes deverão ou poderão fazer (e, inversamente, pois, aquilo que não poderão fazer) relativamente aos assuntos determinados.

Assinala-se ainda a distinção das normas programáticas realizadas por Crisafulli (1952 *apud* SILVA, 2008): normas programáticas de simples escopo, que prescrevem aos órgãos estatais o fim a alcançar sem determinar-lhes o meio, e normas programáticas que ao prescreverem o fim a atingir também indica os meios aptos para tanto.

Entendemos que a criação da categoria de normas programáticas foi uma nomenclatura criada pelos juristas italianos para acomodar a nova visão da Constituição agora tida como documento jurídico dotado de força normativa e não mais uma mera declaração de direitos sem qualquer possibilidade de exigência.

Entretanto se a norma programática não for considerada como exigível e eficaz, nessa parte, a Constituição continuará sendo uma declaração de direitos sem qualquer efeito de ordem prática estando desprovida de força normativa.

Nessa quadra, entendemos que a classificação da aplicabilidade das normas constitucionais realizada pelo professor José Afonso da Silva, inspirado em Crisafulli, de que a norma jurídica, ainda que programática, tem eficácia social e, portanto, é exigível, se ajusta a noção de Constituição de Direito.

2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão - norma constitucional programática

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, previsto nas atuais constituições, surgiram como um pacto entre o Estado liberal, que garantia a proteção do homem enquanto indivíduo do abuso estatal garantindo-lhe as liberdades públicas, e o necessário intervencionismo estatal para a proteção do homem enquanto ser social, uma vez que no ápice do liberalismo foi constatado que “[...] o Estado não é o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; que não é a única entidade que impõe relações coativas de convivência” (SILVA, 2008, p. 135).

Como fruto da tensão existente entre o liberalismo e o necessário intervencionismo estatal com seus princípios de direitos sociais e econômicos, nasceram às chamadas constituições dirigentes do qual nossa atual Constituição é exemplo, posto que “[...] define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática” (SILVA, 2008, p. 136-137).

No Brasil temos que os direitos fundamentais, neles inseridos evidentemente os direitos sociais, têm aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal), optando nosso legislador constitucional em proteger âmbitos da vida humana alheios ao Estado, utilizando-se de conceitos indeterminados como honra, liberdade, etc., delegando a competência interpretativa à sociedade.

[...] o legislador ordinário ao concretizar os Direitos Fundamentais, goza de uma relativa ‘liberdade de conformação’, sendo esta bem maior relativamente às normas tradicionalmente chamadas de ‘programáticas’. Em relação aos direitos sociais, o dispositivo da *aplicação imediata* ganha outra função visto que estes devem ser tratados de maneira diferente dos direitos clássicos na defesa contra o poder estatal. Nesse contexto, o artigo 5º, § 1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de ‘maximizar a eficácia’ dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para a sua realização. (KRELL, 2002, p. 38).

Assim, ainda que os direitos sociais se revelem muitas vezes como normas programáticas, tendo grau de eficácia inferior aos direitos fundamentais de primeira dimensão, eles são providos de eficácia jurídica, na medida em que tais normas atuam como princípios para a interpretação do texto constitucional, impondo limites a serem observados pelo legislador ordinário na integração da norma constitucional, sendo de observância obrigatória não só para o legislador, mas também para os demais Poderes.

Por outro lado, embora as normas de conteúdo programático tenham como característica teleológica de dizer “para onde e como se vai” (SILVA, 2008, p. 141),

conferindo relevância e função de princípios gerais para toda a ordem jurídica, disposições programáticas e princípios constitucionais não se confundem.

Com efeito, enquanto as normas jurídicas “tutelam situações subjetivas de vantagens ou de vínculo” (SILVA, 2008, p. 142), os princípios “são ordenações que irradiam e imantam o sistema de normas” (SILVA, 2008, p. 142).

Nesse diapasão, Gomes Canotilho (1983 *apud* SILVA, 2008) refere-se a dois tipos de princípios: princípios jurídicos fundamentais e princípios políticos constitucionalmente conformadores.

Os princípios jurídicos fundamentais seriam “[...] historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (GOMES CANOTILHO, 1983 *apud* SILVA, 2008, p. 143).

Por outro lado, os princípios políticos constitucionalmente conformadores “[...] são os que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, nos quais se condensam as opções políticas fundamentais e se reflete na ideologia inspiradora da Constituição” (GOMES CANOTILHO 1983 *apud* SILVA, 2008, p. 143).

Assim, enquanto os princípios políticos constitucionalmente conformadores expressam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, as normas programáticas têm função de princípio somente no sentido “[...] de que definem as bases dos fins e tarefas estatais e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. Constituem direitos imediatamente vigentes e são diretamente aplicáveis” (SILVA, 2008, p. 143).

Em suma, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são as opções políticas realizadas pelo legislador constituinte que se traduzem através de princípios explícitos e implícitos na Constituição, como também através das normas nelas consubstanciadas, no que tange a estas últimas, algumas têm aplicabilidade imediata e outras dependem da atividade do legislador infra-constitucional. Já as normas de conteúdo programático, são normas que embora indiquem as bases dos fins das tarefas Estatais são

imediatamente aplicáveis e exigíveis pela sociedade, sendo de observância obrigatória para o legislador infra-constitucional.

Salientamos que as normas de direito fundamental social são aquelas atreladas a “direitos relativos à igualdade exigindo a prestação positiva do Estado que visam oferecer devendo oferecer meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais” (TAVARES, 2008, p. 456).

Nesses termos, para Alexy (2008), os direitos fundamentais sociais podem ser vistos como normas que garantem direitos subjetivos, que simplesmente obrigam o Estado de forma objetiva; normas vinculantes, onde é possível a análise da violação dos direitos fundamentais sociais perante o Tribunal Constitucional; e normas não vinculantes onde os direitos fundamentais exerceriam o papel de meros enunciados programáticos, na medida em que seus conceitos são abertos e com alto grau de indeterminação.

Entendemos que a despeito do alto grau de indeterminação de alguns direitos fundamentais sociais, todos são sindicáveis perante o Poder Judiciário, uma vez que todas as normas contidas na Constituição têm eficácia jurídica, ainda que algumas tenham maior grau de eficácia que outras. Todavia, todas são passíveis de serem reclamadas perante o Poder Judiciário para sua implementação, na medida em que as normas constitucionais relativas a direitos sociais são de observância obrigatória para a Administração Pública, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, bem como para toda a sociedade.

Assim, utilizando o exemplo citado por Alexy (2008), ainda que o direito ao trabalho tutelado pela Constituição seja um conceito aberto, norma infra-constitucional não pode violar esse direito estabelecendo requisitos absurdos e totalmente desnecessários para o exercício de determinada profissão. Lei, nesse sentido, é sindicável perante o Judiciário tanto via ação direta de inconstitucionalidade ou via ação incidental de inconstitucionalidade.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 Políticas públicas como categoria de padrão normativo

Após o final da segunda guerra mundial, com a instalação dos chamados Estados autocráticos, iniciou-se uma análise do sistema jurídico, até então predominantemente positivista, a fim de alcançar validação externa ante os valores democráticos que se firmavam.

Na linha de pensamento positivista de Hans Kelsen, calcada numa compreensão neutra do fenômeno jurídico, o padrão normativo é na norma jurídica, enquanto regras de comportamento, centrado nos postulados da autoridade e da hierarquia normativa. A autoridade da norma jurídica tem fulcro no “dever-ser”, que determina o comportamento de seus destinatários. Por outro lado, a hierarquia normativa da norma é o seu escalonamento dentro de um padrão normativo, assim em caso de conflito de regras, onde várias normas jurídicas são aplicáveis ao mesmo caso concreto, aquela de grau superior prevalece sobre a de grau inferior. É a chamada “validação de pedigree” no dizer de Hart (2001 *apud* DIAS, 2007, p. 30).

O positivismo não tem como foco o conteúdo da norma jurídica, uma vez que esses conteúdos seriam objeto de estudo de outras ciências, daí a máxima de que “O Estado é o Direito como atividade normativa, o Direito é o Estado normatizado” (DIAS, 2007, p. 28); assim, sob a ótica positivista, o Estado precede o Direito e a atividade jurisdicional é tida como limitada, pois sua atuação está comprometida filosoficamente com a ideia de que o Estado encerra o Direito, estando o Poder Judiciário adstrito à realização da subsunção do caso concreto à norma.

A partir das ideias de Hans Kelsen, foi construída a teoria de Ronald Dworkin, cujo objetivo central era realizar uma crítica ao positivismo pautada na ideia de que o padrão normativo pode se expressar através de regras, princípios e políticas, posto que a validação da norma não decorre somente da legitimidade de sua produção e de um procedimento válido de acordo com a Constituição, mas também de dever ser dotada de argumentos convincentes a ponto de determinar o comportamento de seus destinatários.

Parece claro que o estabelecimento teórico de normas que não decorrem exclusivamente da produção formal estatal coloca em evidência o prestígio da comunidade como autora e destinatária da produção.

Não resta dúvida de que um padrão que se pretende obrigatório deve ser adotado por certo conjunto de razões, devendo as mesmas ser convincentes a ponto de determinar o comportamento de pessoas livres de uma sociedade.

Como se não bastasse essa questão, é de se remeter ao fato de que a norma jurídica, qualquer que seja a estrutura que adote, vai se constituir em fator de viabilização de uma ação estatal comprometida com os propósitos por ela buscados (DIAS, 2007, p. 33).

Pautado nas ideias de Ronald Dworkin, Robert Alexy faz distinção entre regras e princípios, afirmando o seguinte:

[...] enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumprida em diferentes graus, sendo que a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios opostos, que incidem na espécie e que igualmente buscam a prevalência de suas potencialidades, e pelas regras que, de algum modo, excepcionam o princípio que se pretende aplicar. Além de encerrarem comandos de otimização que variarão consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes por ocasião da sua aplicação, os princípios apresentam peculiaridades em relação às regras. (ROBERT ALEXY. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 6, p. 423).

