UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO

LUIZ ALBERTO DO NASCIMENTO

O *DÉFICIT* DEMOCRÁTICO DO CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS

SÃO PAULO
2013

LUIZ ALBERTO DO NASCIMENTO

O *DÉFICIT* DEMOCRÁTICO DO CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Área de Concentração: Direito do Estado

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2013

NASCIMENTO, Luiz Alberto do. O *déficit* democrático do controle judicial de políticas públicas. Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: _____ / _____ / _____

Banca Examinadora

Nesta folha havia uma dedicatória a Lúcia e a Lucilene,
as duas mulheres da minha vida.

Ainda há.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por ter me dado a oportunidade ímpar de ter sido seu orientando de pós-graduação, mesmo que discordasse do tema que lhe foi apresentado por mim para essa dissertação de mestrado, demonstrando que a defesa dos princípios democráticos não se encontram apenas em seus livros, cujas clareza e objetividade, assim como de suas aulas, abrem nossos olhos para uma realidade muitas vezes obnubilada pelo senso comum;

Ao professor José Levi Mello do Amaral Júnior, pela supervisão no Programa de Aperfeiçoamento ao Ensino (PAE) e pelas ótimas discussões no grupo de estudos sobre direito e democracia, por ele muito bem dirigido, além de todo o apoio desde a época em que fui seu aluno no último ano da graduação;

À professora Fernanda Dias Menezes de Almeida, não somente pela leitura atenta à prévia deste trabalho entregue no exame de qualificação e pelas sugestões para o restante do trabalho, mas também e principalmente pela cordialidade que sempre demonstrou em suas aulas, no meu último ano de graduação, além da confiança em mim depositada quando do processo seletivo para ingresso na pós-graduação;

Ao Hélio e ao Rodrigo, pela ajuda e pela amizade ao longo de todo o período do mestrado, nas disciplinas que cursamos juntos, nas monitorias de Direito Constitucional do PAE e nas reuniões do grupo de estudos sob a supervisão do professor José Levi;

Aos demais colegas, alunos de pós-graduação e graduação, que dividiram as monitorias e que participaram do grupo de estudos;

À minha mãe, por sempre me apoiar, incondicionalmente;

Por fim, a Lucilene, que, de diversas formas, muito colaborou na elaboração deste trabalho, com a leitura leiga e comentários que fez, com opiniões de como melhorá-lo, e, principalmente, com a revisão do texto e das citações, de um trabalho nunca acabado.

Os acertos deste trabalho se devem muito a eles, os prováveis erros são todos devidos somente a mim.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Konrad Hesse

RESUMO

Esta dissertação aborda a questão da legitimidade da atuação do Poder Judiciário no controle da implementação e/ou execução de políticas públicas ligadas à concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988, buscando delimitar o papel que cabe ao Poder Judiciário, a partir da análise da forma como esses direitos foram positivados pela Constituição e da maneira como foi distribuído o poder entre os diferentes órgãos do Poder Público.

Palavras-chave: Políticas públicas; Direitos sociais; Poder Judiciário; Legitimidade Democrática.

RÉSUMÉ

Cette dissertation aborde la question de la légitimité du Pouvoir Judiciaire dans le contrôle de la mise en oeuvre et/ou l'exécution des politiques publiques liées à la réalisation des droits sociaux fondamentaux prévus par la Constitution Fédérale de 1988, cherchant à délimiter le rôle du Pouvoir Judiciaire, en partant de l'analyse de la façon dont ces droits ont été posés par la Constitution et la façon dont le pouvoir a été distribué entre les différents organes du Pouvoir Public.

Mots-clés: Politiques Publiques; Droits sociaux; Pouvoir Judiciaire; Légitimité démocratique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	3
1. O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	3
1.1. O Estado moderno	3
1.2. O Estado de Direito	4
1.3. O Estado liberal	5
1.4. O Estado social e de Direito	6
1.5. O Estado brasileiro na Constituição de 1988	10
2. OS DIREITOS SOCIAIS	13
2.1. Fundamento dos direitos sociais	14
2.2. Funções dos direitos fundamentais	15
2.3. Importância econômica dos direitos sociais	16
2.4. Natureza jurídica dos direitos sociais	18
2.4.1. Os direitos sociais na Constituição alemã de 1949	19
2.4.2. Os direitos sociais na Constituição francesa de 1958	19
2.4.3. Os direitos sociais na Constituição italiana de 1947	20
2.4.4. Os direitos sociais na Constituição espanhola de 1978	21
2.4.5. Os direitos sociais na Constituição portuguesa de 1976	21
2.4.6. Os direitos sociais na Constituição brasileira de 1988	22
2.5. Formas de positivação dos direitos sociais	23
2.5.1. Normas de direitos sociais como normas programáticas	26
2.5.2. Normas de direitos sociais como normas de organização	27
2.5.3. Normas de direitos sociais como garantias institucionais	28
2.5.4. Normas de direitos sociais como direitos subjetivos	28
2.6. Efetividade das normas consagradoras de direitos sociais	30
2.6.1 Aplicabilidade imediata das normas garantidoras de direitos fundamentais	32
3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS	33
3.1. A atuação do Estado na implementação das políticas públicas	33
3.1.1. Lei	34
3.1.2. Ato administrativo	35
3.1.3. Serviço público	37
3.2. O conceito jurídico de políticas públicas	38
3.2.1. Política pública como atuação estatal	38
3.2.2. Política pública como ação governamental	39
3.2.3. Política pública como diretrizes	40
3.3. Políticas públicas e normas programáticas	41
3.4. Políticas públicas e democracia	41

3.5. Políticas públicas e discricionariade.....	48
3.5.1. <i>Discricionariade administrativa</i>	49
3.5.2. <i>Discricionariade legislativa</i>	51
CAPÍTULO II – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS _	54
1. O PODER JUDICIÁRIO.....	54
1.1. O controle de constitucionalidade	54
1.2. A Separação de Poderes	56
1.3. A função do Poder Judiciário	61
1.4. O papel do Poder Judiciário na Constituição de 1988	62
1.4.1. <i>A judicialização da política</i>	64
1.4.2. <i>A politização da Justiça</i>	65
1.4.3. <i>Ativismo judicial</i>	67
2. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	69
2.1. As questões políticas	69
2.2. Controle judicial de políticas públicas como controle de constitucionalidade	75
2.2.1. <i>O controle das omissões constitucionais</i>	75
2.2.2. <i>Controle da atividade legiferante</i>	78
2.2.3. <i>Controle das leis orçamentárias</i>	79
2.3. Controle judicial de políticas públicas como controle da Administração	82
2.3.1. <i>O controle da Administração na execução de políticas públicas</i>	83
2.3.2. <i>O controle das omissões da Administração</i>	84
2.4. O controle de políticas públicas como controle de caso individual	85
2.4.1. <i>Direito ao ensino fundamental</i>	87
2.4.2. <i>Direito à saúde</i>	88
2.5. Limites à atuação judicial no controle de políticas públicas	96
2.5.1. <i>Reserva do possível</i>	96
2.5.2. <i>Mínimo existencial</i>	97
2.5.3. <i>Separação de poderes</i>	102
2.5.4. <i>Incapacidade técnica dos juízes</i>	109
2.6. Principais argumentos da Legitimidade do controle	111
2.6.1. <i>Relação entre os direitos sociais e a democracia</i>	111
2.6.2. <i>A perda de legitimidade dos representantes</i>	113
2.6.3. <i>Argumentação racional das decisões judiciais</i>	115
2.6.4. <i>Relação dialética do processo judicial</i>	116
2.7. O <i>self-restraint</i> do Poder Judiciário	117
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem se tornado, paulatinamente, o foro principal para cobrar dos Governos a implementação de políticas públicas¹. De tal sorte que “difícilmente se encontrará uma questão relevante, de impacto na vida coletiva, sem que tenha havido o posicionamento do Judiciário”².