Com a definição entre regras e princípios foi possível definir o que seria política enquanto padrão normativo. Assim política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DIAS, 2007, p. 350), para o alcance de tais objetivos faz-se necessários regras jurídicas que delimitem e conduzam as autoridades públicas para sua realização, sob pena de tais políticas serem inatingíveis.

3.2 Conceito de política pública

O conceito de políticas públicas deixou de ser afeto exclusivamente ao ramo da ciência política e da sociologia, passando a ser, após a Revolução Industrial, uma preocupação também das ciências jurídicas.

Sem dúvida, foi com a nova realidade social trazida pela Revolução Industrial, o Estado passou a abarcar uma série de atribuições até então desconhecidas, tendo o dever de atuar para o bem estar da coletividade lançando mão de normas jurídicas para embasar ações de implementação dos direitos fundamentais sociais.

Diante do complexo rol de atividades que o Estado passou a ter de desempenhar, fez-se necessário o traço de linhas mestras para o estabelecimento de critérios a serem escolhidos pela Administração Pública para nortear sua atuação, uma vez que seria inviável, por motivos de tempo e recurso disponíveis, a execução de todas as tarefas necessárias para suprir as demandas sociais.

Assim o Estado utiliza-se do critério de escolha, elegendo algumas necessidades sociais para execução imediata e outras para execução ulterior. Os objetivos são colhidos da sociedade levando-se em consideração os fatores econômicos, sociais e políticos que num determinado tempo e lugar se revelem com maior capacidade de pressão (CARVALHO FILHO, 2008).

A escolha de qual política pública será imediatamente implementada e aquela que será realizada somente em fase ulterior é determinada por vários fatores, sendo o mais saliente deles as necessidades prementes da sociedade e a pressão dos grupos organizados, como por exemplo, as organizações não governamentais – ONGs. É da conjunção dessas duas variáveis que serão analisadas quais das necessidades sociais serão supridas em primeiro lugar.

O critério de escolha como forma de atuação estatal é o suporte para as políticas públicas a serem perseguidas pelo Poder Legislativo e pela Administração Pública, e é dentro deste contexto e levando em conta esse critério que a ciência jurídica busca um conceito exato do que viria a ser para o Direito ‘políticas públicas’.

Para Lima Breus (2007, p. 199):

Não há um conceito único de políticas públicas. Em sentido geral, elas podem ser tomadas como programas de intervenção estatal realizados a partir da sistematização de “ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseados na articulação entre a sociedade e o próprio Estado e o mercado”.

Adiante preleciona que “[...] políticas públicas significam a coordenação dos meios a disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BREUS, 2007, p. 219-220).

As políticas públicas aqui são elucidadas como ação, um fazer estatal onde o principal ator é a Administração Pública refletida no papel do Poder Executivo.

Já para Jorge Neto (2009, p. 53):

[...] o conceito de políticas públicas está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais. Vê-se que essa é uma definição de política pública sob a ótica dos direitos fundamentais e é precisamente esse o enfoque que nos interessa. Poderíamos ainda falar em políticas públicas querendo significar os programas de governo ou planejamentos de ação dos órgãos públicos nas mais diversas áreas. Essa segunda acepção difere da primeira. Uma coisa é a própria ação, o próprio fazer, o próprio atuar, outra, que lhe antecede, é o programa formal da ação ou o planejamento da atuação estatal. Quando falamos políticas públicas, ora estamos a significar a ação estatal com vistas ao atendimento de um fim estatal, mais especificamente a concretização dos direitos fundamentais, incluídas as ações de planejamento, o programa, as balizas dessa atuação; ora estamos a significar todo o conjunto de ações, incluídas as ações de planejamento e as ações executivas do atuar social.

Assim, para Jorge Neto (2009), políticas públicas são programas ou planejamento que antecede o fazer estatal, podendo as políticas públicas ser vistas tanto como ações de planejamento ou como ações executivas propriamente ditas.

Também para Carvalho Filho (2008, p. 110):

Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta as demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades.

Para nós políticas públicas não se resumem a uma ação estatal expressa por meio da atuação das instituições administrativas. A atuação estatal, enquanto órgão administrativo, tem como pressuposto o exercício da função legiferante cabendo ao legislador delinear ações e metas a serem alcançadas, enunciando, no mais das vezes, os mecanismos de implementação das políticas já planejadas.

Destarte, para que seja implementada determinada política pública se faz necessário, em primeiro plano, a existência de lei para, num segundo momento, haver a chamada ação estatal que se manifesta por meio de investimento de recursos públicos, incentivo no setor privado e eficiência das instituições Administrativas.

3.3 As políticas públicas na atual Constituição brasileira

A primeira etapa na fixação de políticas públicas se dá com a existência de normas que determinam quais as ações e metas a serem alcançadas pelo Estado, sendo a Constituição Federal o local onde estão expressas as principais metas.

Logo de início, o texto constitucional estabelece como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem discriminação³.

Após, visando à redução das desigualdades sociais e regionais, o artigo 43 da Carta Magna prevê a criação, mediante lei complementar, da composição de organismos regionais que executarão os planos de desenvolvimento social e regional, além de incentivos fiscais e financiamento com juros favorecidos, bem como outros privilégios previstos no âmbito da Lei Maior.

Assim, no exemplo acima observamos que o próprio texto constitucional lança alguns dos meios para que a justiça social seja alcançada.

Neste prisma de ideias, observamos ainda que as competências legislativas e administrativas previstas na Constituição explicitam a etapa legiferante e a etapa institutiva da política pública.

Com efeito, no estado federal o princípio que norteia a repartição de competências é a predominância de interesse. Assim, assuntos de interesse nacional estarão a cargo da União, de interesse regional a cargo do Estado e interesse local a cargo do Município. Todavia, a exemplo do polígono da seca e da região da Amazônia, muitas vezes é difícil distinguir qual é o âmbito de interesse, uma vez que alguns deles não seriam rigorosamente nacionais, mas também não se pode dizer que seriam regionais (SILVA, 2005).

³ O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 determina:

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 preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 adotou um sistema complexo de divisão de competências onde são enumerados os poderes da União (artigos 21 e 22), poderes remanescentes para os Estados (artigo 25, § 1º), poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), bem como possibilidade de delegação de competência (art. 22, parágrafo único), áreas comuns de atuação paralela da União, Estado, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes ente União e Estado em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe a União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios competência suplementar (art. 24, § 2º e 3º, artigo 30, inciso II) (SILVA, 2005).

A função legiferante pode ser vista no artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal, cabendo à União estabelecer políticas públicas sobre informática e telecomunicações, bem como no artigo 25, § 3º onde dispõe que o Estado tem competência para legislar sobre gás canalizado. Nos exemplos citados cabe, respectivamente, a União e ao Estado editar leis que definam políticas públicas sobre a matéria de sua competência legislativa.

Por outro lado, a implementação de políticas públicas envolve competências administrativas cuja atuação também se encontra prevista, em alguns casos, no corpo da Constituição.

Nessa linha de pensamento, Carvalho Filho (2008, p. 112) expõe:

Na vigente Constituição, cabe à União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, sobretudo secas e inundações (art. 21, XVIII): essa competência bem demonstra que, em sede administrativa, poderá o governo federal instituir e implementar as políticas públicas relacionadas às ditas calamidades públicas. Em outras situações, a competência deixará margem apenas para a implementação: é o caso da exploração dos serviços de energia elétrica (art. 21, XII, “b”, CF) executada após a etapa de instituição das políticas pelo legislador.

Também houve a preocupação por parte do nosso legislador constitucional quanto à destinação de recursos públicos para determinadas políticas públicas por serem, a nosso entender, consideradas de fundamental importância: a saúde e a educação.

O Brasil tem como uma de suas grandes celeumas as altas taxas de analfabetismo que sempre nos deixaram paripasso com os países africanos, havendo uma acentuada queda a partir da última década do século XX, atingido 14,6 milhões de pessoas no ano de 2002,

segundo os dados estatísticos do IBG, ou seja, 11,8% da população brasileira acima de 15 (quinze) anos de idade (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/educacao.html>>. Acesso em 18/04/2010).

Para tanto, o artigo 212, “caput”, da Constituição Federal de 1988 previu a aplicação anual pela União de pelo menos 18% (dezoito por cento) e pelo Estado, Distrito Federal e Município a aplicação de no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) da receita proveniente dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, além da fonte adicional advinda do salário-educação recolhida pelas empresas na forma da lei.

No que tange ao direito à saúde, os dados estatísticos do IBGE de 2003 apontavam índices alarmantes na taxa de mortalidade infantil atingindo o percentual de 23,6%. Embora o Brasil tenha progredido em muito nessa área, segundo os dados daquele período, ainda estamos com taxas de mortalidade infantil maiores que a Argentina 16,5%, Chile 7,8%, Cuba 5,8% e México 19,7% (MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/saude/visualizar_texto.cfm?idxt=24437>. Acesso em: 18/04/2010).

Nosso legislador constitucional previu ainda a prestação de serviço público de saúde na forma descentralizada através do Sistema Único de Saúde – SUS, a ser financiado pelas contribuições sociais da União, do Estado e do Distrito Federal, prevista no artigo 195 da Constituição Federal, além de outras fontes.

Em suma, entendemos que nossa Constituição dividiu competências entre os entes da federação para a produção de leis e à implantação das políticas públicas, prevendo a destinação, em patamar mínimo, de recursos públicos a serem destinados à educação e à saúde por serem de sobremaneira importantes e estarem ligados mais diretamente aos direitos fundamentais sociais básicos para a existência e formação do homem, sendo tais recursos públicos salvaguardados da manipulação dos grupos socialmente organizados e das ideologias políticas do momento.

Concluimos, portanto, que nosso legislador constitucional em alguns casos previu somente a etapa legiferante e em outros casos previu também a etapa institutiva da política

pública, sendo que em matéria de saúde e educação previu a destinação de recursos públicos para a sua implementação.