Essa mudança se relaciona diretamente com a Constituição Federal de 1988. Em seu preâmbulo, a Lei Fundamental afirma instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”.

No Título I, ela trata dos princípios fundamentais, colocando a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (art. 1º, III), reconhecendo, assim, que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”³.

A Carta da República consagrou ainda diversos direitos sociais no art. 6º, desdobrando-os ao longo do texto, dedicando-lhes o Título VIII, da Ordem Social. Esses direitos, por sua vez, requerem, para sua efetivação, a elaboração e implementação de políticas públicas, além da instalação de um aparelho estatal com a consequente prestação de serviços públicos, o que demanda grande volume de recursos financeiros.

As decisões acerca da escolha dessas políticas públicas e da alocação dos recursos públicos são essencialmente políticas, e, dessa forma, devem ser tomadas pelo povo, por meio de seus representantes eleitos (ou diretamente nos termos da Constituição), conforme o parágrafo único do art. 1º da Lei Fundamental.

Se Democracia deve ser entendida como o poder, exercido pelo povo, de

¹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 22.

² SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3. No mesmo sentido, referindo-se, no entanto, ao período do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso cf.: TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 2. Rio de Janeiro, 2007, p. 237.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 74.

tomar decisões coletivas, ou seja, de fazer escolhas públicas⁴, torna-se clara a ofensa à democracia a ideia de um juiz (ou tribunal) decidir acerca de políticas públicas, principalmente levando-se em conta o art. 2º da Constituição, que estabelece o princípio da separação de poderes, alçado ao patamar de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III).

Outrossim, o Estado de Direito, hoje em dia, é considerado elemento do regime democrático e “a justicialidade consiste na garantia específica do Estado de Direito”⁵, cabendo, no país, ao Judiciário a função de garantir os direitos do cidadão, inclusive contra os demais poderes públicos.

Nesse contexto, seria democrática uma decisão judicial que, controlando os demais poderes e visando à garantia de direitos sociais de um indivíduo, interferisse em uma política pública, acarretando gastos para o erário, sendo que ambos dependem de decisões políticas?

Dessa aporia da democracia e do direito constitucional brasileiros que este trabalho ocupar-se-á. No primeiro capítulo será examinada a natureza jurídica dos direitos sociais, de acordo como foram positivados pela Constituição e também das políticas públicas voltadas à concretização desses mesmos direitos. O segundo capítulo será dedicado ao estudo da legitimidade do Poder Judiciário para atuar nessa área, a partir da análise do direito constitucional positivo brasileiro, valendo-se para tanto da doutrina pátria e portuguesa e, em alguns aspectos, da comparação com constituições e doutrinas estrangeiras de países que, em alguma medida, influenciam o constitucionalismo brasileiro.

⁴ BOVERO, Michelangelo. *Contra o Governo dos Piores. Uma Gramática da Democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 17.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109.

CAPÍTULO I – POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não obstante haja grande divergência doutrinária acerca do conceito jurídico de políticas públicas, elas estão sempre relacionadas com o fazer do Estado, ou seja, com as ações deste no exercício de suas competências. Políticas públicas, nesse sentido, são “a atividade-fim do Estado, a razão da sua existência”¹. Com isso, faz-se necessária uma análise, posto que breve, da evolução do Estado moderno e, principalmente, de sua transformação, no decorrer do século XX, em Estado social e democrático de Direito.

1. O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1. O Estado moderno

O Estado, nos moldes que se entende hoje, firmou-se no século XVI, vindo a ser pautado pelo Absolutismo, teorizado por Jean Bodin e Thomas Hobbes². Esse Estado, nas palavras de Nicola Matteucci, personificado no rei, é o único sujeito e protagonista da política, representando a unidade política, superior e neutra em relação à opinião dos súditos³, os quais possuíam direitos somente em suas relações particulares⁴, nunca perante o Estado.

Como diria Jean Bodin: “o súdito não tem jurisdição sobre o seu Príncipe, do qual depende todo poder e autoridade de comandar”⁵, não podendo questionar os atos do soberano, cuja pessoa era sempre excetuada em termos de direito e somente devia prestar contas a Deus⁶.

Com efeito, os atos do rei se encontravam acima de qualquer ordenamento jurídico, razão pela qual ele não podia ser submetido aos Tribunais⁷, ainda que se sujei-

¹ VECCHIA, Rosângela. “O que são políticas públicas?”. In: *Curso de Políticas Públicas. Módulo Básico*. São Paulo, 2010, p. 11. Disponível em: <http://www.cepam.sp.gov.br>. Acesso em 03/05/2010.

² Para um breve resumo sobre as origens e formação do Estado ocidental cf.: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes*. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, pp. 19-40.

³ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 29.

⁴ Inclusive nas relações com o Príncipe, que, “nesse caso, não está acima do súdito”. Cf.: BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro*. São Paulo: Ícone, 2011, cap. VIII, p. 209.

⁵ Idem. *Os Seis Livros da República. Livro Segundo*. São Paulo: Ícone, 2011, cap. V, p. 66.

⁶ Idem. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro*, cit., cap. VIII, pp. 197-199.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1.

tasse às leis divinas e naturais⁸, vigia, então, a máxima *quod regi placuit lex est* e considerava-se ilógico o Estado julgar a si próprio ou, ainda, que sofresse algum tipo de controle externo⁹.

1.2. O Estado de Direito

Com o advento da Idade Contemporânea, fruto das revoluções liberais e das declarações de Direitos, surge o Estado de Direito no sentido que lhe dá Kant, que “*es el primero en fundar con claridad el Estado de derecho, es decir, el Estado que tiene como único y exclusivo fin el derecho de garantía de los derechos subjetivos del individuo, y desarrolla su actividad sólo en las formas y en los límites del derecho*”¹⁰.

O Estado passa a ser entendido como criação do direito, isto é, criado e regulado por uma Constituição, à qual, por isso, está subordinado, tendo de realizar suas atividades sob o império da lei¹¹, superando-se assim a dificuldade de submetê-lo às próprias normas¹² e vindo “a atender ao clamor pelo ‘governo de leis, não de homens’”¹³.

A partir da revolução liberal da segunda metade do século XVIII, a legitimidade do poder se fundamenta no consenso racional dos cidadãos, não mais no poder divino dos reis, nem na tradição¹⁴. O poder deixa de ser entendido como prerrogativa pessoal, para ser “decorrência de um mandato outorgado pelas coletividades”¹⁵, além de ser “dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado”¹⁶.

Com efeito, esse Estado nasce “de uma filosofia política que o justifica

⁸ BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro*, cit., cap. VIII, p. 207.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 34.

¹⁰ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*, cit., p. 270.

¹¹ SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 45.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, cit., p. 41.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

¹⁴ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*, cit., p. 25.

¹⁵ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: RT, 1968, p. 4.

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, cit., pp. 38-39.

exatamente pela necessidade de dar proteção aos direitos fundamentais”¹⁷, como expressamente prevê a primeira parte do art. 2º da *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, de 26 de agosto de 1789¹⁸. A essência e a razão de ser desse Estado “residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”¹⁹.

Sendo o Estado criado e regido pela Constituição, fundamento de validade da ordem jurídica, seus atos, portanto, têm de estar em conformidade não apenas com relação à lei, mas principalmente com relação à Constituição, sob pena de serem considerados inconstitucionais, e, portanto, sem validade no mundo jurídico²⁰, pois “a Constituição, dizem Barthélémy e Duez, não criou os poderes para ser violada por eles”, de modo que “todo o ato que lhe for contrário é destituído de valor jurídico”²¹.