4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

4.1 Da independência e harmonia entre os Poderes

A teoria da tripartição dos poderes surgiu como criação política inspirada pelo iluminismo e idealizada por Montesquieu como forma de limitação do poder do monarca e despersonalização do Estado mediante o império da lei, uma vez que o soberano seria controlado por leis fundamentais dotadas de generalidade e imutabilidade.⁴

Importante ressaltar que a idéia de dividir para controlar o poder estatal está no contexto das três Revoluções Liberais da idade Moderna: a inglesa, a americana e a francesa; cada uma delas produziu um avanço em campos específicos do poder político e na construção de políticas públicas: a inglesa, com a instituição do Poder Legislativo; a americana com a outorga de autonomia ao Poder Judiciário; e a francesa, com a estruturação do Poder Executivo (MOREIRA NETO, 2008).

Moreira Neto (2008) esclarece ainda que as três revoluções não ocorreram de modo homogêneo, sendo certo que dentre elas o Poder Judiciário foi a que evoluiu de modo mais lento, posto que o modelo americano que preconizava a unidade de jurisdição e a existência de uma Corte Constitucional de cúpula não foi adotado, de início, pela Europa Ocidental que preferiu o modelo francês que instituía uma jurisdição própria para a Administração Pública - o contencioso administrativo.

Com efeito, foi a partir da teoria de Montesquieu que foi cunhado um sistema em que os três Poderes agiriam de forma autônoma e equilibrada em um sistema de freios e contrapesos.

Tavares (2008) salienta ainda que a doutrina da separação dos Poderes concebida por Montesquieu é tributada a duas ideias anteriores desenvolvidas historicamente pelas lutas

⁴ Há divergência sobre a autoria da doutrina da tripartição de poderes, pois para alguns esta fora idealizada por John Locke sendo que para este, entretanto, não havia a idéia de um Poder Judiciário autônomo e equilibrado com os outros poderes e também não havia concebido a idéia de um equilíbrio entre os vários poderes do Estado (JORGE NETO, 2009)

políticas inglesas: a *rule of law*, que tinha por objetivo assegurar a supremacia da lei sobre os demais Poderes e que remonta à Inglaterra do séc. XVII; e a doutrina do *balance of powers*, que adotava a separação e independência entre os Poderes como instrumento para seu controle recíproco.

A teoria da tripartição do poder sofreu mutações ao longo do tempo em razão de duas grandes influências: a ascensão do princípio da legalidade e a evolução histórica e político-social de cada país, notadamente após a segunda guerra mundial, alterando, nesse contexto, o alcance e o conteúdo do princípio da separação de Poderes.

Assim, a separação dos Poderes passou a ser entendida como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como já preconizava o artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵, na medida em que possibilita a efetivação das liberdades civis e todos os demais direitos assegurados na Constituição.

Dessa maneira, não se pode pensar que existe Constituição em um determinado Estado se a sua Administração, a atividade legislativa e a atividade julgadora estiverem centradas num único braço do Poder, pois, nesse caso, estaríamos diante de uma Constituição sujeita a manipulação e aniquilamento pelo Estado centralizador, ou seja, teríamos uma falsa Carta de Direitos que estaria à mercê de toda sorte de interesse, podendo, inclusive, ser objeto de legitimação de ações atentatórias aos direitos nela inseridos, como aconteceu, outrora, no período do império da lei.

Atualmente, a fórmula preconizada por Montesquieu acerca da separação dos Poderes transmutou-se para separação de funções estatais.

Com efeito, o Poder estatal cinge-se num plexo de funções para cuja execução o órgão está finalisticamente voltado, denota uma estrutura organizacional devidamente individualizada, autônoma não se encontrando hierarquicamente subordinada aos demais Poderes, é uno, estando, porém, delineadas na Constituição as funções típicas e atípicas de cada Poder, funcionando num sistema de freios e contrapesos (GARCIA, 2005).

⁵ “XVI. Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não seja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.”

Também nesse sentido, Breus (2007, p. 243) afirma:

[...] não se pode olvidar que, ainda que a separação dos poderes seja um princípio fundamental do Estado de Direito e, igualmente, do Estado Constitucional, ela deve ser observada a partir do quadro histórico contemporâneo, em que as funções exercidas pelos três poderes apresentam cada vez mais similitude e, não raro, apresentam-se sobrepostas.

A divisão do Poder, que a doutrina clássica distingue em legislativa, administrativa e judiciária, atribuída a órgãos distintos e independentes, deve ser vista com certa relatividade, posto que hoje o princípio não apresenta a mesma rigidez de outrora que, em razão da evolução social, acarretou na ampliação das atividades estatais e impôs novas formas de inter-relação entre os Poderes, de modo a estabelecer uma colaboração recíproca.

No Brasil, o Poder Legislativo tem como função típica a elaboração das leis e como função atípica administrar e julgar; manifestação de sua função atípica ocorre, por exemplo, quando dá provimento a cargos públicos e julga atos de improbidade administrativa por crime de responsabilidade do Presidente da República.

O Poder Executivo exerce a função administrativa do Estado como sua função típica. Vale registrar que na sua origem foi concebido por Montesquieu para “[...] manter a ordem interna, exercendo a soberania estatal nas relações internacionais” Bulos (2007, p. 1.010). Como função atípica, o Poder Executivo pode legislar por meio de Medidas Provisórias e julgar no bojo do contencioso administrativo.

Ao Poder Judiciário foi reservada a função típica, imediata e própria de julgar dirimindo conflito de interesses e, como função atípica, desempenha atividades no âmbito administrativo e legislativo, quando, por exemplo, concede férias aos seus servidores e elabora seus regimentos internos, respectivamente (Bulos, 2007).

4.2 O papel do Poder Judiciário na defesa da Constituição.

A despeito da função típica e atípica de cada Poder da República, o ponto em comum é de que todos eles têm o dever de cumprir a Constituição.

Nestes termos, vale transcrever a lição trazida por Bulos (2007, p. 849) que afirma:

Não é apenas o Poder Judiciário o protagonista da justiça constitucional das liberdades, mas também os membros do Poder Legislativo e Executivo. Todos, sem exceção, devem obediência à autoridade superior da Constituição, que, em nosso sistema de Direito Positivo, elevou as funções estatais, e até mesmo o Ministério Público, ao posto de oráculos do Estado Democrático de Direito, e, em último plano, das liberdades públicas.

Numa sociedade pluralista, lócus adequado à democracia, a Constituição acaba por refletir e condensar as diferentes estruturas ideológicas sociais presentes limitando e direcionando cada uma dessas ideologias, surgindo daí o conceito de Constituição Compromissória, onde a Constituição é tida como produto do pacto realizado entre as convergências e divergências das diversas forças políticas e sociais que a inspiraram.

Assim, as diferentes ideologias sociais presentes na Constituição refletem-se em normas de natureza principiológica e em valores sociais que direcionam a aplicação das regras constitucionais, conferindo a Constituição um caráter eminentemente aberto adequando continuamente às forças políticas e sociais.

Nesse contexto, o Poder Judiciário não atua como mero aplicador da lei nos casos concretos, estando superada a clássica divisão dos poderes estatais.

Com efeito, apesar das funções típicas e atípicas atribuídas a cada Poder, o Judiciário, longe de representar um juízo fiscalizador e punitivo dos outros Poderes atua, em última instância e com caráter definitivo, como densificador do conteúdo dos princípios jurídicos expostos na Constituição realizando a ponderação desses princípios à luz do caso concreto.

O Poder Judiciário, no Brasil, além de respeitar a Constituição tem o dever de defendê-la, como preleciona Tavares (2010, Disponível em: <<http://www.ibec.inf.br/andre7.pdf>>. Acesso em: 19/04/2010) em crítica feita à declaração do chefe do Poder Executivo – Presidente Luis Inácio Lula da Silva - acerca da intervenção do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal:

Em um Estado Constitucional de Direito, como é de conhecimento geral, a Constituição há de ser observada por todos, incluindo-se aí os atuais detentores do “Poder”. Vale tanto para o Chefe do Executivo como para os Parlamentos, para um Ministro do STF ou qualquer outro juiz. Ocorre que deste mesmo Judiciário, que deve respeitar a Constituição, recebeu a incumbência adicional de defender a Constituição. Assim, no Brasil, todo juiz, além de ser juiz “comum”, no sentido mais tradicional, ou seja, “juiz conforme a lei”, é também “juiz da lei”. Quer isto significar, tecnicamente, que todo e qualquer juiz, além de decidir os casos concretos, a disputas envolvendo interesses diversos, deve também averiguar se os

atos públicos, as leis e os decretos são conformes à Constituição, rechaçando aqueles que não sejam, deixando de aplicá-los para resolver conflitos sociais. É o modelo adotado no Brasil. O juiz tem o dever funcional (não é mera opção subjetiva) realizar esse controle dos atos dos “poderes” legitimados pela urna.

Desse modo, a harmonia entre os Poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Federal do Brasil, deve ser interpretada em cotejo com a supremacia da Constituição, não havendo independência e separação absoluta entre eles, pois, conforme destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98-5/MT (Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?doc TP=AC&doID=266193>>. Acesso em: 30/09/2010), para fins de controle de constitucionalidade, é necessário extrair da própria Constituição o traço essencial da atual ordem, por não haver uma “*fórmula universal apriorística e completa*” (*itálico nosso*) para este princípio.

4.3 A legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle sobre políticas públicas

O Estado elabora suas políticas públicas por meios dos representantes eleitos pelo povo – membros do Poder Legislativo e de chefe do Poder Executivo - pois são a eles atribuídos o encargo de selecionar os objetivos e instrumentos de interesses da comunidade, estando sua legitimidade pautada na soberania popular manifestada na escolha de seus membros por meio de um processo democrático, conforme estabelece o artigo 14 da Constituição da República.

Nessa senda, Boaventura de Sousa Santos (1996 *apud* Frischeinsen 2000, p. 59) explicita:

A renovação da teoria democrática assenta, antes de mais, na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao ato de votar. Implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa. Para que tal articulação seja possível é, contudo, necessário que o campo político seja radicalmente redefinido e ampliado.

Assevera-se que na linha de Boaventura Souza Santos, verifica-se na Constituição Federal de 1988 a co-responsabilidade da sociedade civil na elaboração de políticas públicas a exemplo do disposto nos artigos 194, inciso VII, artigo 198, inciso III e artigo 204, inciso II, onde há previsão de gestão democrática pela sociedade da seguridade social, das ações e

serviços públicos de saúde e na assistência social, que são exemplos de exercício da democracia e da cidadania.

A questão que se coloca é se as políticas públicas são passíveis de controle judicial, uma vez que a elaboração das mesmas, como já explicitado, é fruto da soberania popular manifestada por meio da escolha de membros eleitos para a criação e implementação de tais políticas.

Acerca da questão da judicialidade das políticas públicas, há pelo menos três correntes a serem consideradas: a primeira corrente liderada por Cass Sunstein entende não ser possível a intervenção do Poder Judiciário sobre políticas públicas, pois tal questão é reservada somente aos Poderes Executivo e Legislativo; a segunda corrente, defendida por Ronald Dworkin, que entende que o Poder Judiciário possui competência para intervir em políticas públicas desde que fundamentado em princípios políticos; e a terceira corrente, defendida por Mauro Capeletti, acreditam que as políticas públicas podem ser objeto de controle judicial desde que seja para garantir o núcleo consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais a própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais a prestações devendo ser observado o princípio do retrocesso social e estando condicionado ao princípio da reserva do possível.

A corrente que defende a tese da inaptidão estrutural do Poder Judiciário para efetuar controle sobre políticas públicas é fundamentalmente baseada no argumento de que os juízes não são eleitos e, mesmo nos países em que há eleição para a sua escolha, sua função não é a de elaborar o Direito, mas de proceder sua aplicação. Ademais, assentam que a Constituição exige que as escolhas das políticas públicas sejam realizadas por representantes eleitos pelo povo para tal fim (FREIRE JUNIOR, 2005).

A par disso, diz-se ainda que a judicialização da política pode trazer graves prejuízos à democracia pondo em jogo a imparcialidade dos juízes, requisito essencial para o exercício da jurisdição.

Nesse diapasão é a tese sustentada por Cass Sustein (*apud* DIAS, 2007), ao argumento de que os canais políticos são mais sensíveis e mais efetivos para realizar reformas sociais,

que dada a sua complexidade, deveriam ser debatidos em sede parlamentar pelos próprios interessados ou por seus representantes e que a absorção de atividade política pelo Poder Judiciário poderia gerar efeitos negativos para a democracia.

A tese abraçada por aqueles que entendem que não cabe o Poder Judiciário decidir sobre políticas públicas encontra raízes no positivismo cabendo ao Juiz realizar a subsunção do fato à norma jurídica, aplicar o Direito de outra forma, dentro da concepção positivista, acarretaria violação à teoria da tripartição dos Poderes.

Noutra linha é a tese sustentada por Dworkin (2005, p. 03) na qual o Poder Judiciário pode decidir conflito de interesses relativos à prestação e direitos sociais desde que a decisão seja fundamentada em princípios políticos e nunca em procedimentos políticos.

Para Dworkin (2005), os argumentos de princípios políticos, também chamados de argumentos de princípio de moralidade política, são aqueles que se baseiam nos direitos políticos de cidadãos individuais, ou seja, argumentos fundados em princípios constitucionais, ao passo que os argumentos de procedimentos políticos são aqueles que exigem que uma decisão particular acabe por interferir no espaço reservado ao legislador e ao administrador, guardando íntima relação com a noção de conveniência e oportunidade das políticas públicas.

Entendo, todavia, que o Poder Judiciário atua como guardião da Constituição, estando sua legitimidade pautada no caráter democrático da própria Constituição que lhe confere poderes, podendo, desse modo, decidir sobre questões atinentes a políticas públicas no bojo de uma ação judicial em que se pleiteia a implementação de direitos sociais.

Sobre jurisdição constitucional, Binenbojm (2001 *apud* FREIRE JUNIOR, 2005, p. 59) argumenta:

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contra majoritário, no sentido de que sua função é mesmo de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá favor, e não contra a democracia. Esta é a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.

Também nesse sentido Dantas (2004, p. 233) destaca:

[...] centrando o foco nos direitos fundamentais, o papel do juiz – tomando-se por referência o estado constitucional - é de garantidor da intangibilidade dos direitos individuais do cidadão e não de protetor dos interesses da maioria. Como observa Pawlowski, o juiz que assegura autonomia privada ao cidadão é essencial ao Estado de Direito na medida em que garante que o princípio democrático não terminará em ditadura pela maioria.

Assinala-se que hoje é inaceitável a linha do pensamento positivista que limita o papel do juiz ao de mero aplicador da lei.

De fato, a partir da teoria trazida por Ronald Dworkin e Robert Alexy surge o princípio como paradigma jurídico, sendo de fundamental importância na argumentação das decisões judiciais, adquirindo os princípios a categoria de norma jurídica, deixando de ocupar a função limitada de integradora de regras jurídicas.

Como consequência, o papel do Juiz é também de intérprete da Constituição e criador do Direito, posto que a atividade interpretativa do julgador é exercida agora, sob a luz dos preceitos dispostos na Constituição com o objetivo de aplicá-la ao caso concreto, ampliando-se também o processo criativo da atividade judicial ante a discricionariedade advinda de suas normas abertas e de seus elementos imprecisos.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1993, p. 43) defende:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.

No que toca as políticas públicas, o Poder Judiciário quando provocado a decidir sobre o tema, o julgador encontra o exercício de sua criatividade limitado, uma vez que não possui como função típica o *policy-maker*.

Com efeito, a implementação de políticas públicas é questão afeta notadamente ao Poder Executivo, porém no papel de defensor e intérprete da Constituição, o Poder Judiciário pode, quando provocado e mediante determinadas condições, exercer o controle judicial sobre políticas públicas.

Analisando a questão sob o ponto de vista da democracia participativa, em que as decisões sobre a matéria devem ser tomadas pelos cidadãos eleitos da coletividade se apresenta uma inevitável tensão entre dois valores fundamentais: o princípio de que o poder de decisão numa democracia deve estar na mão dos eleitos e, por outro lado, a ideia de que deve prevalecer a supremacia da Constituição, ainda que vá de encontro das maiorias ocasionais refletidas nos Poderes Executivo e Legislativo.

A solução para o aparente antagonismo entre esses valores está em considerar que a democracia também contém excessos, uma vez que as opções políticas fundamentais baseadas na maioria, a míngua de um controle eficaz, podem calar as minorias e extinguir o próprio pluralismo político.

Desse modo, a vontade popular espelhada nos representantes eleitos deve manter-se adstrita aos contornos traçados na Constituição. Uma decisão judicial que se dirige contra as leis e atos do Poder Executivo e Legislativo não se dirige contra o povo, mas contra seus representantes eleitos quando atuam em dissonância com os princípios e normas da Constituição (DIAS, 2007).

Assim, não há que se falar em *déficit* de legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle sobre políticas públicas; primeiro porque na função que compartilha com os outros Poderes da República, de guardião da Constituição, o Poder Judiciário tem o dever de apreciar a violação aos direitos fundamentais; segundo, ao apreciar a violação a um direito fundamental, os tribunais não estão decidindo originalmente qual objetivo ou meta deve ser perseguida por uma sociedade, mas sim avaliando se a política violadora produz uma repercussão no campo do Direito.

Outrossim, não se trata do Poder Judiciário assumir o papel do Executivo ou do Legislativo como elaborador e executor de políticas, e sim de definir se essas políticas são efetivamente compatíveis como o sistema de direitos básicos assegurados constitucionalmente.

A forma de legitimação que um tribunal oferece às suas decisões está ligada à racionalidade e à razoabilidade que possa demonstrar em conexão com os elementos

constitucionais consagrados em uma sociedade, estando os tribunais condicionados ainda a uma equidistância natural em relação a todos os envolvidos, posto que uma das vigas mestras do sistema jurisdicional é o princípio da imparcialidade que, em verdade, nada mais proporciona que uma igualdade procedimental entre os interessados, estando todos os cidadãos cobertos pela mesma regra (DIAS, 2007).

Conclui-se, portanto, que o Poder Judiciário, como guardião da Constituição, está legitimado a exercer o controle judicial sobre as políticas públicas, fortalecendo de sobremaneira a democracia e provocando o robustecimento das prerrogativas dos cidadãos na medida em que os direitos fundamentais são operacionalmente reconhecidos como tuteláveis.

5 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLITICAS PÚBLICAS

5.1 As condições da ação no Processo Civil Brasileiro

Com desenvolvimento das sociedades o Estado monopolizou a jurisdição encarregando-se de prestar a tutela jurídica aos cidadãos conferindo-lhes o direito subjetivo oponível ao Estado-juiz denominado “direito à jurisdição” (THEODORO JUNIOR, 1998, p.47).

A provocação do Estado para que se pronuncie sobre o direito aplicável ao caso concreto ocorre por meio da ação, “[...] direito público, subjetivo, autônomo, abstrato, condicionado e instrumental [...]” (MOUZALAS DE SOUZA E SILVA, 2010, p. 63), que tem como elementos as partes, o pedido e a causa de pedir, que estão diretamente relacionados às condições da ação.

Para que o Poder Judiciário aprecie a pretensão objeto da ação se faz necessária à análise preliminar da satisfação das condições da ação, que segundo a tese adotada pelo nosso Código de Processo Civil explicitada no artigo 267, inciso VI, seriam: legitimidade *ad causam*, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade *ad causam* exige que as partes da ação sejam titulares da relação jurídica deduzida em juízo, tenham a chamada pertinência subjetiva da ação, como denominam os processualistas. Assim, em princípio, é parte legítima apenas a pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (artigo 6º, do Código de Processo Civil), podendo ser demandado apenas o titular da correspondente obrigação, ou seja, aquele que tem relação de sujeição diante da pretensão do autor (WAMBIER, 2002).