1.3. O Estado liberal

Há, nesse contexto, uma inversão “na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão”²². O indivíduo deixa de ter apenas direitos privados, em relação aos particulares, e passa a ter também direitos públicos, que podem ser opostos ao Estado. Nesta época, contudo, estes direitos restringem-se às liberdades frente ao Estado, as quais, quando consagradas pelo direito positivo, ou seja, reconhecidas e regulamentadas pelo poder, são denominadas *liberdades públicas*²³.

Por isso, esse Estado é conhecido como *liberal*, pois se partia do pressuposto da liberdade natural, entendida como o poder de se fazer tudo o que não prejudique o próximo, podendo ser limitada somente pela lei, conforme o art. 4º da Declaração de 1789.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31.

¹⁸ **Art. 2º.** Le but de toute association politique est la consécration des droits naturels et imprescriptibles de l’homme.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

²⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 26.

²¹ BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 64.

²² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 3.

²³ RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

A ideia de liberdade natural associada à visão do Estado como seu grande vilão teve como consequência uma separação entre o Estado e a sociedade civil e também entre economia e política, não se permitindo qualquer intervenção desta naquela, o que veio a ser o marco do liberalismo, expressado no *laissez-faire, laissez-aler, laissez-passer*²⁴, criando, no entanto, uma situação nova: a opressão das forças libertadas do controle estatal, que desconheciam o bem comum e desafiavam o próprio Estado²⁵.

Numa síntese, talvez demasiado simplificadora, pode-se dizer que, paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, o período acima referido [séc. XIX e início do séc. XX] assistiu à deterioração do quadro social, particularmente nos Estados mais desenvolvidos na Europa ocidental e nos Estados Unidos²⁶.

As consequências dessa situação ficaram conhecidas como a questão social, fruto da evolução do capitalismo ao longo do século XIX, que ao mesmo tempo em que gerou crescentes riquezas para os proprietários, também gerou na mesma proporção a miséria dos trabalhadores, que viviam na penúria. Então, “necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política”²⁷.

As grandes diferenças sociais, de classe, de riqueza, de poder de consumo e de oportunidades constituíam “o desafio da justiça liberal. A resposta a tal desafio deu-se, do ponto de vista das instituições políticas, na construção do estado de bem-estar, na disputa entre liberalismo e socialismo”²⁸.

1.4. O Estado social e de Direito

Há, então, uma nova mudança na relação entre o cidadão e o Estado. Se este, até então, era visto pela burguesia como a grande ameaça às liberdades, passou a ser reconhecido pela classe trabalhadora como o possível garantidor dessa mesma liberdade,

²⁴ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, pp. 45-46; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 228-231.

²⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 185.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., p. 41.

²⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*, cit., p. 64.

²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 123.

contendo o poder econômico em seus justos limites ou impedindo seus abusos²⁹, razão pela qual “a necessidade de proteção do economicamente fraco, por intermédio do Estado, foi, assim, ganhando a opinião pública”³⁰.

Com efeito, a passagem do Estado liberal para o Estado social reclamava a confiança no Estado para realização de sua nova atribuição, a de garantir os direitos sociais³¹, o que, em regra, se dá por “programações e planos econômico-sociais que exigem do Poder Executivo uma exorbitação de suas atribuições clássicas”³², dando ensejo ao surgimento da função governamental do Estado³³.

De feito, se na seara dos direitos de liberdade o que se esperava do Estado era uma posição absenteísta, para que se pudesse projetar e demarcar uma esfera própria de irradiação das liberdades individuais, em matéria de direitos sociais, o humanismo trilhou caminho necessariamente distinto, convocando a presença estatal para aplacar as desigualdades sociais, donde a identificação de direitos como os relacionados à saúde, à educação, à previdência social etc.³⁴.

Este modelo de Estado teve seus contornos iniciais com a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, e seu apogeu no segundo Pós-Guerra, nos chamados países de primeiro mundo, principalmente na Europa Ocidental³⁵, inspirado “na justiça, na igualdade, no estabelecimento da paz social, na cessação dos conflitos de classe, na mudança hegemônica que se traslada do princípio da legalidade para o princípio da legitimidade”³⁶. Muitas denominações são atribuídas a esse novo Estado, nem sempre com a mesma significação, mas todas

²⁹ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 185.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291.

³¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 23.

³² SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, cit., p. 62.

³³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*, cit., p. 64.

³⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 151.

³⁵ Sobre a forma como este modelo de Estado aparece nas constituições de Espanha, Itália, França e Alemanha cf.: MORENO, Beatriz González. *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, pp. 27-36. Sobre o Estado social e democrático de Direito previsto na Lei Fundamental de Bonn cf.: BENDA, Ernest. “El Estado Social de Derecho”. In: BENDA, Ernest et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, pp. 487-559.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 8.

apresentam, como pontos em comum, as noções de um certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna³⁷.

O que leva Rodolfo de Camargo Mancuso falar em uma nova acepção de Estado – a telocracia³⁸ estatal – que o vê como um “polo gerador de *funções e atividades* voltadas à efetiva consecução de uma *existência digna* para a população, mediante a oferta de serviços e utilidades”³⁹.

Joaquim Carlos Salgado, por sua vez, fala em Estado ético, “como guardião e efetivador dos direitos fundamentais, nestes compreendidos os direitos sociais como condição de realização do cidadão livre”. Para o autor este é o ponto que marca o advento do Estado de Direito, o qual seria “uma organização de poder, portanto política, para realizar os direitos fundamentais. A política não é, nesse caso, apenas uma técnica de alcançar e conservar o poder, mas traz em si uma finalidade ética: declarar e efetivar os direitos fundamentais”⁴⁰.

Segue-se aqui o entendimento de Jorge Reis Novais, para quem o Estado social e democrático de direito é aquele “herdeiro e continuador natural do Estado de Direito liberal do século XIX”⁴¹, que se legitima na garantia dos valores da liberdade e da autonomia individual, realizando suas atividades segundo os procedimentos, a forma e os limites do Estado de Direito, e voltado à consecução da justiça social⁴².

A democracia é uma das formas de criação da ordem estatal⁴³, não sendo

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”. In: *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 1. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, 2001, pp. 3-4. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 13/09/2008.

³⁸ Essa terminologia é atribuída a Bertrand de Jouvenel e significa a supremacia do objetivo ou da finalidade. Cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete Vezes Democracia*. São Paulo: Convívio, 1977, p. 116.

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 Anos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 782. Ver ainda: SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, cit., p. 55.

⁴⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. “Apresentação”. In: SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. ix e xi.

⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 20.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”, cit., p. 4.

⁴³ Segundo Michelangelo Bovero, “Direta ou representativa, a democracia consiste essencialmente em um

possível garantir que o resultado das escolhas democráticas seja justo⁴⁴, uma vez que “também sob a democracia pode se dar a injustiça material sem prejuízo do respeito às formalidades do Estado de Direito”⁴⁵. Por isso, Kelsen acentua a necessidade de instituições de controle:

O destino da democracia moderna depende em grande medida de uma organização sistemática de todas essas instituições de controle. A democracia sem controle é, a longo prazo, impossível. De fato, sem a autolimitação representada pelo princípio da legalidade, ela se autodestrói⁴⁶.

Por esse motivo, hoje a democracia tem sido cada vez mais conformada pelos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade, limitando a atuação política dos governantes⁴⁷, e também dos legisladores⁴⁸.

Democracia é forma, processo, método; não é fundo. Forma de criação da ordem estatal, ou de parte dela; processo ou método para se decidir (mediante referendo ou em reunião do povo mesmo), ou para se escolherem chefes, legisladores, juízes, executantes. O que se decide, ou o que fazem os chefes, legisladores, ou juízes, não pertence à democracia, que é forma; pertence ao fundo – regra, progra-

conjunto de procedimentos – as ‘regras do jogo’ – que permitem acima de tudo a participação (exatamente, direta ou indireta) dos cidadãos no processo decisório político. Isto significa que a democracia é essencialmente *formal*”. Segue o filósofo italiano dizendo que não se pode, como fazem principalmente os marxistas, confundir democracia formal com democracia aparente, pois “a democracia é formal por definição. Como forma de governo, é definida por um conjunto de regras que se referem (...) o *quem* e o *como* das decisões políticas – a quem cabe decidir, e com base em quais procedimentos –, não o *quê*, o conteúdo de tais decisões”. Cf.: *Contra o Governo dos Piores*, cit., pp. 42-43. Ressalta-se, contudo, que isso não significa ditadura da maioria, pois como ensina Hans Kelsen, “a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria”, e a proteção desta contra aquela é função essencial dos direitos fundamentais. Cf.: *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 67-68. No mesmo sentido cf.: SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada. Volume 1: O debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994, pp. 53-56.

⁴⁴ Simone Goyard-Fabre destaca que “as ideias adotadas pelo grande número, ou até por unanimidade, não são sinônimo nem de verdade nem de justiça”. In: *O que É Democracia? A Genealogia Filosófica de uma Grande Aventura Humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217. “Não há uma maneira de desenhar um procedimento político que garantiria uma decisão justa. Decisões substantivamente injustas são resultados sempre possíveis mesmo quando oriundas do melhor e mais justo procedimento”. In: MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, cit., p. 101.

⁴⁵ BENDA, Ernest. “El Estado Social de Derecho”, cit., p. 489.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *A Democracia*, cit., p. 84.

⁴⁷ A respeito da Constituição alemã de 1949, Ernest Benda ressalta que: “En todo caso, la democracia está vinculada por los derechos fundamentales y por las decisiones objetivas de valor en ellos contenidas. La concepción material de Estado de Derecho consolidada en los arts. 1.3 y 20.1 y 3 GG no es manipulable a voluntad”. In: “El Estado Social de Derecho”, cit., p. 490.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 56-58 e 61. Dominique Rousseau fala em mudança da “democracia pela lei” para a “democracia pela Constituição”. Cf.: *Droit Du Contentieux Constitutionnel*. 9ª ed. Paris: Montchrestien, 2010, p. 537.

ma ou ato. Por isso, ao lado da forma, processo ou método, as Constituições so-
em conter enunciados de direitos, de obrigações, de ordens ou mandamentos, que
são o conteúdo mesmo da ordem estatal⁴⁹.

É por isso que “no consenso do tempo, uma Constituição para ser legíti-
ma deverá visar à liberdade e ao bem-estar, pois somente com ambos se realizará plena-
mente o homem”⁵⁰ e é nesse contexto que se encontra a Carta de 1988. Na mesma direção
segue o pensamento de Celso Lafer, quando afirma que é “da convergência entre as liber-
dades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo
contemporâneo”⁵¹. Trata-se do que Pontes de Miranda denomina *democracia envolvida*⁵².

1.5. O Estado brasileiro na Constituição de 1988

Não obstante o caráter composto da Carta Política de 1988, decorrente da
manifestação de propensões ideológicas⁵³, pode-se dizer que, pelo menos no âmbito do
direito positivo, encontra-se delineado na atual Constituição um Estado social e democráti-
co de Direito⁵⁴, posto que não conste expressamente⁵⁵, como das Constituições da Alema-
nha⁵⁶, França⁵⁷ e Espanha⁵⁸.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade. Os Três Caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 50.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete Vezes Democracia*, cit., p. 109.

⁵¹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 130.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, cit., pp. 164-172. “Quando algumas regras de fundo se põem diante da forma democrática, de modo que não possam ser refeitas ou desfeitas por ela, a democracia passa a ser circundada por essas regras, como se fossem peças de aço envolvendo algodão. É a isso que se chama ‘democracia envolvida’” (p. 172).

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 72.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 62; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 371. Ressalta-se, contudo, seguindo Reis Novais, que a adjetivação “social” não tem “como por vezes se admite, sobretudo em alguma doutrina brasileira, um sentido de *socialização* ou *coletivização* tomado em contraposição a ‘individual’ ou a ‘privado’, mas antes um sentido directamente *político*, relativo à evolução constitucional clássica do Estado de Direito *liberal* para o Estado de Direito *social*, portanto, um sentido que se pode tomar como politicamente referido à assunção, por parte do Estado, do comprometimento com os fins de resolução da chamada *questão social*”. In: *Direitos Sociais*, cit., p. 20.

⁵⁵ O art. 1º fala em “Estado Democrático de Direito”, expressão cunhada pelo jurista espanhol Elías Díaz García, “com o significado de Estado de transição para o socialismo”. Cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65. Porém, não se deve compreender tal expressão na Constituição brasileira como sinônimo (ou eufemismo) de Estado socialista. Cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, p. 76.

⁵⁶ **Art. 20.1.** A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social; **Art. 28.1.** A ordem constitucional nos Estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental. Segundo Konrad Hesse “a cláusula de Estado

Deve-se, para isso, levar em conta seu Preâmbulo, “no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988”⁵⁹. Embora, em regra, não estipule normas definidas, “o preâmbulo serve para dar maior dignidade à constituição e, desse modo, maior eficácia”⁶⁰, sua finalidade é facilitar a aplicação, interpretação ou modificação da Constituição⁶¹.

Segundo ele, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos...”. Entre os princípios fundamentais deste Estado está a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e entre seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I)⁶², estabelecendo-se assim o regime da social democracia⁶³, reconhecendo “expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”⁶⁴.

Não é desconhecida a crítica do professor Manoel Gonçalves de que “escolhendo, cuidadosamente, os artigos e os princípios nós podemos dar a esta Constituição dois ou três sentidos diametralmente opostos”⁶⁵. No entanto, como o Estado social e democrático de Direito não nega as bases do Estado liberal, nem o regime democrático, entende-se que estão presentes todas as características acima apontadas como necessárias à configuração desse modelo de Estado.

social de Direito não fundamenta *a priori* pretensões individuais diretas de nenhum tipo”. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

⁵⁷ **Article Premier.** La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale...

⁵⁸ **Art. 1.1.** España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

⁵⁹ STF. ADI 2.649, Plenário, voto da Rel. Ministra Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, DJE 17/10/2008.

⁶⁰ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 372.

⁶¹ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 342 e ss. Sobre a projeção do Preâmbulo sobre os preceitos constitucionais cf.: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II: Constituição. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 261-267.

⁶² Como bem destaca Régis Oliveira não se trata de regras de aconselhamento, mas sim de princípios jurídicos e, por isso, impositivos. Cf.: *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 252.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 93, n. 262. No mesmo sentido: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 109.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 98.

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, cit., p. 72.

Na Carta de 1988, também estão presentes os três princípios jurídicos que, segundo o professor Manoel Gonçalves, conformam a democracia contemporânea⁶⁶: o da soberania popular e o representativo (art. 1º, parágrafo único) e o da limitação do poder, configurado pela conjunção do princípio da separação dos poderes (art. 2º) com a consagração de direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17), ambos considerados cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, III e IV).

Visando dar efetividade a tais princípios e objetivos, o constituinte garantiu aos indivíduos diversos direitos fundamentais sociais e de liberdade, muitos dos quais requerem prestações estatais (seja em sentido amplo, seja em sentido estrito), demandando uma ação positiva do Estado, visando à promoção das condições necessárias ao efetivo exercício desses direitos⁶⁷.