Já o interesse processual nasce da tutela jurisdicional do Estado invocado pelo meio adequado que determinará o resultado útil pretendido do ponto de vista processual, seria a presença do binômio necessidade-utilidade ou necessidade-adequação (WAMBIER, 2002).

A possibilidade jurídica do pedido é condição da ação que exige que o objeto da ação e a causa de pedir sejam admissíveis pelo ordenamento jurídico. Destarte, a pretensão postulada não pode ser vedada, uma vez que no direito processual vige o princípio da

liberdade, sendo lícito pleitear o que não é vedado (MOUZALAS DE SOUZA E SILVA, 2010).

5.2 O controle judicial sobre políticas públicas - o pedido juridicamente impossível

A questão gravita em torno da seguinte dúvida: quais pedidos podem ser abarcados pelo Judiciário no que tange aos pedidos atinentes à implementação de direitos sociais, onde o caráter programático da norma depende de políticas públicas para a sua efetivação?

Pois bem, na relação entre administrado e Administração existe um vínculo, uma obrigação do último para com o primeiro no que se refere às ações que devem ser realizadas para a implementação de políticas públicas como saúde e educação, por exemplo, havendo, no mais das vezes, pretensão resistida do Estado decorrente de sua própria ineficiência na gestão de recursos públicos, fazendo com que o cidadão se socorra ao Poder Judiciário para a satisfação de tais direitos onde reclamam a prestação de uma obrigação de fazer, de não fazer ou de tolerar por parte da Administração.

O pedido de natureza determinativa positiva ao Estado relativo a políticas públicas impõe que o cumprimento da obrigação pela Administração seja factível, ou melhor, que seja possível sua realização sem a subversão dos instrumentos regulares da Administração Pública. As obrigações de fazer para atender direitos individuais são normalmente possíveis, mas no que tange a obrigação de fazer em prol de grupos sociais nem sempre se verifica tal possibilidade.

Em algumas questões pontuais, como por exemplo, inexistência de vagas em escola pública a questão é tranquila: deve-se determinar a criação de uma única vaga para o requerente ou determinar a sua matrícula em uma escola particular às expensas do Estado.

Todavia, quando se trata de questões de grande repercussão social como, por exemplo, o salário mínimo, a questão fica bastante delicada, porque nesses casos se faz necessário que a obrigação de fazer seja factível, ou seja, que possa ser realizada sem a subversão dos instrumentos regulares da Administração Pública. Não se trata aqui de defender a tese da reserva do possível, que será tratada adiante, mas em reconhecer que em determinados casos

se faz necessário um planejamento adequado pelo Estado, impossibilitando o Poder Judiciário de resolver a questão com uma decisão no processo.

Nesta senda, vale transcrever o caso levado aos tribunais descrito pelo professor Carvalho Filho (2008, p. 121):

A crônica judicial tem oferecido vários exemplos de formulação de pedidos que constituem obrigação de fazer em face do Estado insusceptíveis de serem cumpridas sem um adequado planejamento. Postulou-se, em ação civil pública, por exemplo, a matrícula de todos os candidatos interessados em estudar em determinada escola, sem que se atentasse para a total ausência de professores e de lugares para acomodar os alunos; o Tribunal, contudo, reformou a sentença determinativa do juízo de primeiro grau sob o fundamento de que a qualidade tem supremacia sobre a quantidade de alunos, e isso porque, para atender à decisão de primeiro grau o Município teria que fixar turnos de duas horas apenas.

No exemplo do professor Carvalho Filho tem-se um pedido de tutela que visa resolver, de pronto, o problema de toda uma coletividade sem que existam meios, já previamente arranjados para tanto, uma vez que a questão envolveria a construção de maior número de escolas, o que não se dá de forma instantânea.

Dessa maneira, pedidos de implementação de políticas públicas que imponham ao Estado um planejamento adequado apto a tutelar o direito social pleiteado judicialmente se configura como juridicamente impossível, uma vez que a escolha dos meios adequados para o planejamento dessas políticas é afeto aos outros Poderes que não ao Judiciário.

Igualmente, é juridicamente impossível às pretensões que visem condenar a Administração a dar finalidades específicas ao orçamento público, uma vez que “a ordenação das rubricas orçamentárias é tarefa eminentemente conferida ao Executivo, como administrador maior dos interesses da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 122).

Também nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça espelhado na Resp. 208.893-PR (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199900262166&pv=000000000000>>. Acesso em: 28/10/2010). No caso em questão, nos autos da ação civil pública, o Ministério Público do Paraná requereu, em face do Município de Cambará, a destinação de imóvel para a instalação de abrigo de menores, dotando-o de recursos materiais e humanos. O recurso foi improvido sob o

fundamento de que o Poder Executivo goza de total liberdade para eleger as obras que considerem prioritárias.

Outro requisito para que o Poder Judiciário exerça o controle de políticas públicas, dada as suas bases excepcionais, decorrente da atipicidade da função, é de que tais políticas configurem um conflito jurídico caracterizado por uma intervenção derivada, ou seja, a política pública deve existir previamente a ação judicial ou deve haver uma omissão da Administração Pública ou do Poder Legislativo quando há um dever legal ou constitucional de produzi-la.

De fato, o Poder Judiciário quando exerce o controle de políticas públicas atua quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer a eficácia dos direitos individuais e coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que tais cláusulas sejam revestidas de conteúdo programático, sob pena de tais cláusulas se converterem em promessas constitucionais inconsequentes ou, ainda, de permitir que o Poder Público substitua de maneira ilegítima o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental (ADPF nº 45-9/DF. 29 de abril de 2004. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acessado em 01/05/2010.).

A ausência de previsão legal ou constitucional de determinada política pública impede o controle pelo Poder Judiciário configurando-se um pedido juridicamente impossível, uma vez que a possibilidade jurídica do pedido reside na previsão *in abstracto* na lei ou na Constituição do direito pleiteado. Nesses casos, a ação deve ser extinta sem apreciação meritória, nos termos do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.⁶

5.3 O controle judicial de políticas públicas e o princípio da isonomia

⁶ O artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil prevê:

Art. 267. Extingue-se o processo sem resolução do mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como possibilidade jurídica, legitimidade das partes e o interesse processual;

[...].

A Filosofia sempre se preocupou com as questões de grande relevo social. Por conta disso, vários filósofos debateram-se na busca, talvez ainda não concluída, de definições quanto aos conceitos de Justiça, Equidade, Ética.

No tocante a igualdade dentre os homens, coube a Aristóteles, um dos mais importantes filósofos gregos, tecer, talvez, a mais feliz consideração acerca da idéia de igualdade, cuja idéia foi observada pelo olhar atento de José Afonso da Silva (1996, p. 25) que teceu o seguinte comentário:

Aristóteles vinculou a idéia de igualdade à idéia de justiça, mas, nele, trata de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Cuida-se de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente. No fundo prevalece, nesse critério de igualdade uma injustiça real. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustar às concepções formais e reais ou materiais.

A preciosidade das palavras de Aristóteles foi de tal valor que, ao longo dos séculos, vem seduzindo um número cada vez maior de personagens da vida política das nações e, conseqüentemente, vem permeando, pouco a pouco, os diversos ordenamentos jurídicos estabelecidos ao redor do mundo.

No Brasil, desde a Constituição de 1824⁷, o princípio da isonomia encontra-se positivado em nossa Magna Carta, estando atualmente inserido no artigo 5º, “caput” do texto constitucional refletindo também no controle judicial de políticas publicas.

Nesse diapasão, a questão que se coloca é quando existe previsão legal para a implantação de determinada política pública e esta se dá de forma parcial adotando critério que exclua grupo ou cidadãos de sua abrangência, ou seja, nos casos em que o Poder Público

⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

atua de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos na Constituição ou na lei.

Neste ponto deve-se esclarecer que a omissão parcial está umbilicalmente ligada ao princípio da igualdade.

Com efeito, quando a lei implanta as políticas públicas previstas na Constituição deve-se verificar se a lei primou pela observância do princípio da igualdade, que, aliás, não se resume a impactante fórmula de tratar dos iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual. O que realmente importa é que o fator objetivo de *discrimen* adotado tenha pertinência lógica com a diferenciação procedida (BANDEIRA DE MELLO, 1994).

Em se tratando de políticas públicas nem a lei que trata do tema nem a sua implantação podem realizar *discrimens* que permitam o acesso a políticas somente a determinados grupos ou categorias de pessoas excluindo outros grupos que se encontrem na mesma condição de desigualdade, ante o caráter universal dos direitos fundamentais. Em situações como essas desde que verificados os demais requisitos para o controle judicial de políticas públicas, o Poder Judiciário pode reconhecer o direito subjetivo da categoria excluída de também ser beneficiária da política pública.

5.4 O controle judicial de políticas públicas e a dignidade da pessoa humana

O fundamento da dignidade da pessoa humana encontra respaldo em várias teorias positivistas e pós-positivistas mescladas em correntes de pensamento não se sucederam numa ordem cronológica no tempo, ao contrário “conviveram no mesmo horizonte cronológico” Emerson Garcia (in Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, 2004, p. 380), quando não, se influenciaram mutuamente.

Na corrente do direito natural, a dignidade da pessoa humana é informada pela idéia de que são valores inatos do homem, sendo oponíveis ao próprio soberano (GARCIA. In. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, 2004, p. 380). Teria relação com o estado de natureza referida na obra *Leviatã* de autoria de Thomas Robbes que, ao descrever o estado de natureza do homem dizia o seguinte:

[...] em que viviam todos os homens, como a liberdade de cada um deles possui de utilizar, como quiser, seu próprio poder de preservação de sua própria natureza, descrevendo as três principais causas da discórdia “primeiro a competição; segundo, a desconfiança, e terceiro, a gloria. (MARCHI DE QUEIROZ, 2006, p. 28)

Noutro norte, a corrente positivista parte da noção de sistema, onde se criaria uma espécie de “pirâmide dos conceitos” (GARCIA. In. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, 2004, p. 382) onde, no vértice, estaria o conceito de maior amplitude a partir do qual se dividiram espécies e subespécies em escala decrescente de generalidade de modo que os conceitos derivados possam ser reconduzidos ao originário (GARCIA. In. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, 2004).

Para o positivismo, normas e regras jurídicas eram tratadas como sinônimas e os princípios eram utilizados somente como meio de integração da regra jurídica, havendo uma dicotomia entre o momento da criação e da aplicação do Direito.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana não encontrava espaço dentro da corrente positivista, uma vez que ela não seria nem regra jurídica, embora pudesse se manifestar por meio delas, e nem se resume em um mecanismo de integração da norma jurídica.

A dignidade da pessoa humana somente ganhou amplitude dentro da corrente pós-positivista, onde há um distanciamento entre regras e princípios jurídicos, que no dizer de Garcia (In. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, 2004, p. 383):

[...] permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando consequências jurídicas que se implementem, automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam disciplinadas a priori, todas as formas de aplicação.

Assim, somente dentro da corrente pós-positivista a dignidade da pessoa humana encontrou espaço na medida em que estando na categoria de princípio constitucional informador, inclusive, de todos os demais princípios, ela é tratada como forma de expressão da norma jurídica e não como mera técnica de integração de regras jurídicas.

Quanto ao conceito de dignidade da pessoa humana, trago a lição trazida por Sarlet (2002, p. 62), que a define da seguinte maneira:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres.

Dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque, na medida em que é o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, que informa a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais. Como consequência, impõe-se o reconhecimento de que o indivíduo deve servir como limite e fundamento do domínio político da República, pois o Estado existe para o homem e não homem para o Estado. (NOVELINO, 2008).

Destarte, a dignidade da pessoa humana, por ser um dos princípios basilares da nossa Constituição, também pode ser entendida como um filtro para a análise da constitucionalidade das normas jurídicas e, por consequência, dos atos administrativos, uma vez que estes devem sempre encontrar respaldo na lei, ainda que esta tenha lhe concedido poder discricionário.

Nesse sentir, ainda que determinada lei, no afã de disciplinar norma jurídica de estatura constitucional acabe por impor normas que violem a dignidade da pessoa humana, ainda que por via oblíqua, estaremos diante de norma jurídica com vício de inconstitucionalidade.

No artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal estabelece que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, o que envolve valores espirituais (liberdade de ser, pensar, criar), a integridade moral do ser humano independente de raça, credo ou *status* social bem como valores sociais, refletindo um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem, constituindo o chamando “mínimo existencial”, ou seja, um rol de direitos que o Estado deve garantir para a sua existência digna.

Todavia, é impossível estabelecer de antemão um rol de prestações estatais que garantiriam o mínimo existencial, uma vez que este é relativizado de acordo com as condições sócio-econômicas e culturais de cada país, assim o mínimo existencial no Brasil é diferente do

mínimo existencial que se poderia exigir dos países da Europa e de países do continente africano, por exemplo.

Vale transcrever a lição trazida por Fernando Facury Scaff (2006, p. 210):

O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos dos principais envolvidos.

Desse modo, a abrangência do que deve englobar a dignidade da pessoa humana é um conceito jurídico indeterminado, porém, como explicita Garcia (In. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, 2004, p. 384) “longe de representar um elemento deflagrador do arbítrio, permite a célere adequação do padrão normativo aos valores subjacentes à coletividade no momento de sua aplicação”.

Embora a abrangência seja indeterminada, há uma zona de certeza do que seja dignidade da pessoa humana, permitindo que seja verificado *in abstracto* o conteúdo desse princípio, sendo inferido dedutivamente pelo homem médio como decorrência do sentimento do justo.

A par disso, ligado ao conceito de “mínimo existencial” está o conceito de “mínimo social”, criada pela doutrina alemã pós-guerra com o escopo de superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Carta de Bonn “sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional” (KRELL, 2002, p. 60), o que acarretou, em termos práticos, o aumento expressivo do valor da “ajuda social” paga pelo Estado Alemão aos cidadãos carentes.

O mínimo social, na sua origem, partiu do conceito de que todo cidadão alemão tem direito a condições mínimas de sobrevivência, a um mínimo vital. Entretanto, entendiam que esse padrão mínimo não poderia ser decidido pelo Poder Judiciário (KRELL, 2002).

No Brasil, ancorados na Carta de 1988, entendemos que a dignidade da pessoa humana abrange não só valores espirituais, mas também condições materiais que devem ser fornecidas pelo Estado a fim de que o ser humano usufrua ao menos do rol mínimo de que

todos somos titulares. Com base nesse fundamento, as políticas públicas para a implementação desses direitos são sindicáveis perante o Poder Judiciário.

Assim, para que haja o controle judicial de políticas públicas é necessário que tenha ocorrido violação dos direitos fundamentais atingindo, “aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo” (ADPF nº 45), ou seja, a violação deve atentar contra o núcleo dos direitos fundamentais, sob pena de violação a própria Constituição.

Nessa calha, transcrevo a lição trazida por Nagib de Melo (2008, p. 103):

O Poder Judiciário poderá dizer se a implementação de uma política pública, tal qual traçada pelo Poder Executivo, malferir ou não os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Em caso de malferimento, poderá determinar que o poder público sane a lesão, seja mediante a conformação ou modificação dos objetivos a serem atingidos; seja mediante o estabelecimento de objetivos mínimos a serem alcançados pelo poder público em prol da efetivação desses direitos em prazo razoável de tempo.

Desse modo, para que haja cessação de determinada violação a direitos fundamentais o Poder Judiciário, uma vez provocado por quem tenha legitimação, pode traçar objetivos mínimos a serem alcançados em um prazo razoável de tempo.

Nessa ótica, vale citar parte da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 271.286-RS (p. 101):

O caráter pragmático da regra inserida no artigo 196 da carta política – que tem por destinatários todos os entes políticos que a compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Judiciário, 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.

Destarte, em decorrência da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário poderá estabelecer objetivos mínimos para a adequada efetivação desses direitos.

5.5 O controle judicial de políticas públicas e o ato administrativo discricionário

Outra importante questão a ser analisada é o controle judicial dos atos administrativos relativos à implantação de políticas públicas, quando tais atos são guiados pela conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Com efeito, os chamados atos discricionários são aqueles que “a Administração Pública, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (DI PIETRO, 2004, p. 205).

A discricionariedade não está propriamente no ato administrativo, mas no poder que a Administração possui em praticar atos que dentro dos parâmetros legais da maneira que entenda mais adequada ao interesse público pelos critérios de oportunidade e conveniência da Administração.

O poder discricionário se manifesta por meios dos atos administrativos, onde a liberdade de escolha concedida ao administrador entre os meios e objetivos a serem alcançados devem estar calcados em lei, pois não se pode confundir poder discricionário da administração pública com ato arbitrário, “Discrição é a liberdade de ação dentro dos limites legais; arbitrária é a ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido” (MEIRELLES, 1998, p. 148-149).

A discricionariedade do ato administrativo pode se apresentar no que concerne ao momento da prática do ato, ou seja, quando a Administração tem a opção de escolher entre atuar ou não; na finalidade do ato, quando não há critérios objetivos definidos na lei que permitam inferir quais os são seus fins; no motivo do ato, quando a lei não define o “pressuposto de fato que antecede a prática do ato” (DI PIETRO, 2004, p. 208); e ainda no conteúdo do ato, que ocorre quando existem vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim.

Assim, o administrador nunca desfruta de total liberdade na prática do ato, sempre existe vinculação em alguns aspectos do ato que devem ser observados, e mesmo dentro dessa margem de escolha baseada na conveniência e oportunidade deve-se observar o seguinte: “[...] a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada

caso a escolha da providência ótima, isto é aquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 428).

Com efeito, é indevida a manifestação do Poder Judiciário no juízo discricionário do administrador público ou nas também chamadas questões meramente políticas⁸.

Todavia, o Poder Judiciário pode intervir legitimamente quando o ato administrativo infere do conceito indeterminado previsto em lei aquilo que definitivamente ele não é, ou seja, conclui do conceito algo que é claramente distinto daquilo que ele quer dizer, nesse caso, o Judiciário atua dentro da zona de certeza negativa se manifestando, diante de determinado caso concreto, pela invalidade do ato, porque aqui a Administração estaria exorbitando a lei produzindo, por conseguinte, um ato arbitrário.

O Poder Judiciário ao syndicar uma determinada atividade estatal, não poderá usar como razão de decidir os objetivos ou programas de ação estabelecidos pelos demais Poderes, decidindo qual é o mais voltado ao interesse público, uma vez que o Poder Executivo goza de extrema liberdade na escolha das políticas públicas que serão aplicadas para a implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, ao passo que o Poder Judiciário está jungido a Constituição, as leis, aos princípios e regras do ordenamento jurídico podendo utilizar somente argumentos jurídicos para determinar se as políticas públicas adotadas pelo Poder Público são capazes de efetivar os direitos fundamentais em grau ótimo (NAGIB DE MELO, 2009).

Assevera-se que não se pode perder de vista que a escolha dos meios para a concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública nem sempre se funda em princípios constitucionais, mas em alguma medida de bem-estar geral ou de interesse público, tratando-se de escolha meramente política. Nesse caso o Poder Judiciário somente poderá controlar a política pública para a implementação de determinado direito fundamental desde que a política pública impugnada seja incompatível com a Constituição.

⁸ Recurso Especial nº 995348, onde o objeto da ação era a realização de obra de recuperação e restauração de estrada municipal. O recurso foi improvido ao argumento de que o Poder Judiciário não pode apreciar o mérito do ato administrativo nem tampouco determinar sua execução, pois conveniência e oportunidade são os trilhos que o administrador tem que traçar na sua gestão, sendo indevida, portanto, a intervenção do Poder Judiciário.