Trata-se, portanto, de uma democracia envolvida pela liberdade e pela igualdade, nos termos de Pontes de Miranda, à qual a Constituição estabelece alguns princípios como cerne inalterável e “a vontade dos agentes do poder público pode tudo, exceto mudar esse princípio ou esses princípios”⁶⁸.

Deve-se ressaltar, contudo, que tardiamente o Brasil adota o regime da social democracia, justamente no momento em que ele sofre uma acentuada crise, principalmente nos países desenvolvidos⁶⁹, nos quais se discute a viabilidade, eliminação, conservação ou reconfiguração das prestações sociais⁷⁰.

A instauração do Estado de bem-estar e seu momento de crise atual lidam com um problema básico: a combinação, no mesmo momento histórico, entre direitos civis, políticos e sociais. O princípio da maioria tem um papel essencial na consolidação dessa equação. O direito transforma-se num sistema de distribuição de recursos escassos e, portanto, de tutela legal de um modelo de justiça social. Com efeito, decidir sobre a partilha desses bens raros é tarefa insofismavelmente

⁶⁶ Idem. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 51.

⁶⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas*, cit., p. 58.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, cit., p. 219.

⁶⁹ “No entanto, nas últimas décadas, o Estado social (também chamado de bem-estar ou, com certas acentuações, Estado providência ou, no limite extremo, Estado assistencial) tem entrado em crise, por causa de excessivos custos financeiros e burocráticos, de egoísmos corporativos e de quebra de competitividade em face de países com menor protecção social”. In: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 31.

⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 12.

política. A regra da maioria – “a maior felicidade para o maior numero”, diria Bentham em outra época –, está no centro da discussão: de uma parte, é uma das ferramentas democráticas para a melhor distribuição desses recursos; de outra parte, é um dos instrumentos jurídicos de legitimação dos resultados da partilha⁷¹.

Nesse contexto configurado pela Constituição de 1988, de um Estado social e democrático de Direito, em que muitas das diretrizes políticas do Governo já foram tomadas pelo Constituinte, torna-se necessária uma análise da natureza jurídica dos direitos sociais presentes no texto constitucional e sobre o conceito jurídico de políticas públicas, por meio das quais esses direitos se realizam⁷².

2. OS DIREITOS SOCIAIS

Conforme já realçado, o Estado social de Direito não nega as bases do Estado liberal, busca aperfeiçoá-las. É com esse sentido que os direitos sociais aparecem nas constituições do primeiro Pós-Guerra⁷³, objetivando “garantir ao indivíduo determinados direitos, considerados necessários para a plena expansão de suas virtualidades e, especialmente, para que possa realmente gozar das liberdades públicas e adequadamente participar do exercício do poder”⁷⁴.

É o que comumente fundamenta a existência desses “novos direitos”⁷⁵, inicialmente reconhecidos como ligados aos trabalhadores (e seus familiares)⁷⁶ e que, so-

⁷¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 23.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 518.

⁷³ Eles surgem positivados de maneira sistemática pela primeira vez na Constituição de Weimar, embora se reconheçam precedentes nas Constituições francesas de 1793 e de 1848 e na mexicana de 1917. Cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, cit., p. 4 e *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 291-292 e 350-351; HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 222; HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, Constituição e direitos sociais”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 7-12. Nesses casos, Jean Rivero entende que o Estado reconhece “um dever a seu encargo, mas não um direito correlativo em favor dos cidadãos”. In: *Liberdades Públicas*, cit., p. 76. No Brasil, a Constituição do Império, de 1824, previa no art. 179 a garantia dos socorros públicos (XXXI) e o ensino primário gratuito (XXXII), revelando certa preocupação com o social. Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 185, n. 590; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., p. 45.

⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, cit., p. 5.

⁷⁵ Como prefere denominá-los Pontes de Miranda, por entender que todos os direitos são sociais e que, por isso, seria incabível o uso do adjetivo “sociais”. Cf.: *Democracia, Liberdade, Igualdade*, cit., pp. 626-627.

⁷⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 51.

mente com o passar do tempo, foram considerados universais⁷⁷.

2.1. Fundamento dos direitos sociais

Tais direitos surgem com o objetivo “[d]a realização de uma igualdade material entre os indivíduos”⁷⁸, para que todos possam fruir as liberdades então garantidas, ainda que formalmente, e desenvolver sua personalidade⁷⁹, assegurando as condições para o pleno exercício dessas liberdades, “eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”⁸⁰.

Desse modo, o que os direitos fundamentais devem garantir depende “da ação estatal, de que, mediante programação, intervenção e previsão estatais, se dotem os cidadãos das condições materiais para uma vida livre e digna”⁸¹. Para isso é necessário um comportamento ativo do Estado, uma vez que “a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”⁸², que ao Estado cabe implementar⁸³, por meio do oferecimento de prestações legislativas e materiais.

Essas prestações “corresponderiam à busca da igualdade real quanto às condições iniciais para exercício dos demais direitos, individuais e políticos, suprimindo necessidades básicas e possibilitando o desenvolvimento integral da pessoa”⁸⁴, daí os direitos sociais serem compreendidos como direitos de crédito (*les droits-créances*).

⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Em torno da ‘reserva do possível’”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 174.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas. A efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102. São Paulo, 2007, p. 331.

⁸⁰ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, cit., p. 127.

⁸¹ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 16.

⁸² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, cit., p. 29.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 199.

⁸⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*, cit., p. 24. A essa ideia ajusta-se perfeitamente a comparação que faz José Carlos Francisco: “é fácil de perceber que a vida não é como uma corrida de obstáculos, na qual os atletas partem de um mesmo ponto e pulam a mesma quantidade de barreiras; é evidente que os históricos são muito distintos, e os infortúnios e as origens individuais interferem na compreensão do efetivo tratamento igualitário na realidade concreta”. In: “Estado democrático de Direito, políticas públicas e novos modelos de governanças internacionais”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Coords.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia. Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 415.

Para além desse caráter instrumental, os direitos sociais podem ser fundamentados de forma independente, ou seja, considerando esses direitos “fins em si mesmos, e não meramente como pressupostos ou meios indispensáveis para o exercício das liberdades ou dos direitos políticos”⁸⁵, como bem demonstra Carlos Bernal Pulido, apoiando-se nas lições de ética de Ernst Tugendhat, uma vez que “o homem tem determinadas necessidades que lhe são inerentes, e cuja satisfação é um dos fins principais da comunidade política”, de modo que “os direitos fundamentais sociais revestem, neste sentido, do caráter de direitos atribuídos, sobretudo aqueles que carecem”⁸⁶.

Seriam, portanto, complementares as duas formas de fundamentação dos direitos sociais, pois esses têm “um conteúdo bastante amplo, que abarca não somente as disposições tendentes a garantir um mínimo existencial para o indivíduo, mas também as normas que conformam a dimensão prestacional das liberdades e dos direitos políticos”⁸⁷.

2.2. Funções dos direitos fundamentais

Se inicialmente os direitos dos homens surgem como direitos negativos, em face do Estado para que este não interferisse na esfera de autonomia dos indivíduos, hoje, os direitos fundamentais impõem ao Estado não somente deveres de respeitar, mas também de “proteger e de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos”⁸⁸.

De modo que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais exigem do Estado, por um lado, *inação*, quando se trata do dever de respeito e, por outro, *atuação*, para proteção e promoção desses mesmos direitos, e ambos, neste caso, “custam dinheiro” e, por isso, requerem recursos e despesas públicas⁸⁹, pois “exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre

⁸⁵ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais*, cit., p. 147.

⁸⁶ Ibidem, p. 149.

⁸⁷ Ibidem, mesma página.

⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., pp. 43-44. Gomes Canotilho fala ainda na função de não discriminação. Cf.: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 407-410. Cristina Queiroz, seguindo Van Hoof, fala em função de garantia, quando se refere à prestação direta, enquanto a função de promoção seria somente a de disponibilizar os meios para que os indivíduos, por sua conta, consigam adquirir determinados bens. Cf.: *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 146.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*, cit., p. 135.

abrangem alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral”⁹⁰.

2.3. Importância econômica dos direitos sociais

Deve-se, portanto, reconhecer que os direitos fundamentais de primeira geração também geram custos para o Estado e também são economicamente relevantes, uma vez que serão custeados pelo Estado, por meio principalmente da tributação. A diferença, no entanto, é que normalmente as estruturas estatais que garantem a fruição das liberdades já estão montadas, diferentemente daquelas necessárias para a prestação de serviços públicos ligados aos direitos sociais. Virgílio Afonso da Silva ainda aponta outra diferença na relação dos custos entre os direitos de primeira e os de segunda geração:

enquanto boa parte dos custos das liberdades públicas é aproveitado de maneira global por todas elas – legislação, organização judiciária etc. –, cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros. Nesse sentido, a construção e a manutenção de hospitais, contratação de médicos, compra de caros materiais hospitalares, organização de programas de combate a epidemias, entre outras coisas, só são aproveitadas para a realização de um único direito social, o direito à saúde⁹¹.

Essa diferença inclusive justificaria a distinção doutrinária entre direitos a prestações em sentido amplo e em sentido estrito, sendo estes entendidos como “(direitos a prestações sociais materiais), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social”⁹², enquanto aqueles “apesar de sua dimensão positiva, dizem respeito principalmente às funções tradicionais do Estado de Direito”⁹³.

No entanto, sem ignorar que “o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia da segurança social”⁹⁴, nem que “todos os direitos geram um leque de obrigações positivas e nega-

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*, cit., p. 27.

⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 241-242.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”, cit., p. 16. No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 41.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”, cit., p. 19.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde”, cit., p. 14.

tivas para o Estado, todas elas essenciais para que sejam assegurados na prática”⁹⁵, levar-se-á em consideração aqui somente a dimensão positiva dos direitos sociais, a qual “se traduz na exigência de promoção estatal do acesso individual a bens protegidos pelos direitos sociais através de prestações fácticas com um custo financeiro directo”⁹⁶.

Desse modo, os direitos sociais são considerados aqui como aqueles que conferem a seu titular “um crédito contra a sociedade, obrigada a fornecer, para lhes satisfazer, prestações positivas que implicam a criação de serviços públicos”⁹⁷, ou seja, “constituem obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação não consiste numa ‘omissão’, um *non facere*, mas numa ‘acção’, um *facere*”⁹⁸.

O que, no contexto do direito constitucional positivo brasileiro, significa

o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade⁹⁹.

À dimensão *prestacional* dos direitos fundamentais corresponde a ideia de que incumbe ao Estado

a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fácticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos¹⁰⁰.

Se em sua dimensão defensiva e negativa os direitos fundamentais “podem ser assegurados juridicamente, independentemente da alocação de recursos humanos e

⁹⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*, cit., p. 39.

⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 190.

⁹⁷ RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*, cit., p. 12.

⁹⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 6.

⁹⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 70.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”, cit., p. 15.

materiais e, portanto, independentemente das circunstâncias econômicas”¹⁰¹, pouco se discute sobre sua eficácia, reconhecendo-se inclusive a possibilidade de surgir direitos subjetivos das normas programáticas em seu aspecto negativo¹⁰².

Diferentemente, quando se trata de direitos sociais *prestacionais*, que demandam alocação de recursos diretamente ligados ao interesse do titular do direito, tal característica “assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica”¹⁰³, ou seja, sua efetivação dependerá sempre da disponibilidade de recursos públicos, cuja previsão encontra-se nos orçamentos públicos.

Inobstante a importância de se levar em consideração a relevância econômica que tais direitos assumem, é sob a forma como foram positivados que devem ser interpretados, “pois daí é que se pode extrair o propósito da Constituição, inclusive quanto à sua eficácia e aplicabilidade”¹⁰⁴.

2.4. Natureza jurídica dos direitos sociais

Hoje em dia, os direitos fundamentais apresentam uma extrema heterogeneidade, em relação ao regime jurídico, à pluralidade de fontes, à variabilidade da intensidade de proteção, à imprecisão de definições etc., o que torna difícil sua aplicação, podendo inclusive acarretar ineficácia tanto por subutilização ou por uso superabundante¹⁰⁵.

Essa heterogeneidade se deve ao fato de que um direito, como ressalta Pontes de Miranda, pode ser inserido na Constituição de diversas formas: como regras programáticas, regras atuais não bastantes em si, regras atuais com caráter objetivo e direito subjetivo¹⁰⁶. E no caso específico dos direitos sociais, estes têm recebido tratamentos bastante diferentes nas diversas constituições do segundo Pós-Guerra. “E porque não há uma ‘natureza’ própria aos direitos sociais, é na história de sua constitucionalização que se po-

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”, cit., p. 23.

¹⁰² TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 339.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”, cit., p. 23.

¹⁰⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 83.

¹⁰⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. “Direitos fundamentais. A democracia e os direitos fundamentais”. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Orgs.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 169.

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, pp. 627-628.

derão determinar seus diferentes níveis de significação”¹⁰⁷.

Com efeito, como destaca Beatriz Moreno, “las Constituciones han positivizado formalmente los contenidos económicos, sociales y culturales bajo tipos normativos muy distintos que, en definitiva, comprometen la actividad del Estado con mayor o menor intensidad y no permiten hablar de una naturaleza jurídica unitaria”¹⁰⁸.

2.4.1. Os direitos sociais na Constituição alemã de 1949

O constituinte alemão preferiu, conscientemente, evitar a inclusão na Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, de regras da vida econômica, social e cultural que transcendessem os clássicos direitos humanos e civis¹⁰⁹. De tal sorte que não positivou direitos sociais, por entender que estabelecer amplas normas programáticas, das quais é difícil inferir efeitos jurídicos concretos e que contribuem para gerar expectativas não realizáveis, seria incorrer em erro semelhante ao da Constituição de Weimar¹¹⁰.

Isso, contudo, não significa inexistência, nem falta de efetividade, desses direitos na Alemanha¹¹¹, uma vez que, a partir do princípio fundamental do Estado social e democrático de Direito (arts. 20.1 e 28.1 GG), “foi desenvolvida uma abrangente e eficiente legislação na esfera da previdência e da seguridade social”, de modo que os direitos sociais “têm embasamento legal, ressalvado o desenvolvimento jurisprudencial de direitos fundamentais sociais não escritos, como, de modo especial, a garantia das condições mínimas para uma existência digna, o direito à saúde e o direito à educação”¹¹².

2.4.2. Os direitos sociais na Constituição francesa de 1958

A Constituição da V República, de 3 de junho de 1958, também não positivou direitos sociais. No entanto, o preâmbulo da Constituição de 1946, que faz parte do bloco de constitucionalidade francês, proclama *principes politiques, économiques et*

¹⁰⁷ HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, Constituição e direitos sociais”, cit., p. 6.

¹⁰⁸ MORENO, Beatriz González. *El Estado Social*, cit., p. 25.

¹⁰⁹ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 30.

¹¹⁰ BENDA, Ernest. “El Estado Social de Derecho”, cit., pp. 522-523.

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 76.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. “O Estado social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade”. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, mar-mai/2007, p. 18. Sobre a construção doutrinária e jurisprudencial dos direitos sociais na Alemanha cf.: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., pp. 75-86.