Registre-se ainda a lição trazida por Marília Lourido dos Santos (2006, p. 97):

Dessa forma, o controle de constitucionalidade exercido quando às políticas públicas não pode ser visto como significando uma “invasão de competência”, pois não se as concebe como questões puramente políticas e menos ainda como mérito administrativo, cuja análise deva escapar ao Poder Judiciário. Mesmo porque, inclusive estas mesmas não se furtam, de forma absoluta ao controle constitucional.

Conclui-se, nessa quadra, que o Poder Judiciário não pode legitimamente intervir em políticas públicas no que tange à escolha política realizada pelos demais Poderes, exceto se tais escolhas ferirem preceito constitucional.

5.6 O controle judicial de políticas públicas - a escassez de recursos e o princípio da proporcionalidade

A teoria da reserva do possível - *Vorbehalt des Möglichen* - surgiu em decorrência de decisão judicial do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 18 de julho de 1972, onde se discutia a constitucionalidade da limitação do número de calouros admitidos no curso de medicina da Universidade de Hamburgo e Munique, face ao direito constitucionalmente assegurado a todos os alemães de livremente escolherem os locais de ensino para sua formação.

O Tribunal Federal Constitucional Alemão no caso narrado decidiu no seguinte sentido: “[...] os direitos sociais de prestação positiva somente seriam exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, isto é, ‘daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade’, correspondente, ao menos, ao mínimo de existência” (BREUS, 2007, p. 233). Assim, a Corte recusou a tese de que o Estado estaria obrigado a garantir quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

A partir disso, passou-se a entender a chamada *reserva do possível* como limite imanente dos direitos fundamentais sociais, na medida em que sua efetivação depende de disposição orçamentária.

Nesse passo, acompanhamos o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2009). Para ele a reserva do possível é um limite externo aos direitos fundamentais sociais, não é princípio nem espécie normativa, é uma condição de realidade fenomênica que influencia na aplicação

do Direito, cabendo ao julgador, na análise do caso concreto, verificar o direito fundamental violado e os recursos financeiros disponíveis a fim de inferir se, de fato, estamos diante da escassez de recursos ou ausência de vontade política para a implantação os direitos sociais previstos na Constituição.

Ainda na lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 265):

Como os direitos fundamentais são por definição, direitos a prestações, não é razoável que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação. Mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos bastantes e suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo a que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas seja sanado através do pleno exercício das liberdades reais.

Os direitos fundamentais sociais quando apresentados sob forma de normas constitucionais programáticas devem ser aplicados na maior medida possível, devendo ser preservado seu núcleo essencial na medida em que são dotados de eficácia jurídica e vinculante.

Por outro lado, embora o direito fundamental social tenha sua carga de eficácia jurídica preservada ainda que seja norma de caráter programático não se submetendo, inclusive, a questões econômicas do Estado, diante do caso concreto o Poder Judiciário se depara muitas vezes que a alegação de escassez ou ausência de recurso na implementação de políticas públicas de certos direitos sociais.

A questão ganha relevo porque não cabe ao Poder Executivo a escolha da política pública a ser implementada e quais seriam seus limites de investimento público nos direitos sociais de acordo com a política monetária em vigor ou com a política de contenção de gastos públicos. O que o Judiciário irá analisar no caso concreto é se o Estado tem ou não recursos disponíveis para a implementação dos direitos sociais, ainda que para tanto tenha que alocar recursos de outras áreas que não estejam tão intimamente ligadas aos direitos essenciais do homem.

Com efeito, a alegação dos agentes do Estado que determinado direito social não foi implementado em razão da falta de verba orçamentária não tem o condão de afastar de pronto a atuação do Judiciário, pois este analisará se tal omissão do Poder Público se deu por ausência de recursos públicos ou se deu por questões atinentes à vontade política.

Diante de impasses desta natureza, Andreas J. Krell (2002) demonstra sua posição elucidando o seguinte exemplo: o Estado se vendo premido a escolher entre tratar de milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras e cura improvável, com base na principiologia da Carta de 1988, o Estado deveria tratar os doentes das duas situações mencionadas, ainda que para tanto deva retirar recursos de outras áreas. Caso contrário, estaríamos diante de ponderações perigosas que poderiam levar a decisões nazistas, afinal, se poderia concluir, por que gastar dinheiro com doentes terminais?

A resposta à escolha drástica acima ilustrada estaria fundamentada na coerência e seriedade com que se deve aplicar a Constituição. Nesse sentido Andréas J. Krell (2002, p. 59-60) explicita:

Segundo a teoria do Estado Social, o Poder Público tem o dever de transpor as liberdades da Constituição para a realidade constitucional. Na vida moderna que é regida pela tecnologia e pela indústria, a prestação de serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos direitos sociais. Onde o Estado cria essas ofertas para a coletividade, ele deve assegurar a possibilidade da participação do cidadão.

Também ambientado na década de 70, vem a contribuição trazida pelos americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes na obra “The cost of right” (Cambridge: Harvard University Press, 1999), que em tradução livre seria “O custo dos direitos”, onde sustentam a tese de que todos os direitos são positivos e exigem um fazer do Estado, ainda que se trate de direitos individuais, pois até estes exigiram todo um aparato estatal a fim de que sejam preservados. Argumentam ainda de que inexistem direitos e liberdades puramente individuais, porquanto o exercício de todo e qualquer direito ou liberdade dependem fundamentalmente das instituições públicas (GALDINO, 2005).

Sustein e Holmes, com o escopo de demonstrar como o Estado atua para garantir determinados direitos a princípio puramente privados, cita como exemplo o poderoso contingente financeiro para impedir que o fogo venha a consumir o patrimônio do indivíduo em caso de incêndio⁹, pois mesmo os direitos chamados privados só existem, segundo Sustein e Holmes, em razão da garantia do Estado (GALDINO, 2005).

⁹ Trata-se de um trágico e famoso incêndio citado na obra de Flavio Galdino ocorrido nos EUA cujo combate custou aos cofres públicos americanos US\$2.9 milhões.

Assim, verificando-se que os custos serão indispensáveis para a caracterização dos direitos, entendidos como situações a que o Direito “concede” determinados remédios jurídicos, Cass Sustein e Holmes entendem que todos os direitos são positivos. Assim, ultrapassam a barreira da existência de direitos puramente negativos pois para eles todos os direitos dependem da atuação estatal para sua preservação.

Para eles, no entanto, não existem direitos anteriores à formação política, nem mesmo a propriedade. Assinalam que não existe a propriedade privada sem que haja o reconhecimento pelo Estado. Além de reconhecer o direito à propriedade privada, o Estado cria a propriedade (GALDINO, 2005).

Nessa quadra, encontra-se o ponto de conflito entre a existência de direitos e as limitações financeiras da sociedade, cabendo indagar o limite do razoável a que uma parcela da sociedade pode exigir do Estado em termos de implementação de políticas públicas tendo em vista que os recursos públicos são limitados e a demanda por serviços básicos é enorme.

Para solucionar a aparente antinomia entre o dever do Estado em implementar as políticas públicas traçadas na Constituição e a escassez de recursos, voltamos à jurisprudência da Corte Constitucional Alemã que desenvolveu o chamado princípio da proporcionalidade que “estabelece critérios para que o julgador chegue a uma relação ótima entre meios e fins na resolução entre princípios constitucionais” (JORGE NETO, 2009, p. 149).

Em 16 de março de 1971, na decisão relativa à armazenagem de petróleo, a Corte Constitucional Alemã definiu o conceito do princípio da proporcionalidade que estava se desenvolvendo na jurisprudência, que se resume na seguinte fórmula:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio adequado quando com seu auxílio pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental (BONAVIDES, 2009, p. 409-410).

E ainda:

[...] quanto mais à intervenção afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser ponderados os fundamentos justificados de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão (BONAVIDES, 2009, p. 410).

Assim, o princípio da proporcionalidade se caracteriza por presumir uma relação adequada entre os fins e os meios com que são levados a cabo pelo Estado na implementação de políticas públicas.

A doutrina revela a existência de três elementos contidos no princípio da proporcionalidade, a saber: pertinência ou aptidão, que representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”, se confundindo desse modo, com o princípio de vedação ao arbítrio; necessidade, onde a “medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a que almeja”; e finalmente a proporcionalidade *stricto sensu* que seria o juízo de ponderação do meio mais adequado levando-se em conta o caso concreto (BONAVIDES, 2009, p. 307-308).

A reserva do possível e o princípio da proporcionalidade levam o julgador a perquirir se os objetivos traçados para que a ofensa aos direitos fundamentais seja sobrestada são adequados, necessários e proporcionais para a concretização desses direitos (aplicação do princípio da proporcionalidade) e possíveis de serem atingidos pelos órgãos públicos (reserva do possível).

Há, portanto, dois juízos a serem observados pelo julgador: o juízo de possibilidade e o juízo de proporcionalidade, que Jorge Neto (2009, p. 149) resume da seguinte maneira:

[...] o juízo de proporcionalidade deverá guiar o julgador no controle das políticas públicas; assim, além de materialmente possível, a intervenção judicial sobre as políticas públicas haverá de ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Uma vez constatada que há possibilidade material para a concretização da medida judicial, o julgador há de se certificar se a medida que pretende adotar é adequada para suprimir a ofensa aos direitos fundamentais; se é exigível ou necessária, ou seja, causa o mínimo de prejuízos possível aos demais direitos fundamentais, especificamente, à Administração Pública e às demais políticas públicas; e se de sua implementação resultará mais benefícios que prejuízos.

Atente-se para a distinção entre inexistência de recursos e a escolha alocativa de recursos que deve ser analisada com cuidado pelo julgador, posto que, diante do caso concreto, deve ser perquirido se as destinações orçamentárias previstas na Constituição

Federal, Lei de Licitação, Lei de Responsabilidade Fiscal, dentre outras, foram observadas pela Administração Pública.