*sociaux, particulièrement nécessaires à notre temps*¹¹³, enunciando um certo número de direitos sociais aos quais o Conselho Constitucional efetivamente reconheceu seu estatuto constitucional. Esses direitos são: a proteção da saúde e a proteção social (Al. 11), a instrução e a cultura (Al. 13), a solidariedade nacional (Al. 12) e o emprego (Al. 5)¹¹⁴.

Não entendendo se tratar de simples disposições programáticas, mas sim de direito positivo, o Conselho Constitucional, no entanto, diz que cabe ao legislador e/ou às autoridades administrativas competentes *pôr em obra* esses direitos¹¹⁵. Segundo o mesmo órgão, o Legislador dispõe de um amplo poder de apreciação que lhe permite modificar em um sentido mais restritivo as condições de abertura dos direitos a prestações¹¹⁶.

2.4.3. Os direitos sociais na Constituição italiana de 1947

Diferentemente, a Constituição da República Italiana, de 21 de dezembro de 1947, prevê expressamente direitos sociais: a saúde é um direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, garantido gratuitamente ao indigente (art. 32); a educação básica, de no mínimo oito anos, é obrigatória e gratuita (art. 34); e a assistência social é um direito de todo cidadão incapacitado para o trabalho e desprovido dos meios necessários para viver (art. 38)¹¹⁷.

Embora os direitos sociais “también comprenden en sí mismos derechos protegidos por medios jurídicos”, essa proteção somente se dá em face dos particulares, não do Estado¹¹⁸. A jurisprudência constitucional tem entendido que tais direitos tendem a ser realizados nas proporções dos recursos da coletividade; “somente o legislador, medindo as efetivas disponibilidades e os interesses com estas gradualmente realizáveis, pode racio-

¹¹³ LUCHAIRE, François. “Procedimientos y Técnicas de Protección de los Derechos Fundamentales. El Consejo Constitucional Francés”. In: FAVOREU, Louis (Coord.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 74.

¹¹⁴ FAVOREU, Louis et al. *Droit Constitutionnel*. 13ª ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 957.

¹¹⁵ Ibidem, pp. 957-958, 961, 963, 967 e 968.

¹¹⁶ Ibidem, p. 961.

¹¹⁷ “Todavia, não obstante venha reconhecida [na sentença n. 31, de 1986] a natureza prescritiva do art. 38 da Constituição, a realização do mesmo termina por depender das disponibilidades do orçamento público, o qual o legislador deve levar em conta na disciplina das prestações previdenciárias e assistenciais”. In: CICONETTI, Stefano Maria. “Os direitos sociais na jurisprudência constitucional italiana”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais*, cit., p. 761.

¹¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. “Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional italiano”. In: FAVOREU, Louis (Coord.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, cit., pp. 448-449.

nalmente encontrar os meios que chegam aos fins, e construir pontuais fatismas (*sic*) que deem a justa expressão a tais direitos fundamentais”¹¹⁹.

2.4.4. Os direitos sociais na Constituição espanhola de 1978

A Constituição espanhola, de 27 de dezembro de 1978, prevê, em seu Título I, *De los derechos y deberes fundamentales*, direitos sociais, tais como a seguridade social (art. 41), a proteção da saúde (art. 43, 1 e 2), assistência social aos idosos (art. 50) etc., porém o faz na forma de *principios rectores de la política social y económica* (Capítulo III)¹²⁰, diferentemente, portanto, do tratamento que recebem os direitos de liberdade, previstos no Capítulo II, que é dividido em duas seções: *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*¹²¹ e *De los derechos y deberes de los ciudadanos*.

2.4.5. Os direitos sociais na Constituição portuguesa de 1976

A Constituição portuguesa, de 2 de abril de 1976, é a primeira, do Pós-Segunda Guerra Mundial, a prever um extenso catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 58 a 79)¹²², todos com *status* de direitos fundamentais¹²³, gozando do *regime geral* dos direitos fundamentais, sem, no entanto, beneficiarem-se do regime especial dos direitos, liberdades e garantias (art. 18)¹²⁴.

No entanto, tem-se fora de dúvida que as normas consagradoras desses

¹¹⁹ CICCONETTI, Stefano Maria. “Os direitos sociais na jurisprudência constitucional italiana”, cit., p. 763.

¹²⁰ Cuida-se de enunciados de natureza programática, dirigidos aos poderes públicos, que se valem de uma linguagem dirigida ao futuro, com o uso de fórmulas genéricas, como “os poderes públicos promoverão”, “fomentarão”, “manterão”, “velarão” etc. Cf.: HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, cit., p. 228. Não são verdadeiros direitos, mas sim “padrões que devem orientar a ação do Estado, sobretudo do Legislador, e, no melhor dos casos, a interpretação constitucional de normas jurídicas”. Cf.: HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, Constituição e direitos sociais”, cit., p. 6. Nesse sentido, Beatriz González Moreno ressalta que: “En cuanto al legislador, el artículo 53.3 de la Constitución le impone el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores de la política social y económica, que habrán de informar la legislación positiva. Tales principios, por tanto, han de ser reconocidos en una ley que los desarrolle, y ésta es también la condición previa para que puedan ser invocados ante los tribunales. Es la ley la que los hace jurisdiccionalmente exigibles, y de acuerdo con lo que la misma ley disponga”. In: *El Estado Social*, cit., p. 57.

¹²¹ Na qual se encontra o direito à educação (art. 27). O ensino básico é obrigatório e gratuito (art. 27.4) e deve ser garantido pelos poderes públicos (art. 27.5).

¹²² Dentre eles o direito à proteção da saúde (art. 64), à educação (art. 73), à seguridade social (art. 63).

¹²³ “Sem deixarem de ser uns e outros direitos fundamentais e constantemente relacionados, os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais adquirem um relevo diferente no contexto da Constituição – um relevo ou impacto maior os primeiros que os segundos”. In: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, cit., p. 144.

¹²⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 5; CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 403. Jorge Miranda enumera oito diferentes regimes dos direitos fundamentais. Cf.: *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, cit., pp. 149-156.

direitos “individualizam e impõem *políticas públicas* socialmente activas”¹²⁵, incumbindo prioritariamente ao Estado “Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável” (art. 81/ aliena a).

2.4.6. Os direitos sociais na Constituição brasileira de 1988

Se até 1988, “nossas constituições foram constituições de organização do Estado e implantação do Estado”¹²⁶, a atual, bastante influenciada pela portuguesa, “imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934”¹²⁷, avançando bastante no sentido da democracia social, acompanhando a tendência moderna do Constitucionalismo, como observa José Afonso, segundo o qual “Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições”¹²⁸.

Nela, os direitos de liberdade e os direitos sociais gozam do mesmo patamar jurídico, que é o de direitos fundamentais (Título II – *Dos Direitos e garantias fundamentais*), sem distinção de regimes, como ocorre na Constituição portuguesa¹²⁹. Pode-se, então, concluir que “pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados”, e, por serem materialmente fundamentais, “comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais”¹³⁰.

Com efeito, de uma leitura sistêmica da Constituição de 1988 não se verifica hierarquia jurídica ou mesmo axiológica entre direitos de defesa e prestacionais, ou de direitos de uma dimensão em prejuízo das demais. Ao contrário, percebe-se uma fina sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese da indivisibilidade e da in-

¹²⁵ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 409.

¹²⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*, cit., p. 102. Para Dominique Rousseau, durante muito tempo a Constituição foi pensada a partir somente da segunda parte do art. 16 da Declaração de 1789 (separação de poderes), porém, apesar dessa concepção não ter desaparecido completamente, a ideia de Constituição tem redescoberto os termos da primeira parte do mesmo artigo, ou seja, a garantia de direitos dos governados. Cf.: *Droit Du Contentieux Constitutionnel*, cit., pp. 538-540.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 373-374. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 185.