Deve ser considerado ainda pelo Judiciário, em caso de alegação de escassez de recursos públicos, se tais recursos são escassos porque, de fato, inexistem ou se são escassos porque foram utilizados ilegalmente direcionados para outras prioridades, uma vez que, como já mencionado no presente trabalho, as prioridades são eleitas pelo Estado de acordo com o critério de escolha que é influenciado pelo clamor social como também pela força política das organizações sociais e pelos grupos de pressão.

No caso de comprovada escassez de recursos para a implementação de políticas públicas relativas a direitos sociais, não há como tal pleito ser acolhido pelo Judiciário, uma vez que pressupõe a comprovação pelo Estado de que aplica seus recursos de acordo com as normas orçamentárias e otimiza seus recursos na implementação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição. Entretanto, em se verificado que houve alocação indevida de recursos a despeito das normas que regem a política fiscal ou ainda que foram empregados em outras prioridades que não naquele direito prevalente levado a Juízo, nada impede que o magistrado leve a efeito a implementação de determinado direito fundamental.

Desse modo, a reserva do possível deve ser sopesada pelo julgador no momento da decisão judicial, não para impedir a concretização de um direito fundamental, mas para viabilizá-la com uma Constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A discussão acerca do controle judicial sobre políticas públicas passa pela concepção do que venham a ser direitos fundamentais na medida em que aquelas estão intrinsecamente vinculadas aos direitos de segunda dimensão.

Com efeito, foi em razão da ruptura com o absolutismo, marcado emblematicamente pela Revolução Francesa ocorrida no século XVIII, juntamente com as ideias do Iluminismo, nascidas no século XIII, desenvolveu-se uma série de direitos dos cidadãos face ao Estado, que mais tarde seriam elencados nos textos constitucionais e reconhecidos como direitos de primeira geração, entendido como limitações impostas ao Estado face ao cidadão.

Já com a Revolução Industrial nasceram os direitos de segunda geração, impondo ao Estado uma série de obrigações de fazer, enunciadas no texto da Constituição, que passaram a possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, tendente a criar condições propícias que a igualdade não fosse meramente formal, mas também real entre os indivíduos.

Neste contexto, a partir das ideias de Ronald Dworkin, nasceu o conceito de políticas públicas como padrão normativo na medida em que a implementação dos direitos sociais de segunda geração são ações necessárias, tanto do Poder Legislativo como do Poder Executivo, para que a igualdade anunciada ocorra “de fato”.

Política é padrão normativo que estabelece um objetivo a ser alcançado, que em geral são melhorias em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, fazendo-se necessárias regras jurídicas que delimitem e conduzam as autoridades públicas para sua realização, sob pena de tais políticas serem inatingíveis. No Brasil, nosso legislador constitucional, em alguns casos, previu somente a etapa legiferante e em outros casos previu também a etapa institutiva da política pública, sendo que em matéria de saúde e educação previu a destinação de recursos públicos para a sua implementação.

Apesar de serem metas e objetivos, ou seja, normas de conteúdo programático possuem eficácia jurídica na medida em que vincula todos os poderes da República brasileira à sua observância.

O controle judicial sobre políticas públicas passa também pela noção de que a realização de tais políticas compete, *a priori*, ao Poder Executivo e Legislativo, ocorrendo à atuação do Poder Judiciário diante da violação do núcleo dos direitos fundamentais, ou ainda quando há exorbitância do poder discricionário da Administração Pública, sendo que tal ingerência encontra-se fundamentada na força normativa da Constituição, na eficácia imediata dos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana.

A legitimidade do Poder Judiciário no exercício do controle das políticas públicas está pautada no caráter democrático da própria Constituição que lhe confere poderes, sendo à base de sua legitimidade distinta do Poder Legislativo e Executivo, que se encontra ancorada na escolha realizada pelo povo por meio do voto.

O controle judicial funciona, portanto, como um sistema importante do ponto de vista de garantia dos direitos fundamentais permitindo a crítica e a invalidação de uma política por um tribunal, sem que isso signifique qualquer restrição ao processo democrático.

Os limites para o exercício desse controle têm como pressuposto na previsão legal ou constitucional de determinada política pública e a sua não implementação ainda que parcial, ou seja, são conflitos jurídicos caracterizados por uma intervenção derivada.

Em caso de haver exclusão de acesso de algum grupo social a determinada política pública, cujo caráter tenha cunho global, o Poder Judiciário pode decidir sobre a matéria ante a violação do princípio da igualdade. Quando a omissão na implementação da política pública é total a questão, resolve-se por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou ainda por Mandado de Injunção quando a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Outro requisito importante para que haja o controle judicial de políticas públicas é que tenha havido violação aos direitos fundamentais atingindo seu núcleo irreduzível e a dignidade da pessoa humana.

No que tange aos atos administrativos discricionários relativos a políticas públicas, o Poder Judiciário deve atuar, se provocado, quando há exorbitância nos parâmetros de

discricionariade concedida pela lei ou ainda, quando a lei contenha conceitos vagos ou indeterminados e o ato administrativo infere desse conceito àquilo que definitivamente ele não é, nesse caso, o Judiciário atua dentro da zona de certeza negativa, se manifestando, diante de determinado caso concreto, pela invalidade do ato.

As políticas públicas passam ainda pelo filtro da dignidade da pessoa humana, que informam a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional.

O princípio da reserva do possível também não pode ser utilizado como limite para a implementação de políticas públicas, uma vez que aquela atua como limite externo aos direitos fundamentais devendo ser analisado no caso concreto se está diante de uma real escassez de recursos para a implantação de determinada política pública ou diante de ausência de vontade política, pois no primeiro caso não há como acolher a pretensão do jurisdicionado ante a comprovação de que o Estado otimizou ao máximo seus recursos, cumprindo as normas legais e constitucionais, incluindo a lei de responsabilidade fiscal, dentre outras, para a realização de todas as prestações positivas de que é incumbido.

Por outro lado, ao determinar a concretização de determinado direito fundamental os tribunais devem guiar-se pelos juízos de possibilidade e proporcionalidade, assim, além de materialmente possível, a intervenção judicial sobre as políticas públicas haverá de ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*, in RDA n. 217/75. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. v. 6. SP: Editora ESDC, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Virgílio Afonso da Silva (tradutor).

AMARAL BAHIA, Claudio Jose. *A natureza jus fundante do direito de família*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 11. n. 22. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AZZARITTI. *La nuova Costituzione e Le leggi antiori*. In. Foro it., IV. *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. *Apud* FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O controle judicial das políticas públicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 28/10/2010).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98-5/MT. Mato Grosso. 31 de outubro de 1997. Disponível no sítio eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&doID=266193>. Acessado em 30/09/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento Fundamental nº 45-9/DF. Brasília. DF. 29 de abril de 2004. Disponível no sítio eletrônico: www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45. Acessado em 01/05/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271286-RS, Ag. Rg., 2º Turma. 12 de setembro de 2000. 24/11/2000, Ministro Celso Mello. Diário Oficial da União em 24/11/2000.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208893-PR. Segunda Turma. Brasília. DF. Relator Franciulli Neto. 22 de abril de 2004. Disponível no sítio eletrônico: www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199900262166&pv=000000000000.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. Malheiros Editores, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão 1999.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas*. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Julio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e La sue Disposizioni di Principio*. Milão. 1952. Apud. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiro, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirlei da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Editora Podivm, 2011.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós Positivismo: Teoria e Casos Práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. v. 4. São Paulo: Método Editores, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo. 1º edição. Editora Martins Fontes. 2002. Tradução Nelson Beira. Título original "Taking rights seriously".

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo, 2005. tradução Luís Carlos Borges. Título original "A matter of principle".

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GALDINO, Flavio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Emerson. *Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. v. 4. São Paulo, 2004.

HERBERT, Hart. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 90. Apud DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. v. 4. São Paulo: Editora Método, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/educacao.html>>. Acesso em 18/04/2010.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle judicial das políticas públicas concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Juspodium, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. *Direito Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha- Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel Editores Ltda, 2007.

MARMELSTEIN LIMA, George. *Crítica à teoria das gerações ou mesmo dimensões dos direitos fundamentais*. Jus Navegandi. Disponível em: <<https://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em 28/03/2010.

MARCHI DE QUEIROZ, Carlos Alberto. *Resumo Jurídico de Direitos Humanos*. v. 22. Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. Malheiros Editores, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <https://portal.saude.gov.br/saude/visualizar_texto.cfm?idxt=24437>. Acesso em 18/04/2010.

MOREIRA NETO, Digo de Ferreira. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Julio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

MOUZALAS DE SOUZA E SILVA, Rinaldo. *Processo Civil*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2010.

NOVELINO, Marcelo Camargo. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. Leituras Complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2008.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação Constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós modernidade*. 1996. Editora Cortez. In: FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca. *A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. 1ª edição. Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do Possível. Mínimo Existencial e Direitos Humanos*. In: PIRES, Adilson Rodrigues. Torres, Heleno Taveira (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7º edição. Malheiros Editores. 2008.

SILVA FILHO, Jose Carlos Moreira da. *Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiros*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 7. v. 2. São Paulo, 2006.

SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press. 1994. In: DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. v. 4. São Paulo: Método Editores, 2004.

TAVARES, André Ramos. *O juiz e seu nariz*. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.ibec.inf.br/andre7.pdf>>. Acesso em 19/04/2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASAK, Karell. *Pour lês droits de l'homme de La troisième génération: çes drpots de solidarité*. Léçon Inaugurale no Instituto Internacional dos Direitos do Homem. Estrasburgo. 1979. *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

VICHI, Bruno de Souza. *A República de Weimar e a Constituição: Lições de Limitações*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo. v. 03, 2004.

WAMBIER, Luis Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flavio Renato; TALAMINI, Eduardo. In WAMBIER, Luis Rodrigues (coord.). *Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WEBER, Albrechet. L' Etat social et lês droits sociaux em RFA, in Revue de Droit Constitutionnel n° 24/677, (680) 1995. *Apud* GARCIA, Emerson. *Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. v. 5. São Paulo, 2005.