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 114 e 160-161.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde”, cit., p. 17.

terdependência das “gerações” ou dimensões de direitos fundamentais, a qual vem gozando de primazia no direito internacional dos direitos humanos¹³¹.

2.5. Formas de positivação dos direitos sociais

Os direitos fundamentais sociais, no entanto, não recebem um tratamento uniforme nem mesmo no âmbito de um determinado ordenamento constitucional. “Daí as inúmeras sistematizações doutrinárias que, calcadas no Direito Positivo de um Estado em particular, aludem a diversas modalidades de direitos sociais”¹³², os quais formam um grupo bastante heterogêneo¹³³, tanto material¹³⁴ quanto formalmente¹³⁵, aparecendo tanto na forma de direito de defesa, quanto na forma de direito a prestações.

Às normas constitucionais que garantem esses direitos costuma-se dar o epíteto de *programáticas*, como normas destituídas de imperatividade¹³⁶. Porém, apesar da quase sinonímia entre as duas¹³⁷, o texto constitucional mostra que as normas programáticas não são a única forma de positivação dos direitos sociais¹³⁸, os quais se apresentam em normas de diferentes densidades e *definitividades*, que não podem ser ignoradas pela dog-

¹³¹ BRANDÃO, Rodrigo. “São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais*, cit., pp. 463-464.

¹³² RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 331.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 200.

¹³⁴ José Afonso da Silva fala em seis classes de direitos sociais: os relativos ao trabalhador, à seguridade, à educação e cultura, à moradia, à família e ao meio-ambiente. Cf.: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 287-317.

¹³⁵ Para Gomes Canotilho, os direitos sociais podem ser positivados sob a forma de: normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos públicos. Cf.: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 474-476.

¹³⁶ Conforme Beatriz Moreno foi na aplicação da Constituição de Weimar que a Jurisprudência atribuiu a tais normas a carência de vinculação, atribuindo-se a Carl Schmitt a teoria que fundamentava tal jurisprudência. Cf.: *El Estado Social*, cit., pp. 34-35.

¹³⁷ “Já a totalidade (ou a quase totalidade) dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas, normas que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações econômicas, sociais, administrativas ou outras; e daí inevitáveis consequências quanto à sua realização”. In: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, cit., p. 113.

¹³⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., pp. 76-77. O autor usa como exemplo o direito à educação básica, que foi positivado sob a forma de norma programática (art. 6º), de garantia institucional (art. 212) e de direito subjetivo (art. 208). Das diversas formas de positivar esses direitos decorre a distinção entre direitos *originários* e *derivados* a prestações. “Os primeiros decorrem de pretensões que se fundam directamente na Constituição. Os segundos encontram-se numa relação de dependência, em termos de conteúdo e dimensão, de acções estaduais ou procedimentos participativos a partir do seu fundamento na Constituição”. Cf.: QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 41. Para Canotilho, existem “*direitos originários a prestações* quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”. In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 477.

mática¹³⁹. Entretanto, antes de se analisar essas formas, faz-se necessária uma breve digressão sobre a eficácia das normas constitucionais.

A eficácia de uma norma jurídica designa sua “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”¹⁴⁰. Em relação às normas constitucionais, é bastante aceita, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, a classificação de José Afonso, para quem as normas constitucionais podem ter eficácia plena, contida ou limitada (ou reduzida).

Entre as primeiras “incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los)”¹⁴¹, tendo, por isso, aplicabilidade imediata, ou seja, “quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia”¹⁴².

As normas de eficácia contida são as “que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”¹⁴³, ou seja, são normas de aplicabilidade imediata, mas que podem sofrer posteriores limitações em sua eficácia por meio de leis.

No entanto, como bem observa o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não há razão para essa distinção, pois ambas possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata. Tal distinção dar-se-ia somente pela possibilidade de o legislador restringir a eficácia de algumas normas, mas não de outras¹⁴⁴.

Apesar de também reconhecer esse problema classificatório relativamente às normas de eficácia contida, Virgílio Afonso da Silva aponta um problema existencial,

¹³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 270.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 66.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 82.

¹⁴² *Ibidem*, p. 99.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 82.

¹⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, cit., p. 140. Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 252.

entendendo incabível a distinção somente por considerar que todas as normas constitucionais podem ser restringidas pelo legislador ordinário, de tal modo que não faria sentido distinguir entre as normas que podem e as que não podem ser restringidas¹⁴⁵.

Por fim, as normas de eficácia limitada “são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais”¹⁴⁶, ou seja, são normas que não podem ser aplicadas diretamente da Constituição, mas que dependem de conformação legislativa ulterior. São, portanto, normas de aplicabilidade mediata (ou indireta).

Essas são divididas em normas definidoras de princípio *institutivo*, que possuem “natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos”; e normas definidoras de princípio *programático*, que “envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social”¹⁴⁷.

Para Ferreira Filho, seguindo Rui Barbosa, as normas constitucionais se dividem entre as “*exequíveis por si sós* (normas auto-executáveis, *self executing*) e as *normas não exequíveis por si sós*”. Estas “precisam receber, antes de poderem ser aplicadas, a complementação, seja quanto a hipótese, seja quanto ao dispositivo”, aquelas, por si sós, “podem ser aplicadas sem a necessidade de qualquer complementação”¹⁴⁸.

Entendendo que essas expressões podem levar à conclusão da possibilidade de existir norma constitucional desprovida de qualquer efeito jurídico, Meirelles Teixeira distingue as normas constitucionais entre as de eficácia limitada e as de eficácia plena. Para o autor, “o que sempre ocorre, na realidade, é uma aplicabilidade limitada, uma eficácia relativa, parcial, vale dizer, toda norma jurídica produz sempre alguns efeitos, ainda que mui reduzidos e embora necessitando do auxílio supletivo da lei ordinária para uma eficácia plena”¹⁴⁹. É o que sucede na maioria das vezes com as normas consagradoras de direitos sociais a prestações, uma vez que necessitam de complementação legislativa,

¹⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 221-223. Salvo melhor juízo, o autor se refere somente às normas de direitos fundamentais e não a todas as normas constitucionais.

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 82.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 125.

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 389.

¹⁴⁹ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 298.

dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático¹⁵⁰.

2.5.1. Normas de direitos sociais como normas programáticas

As normas programáticas são aquelas por meio das quais

o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado¹⁵¹.

Por apenas estabelecerem “metas, resultados a serem obtidos pela sociedade e pelo seu governo em um determinado espaço de tempo”¹⁵², essas normas seriam “regras que deixam aos legisladores simples indicação ou programa – tais regras não são bastantes-em-si, são sugestões, recomendações ou promessas de que o Parlamento as fará”¹⁵³, são ocas, deficientes, regras a serem feitas, daí poder-se concluir que são destituídas de normatividade, não havendo nenhuma vinculação jurídica do legislador, cuja inércia seria sancionada apenas politicamente¹⁵⁴. Com esse sentido, serviriam “apenas para pressão política sobre os órgãos competentes”¹⁵⁵.

Em contraposição a essa concepção, Bernal Pulido fala em *normas fins* do Estado, que se caracterizam por tornar compatíveis a discricionariedade do legislador e do administrador e o caráter vinculativo das normas de direitos sociais, estabelecendo um fim ao Estado, ou seja, estabelece-se um objetivo a ser alcançado pelo Estado, para o qual o legislador e o administrador escolherão o(s) meio(s) mais idôneo(s)¹⁵⁶.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”, cit., p. 24.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 138.

¹⁵² TIMM, Luciano Benetti. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*, cit., p. 59.

¹⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, cit., p. 172.

¹⁵⁴ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 316.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 474.

¹⁵⁶ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”, cit., pp. 155-159.

Todavia, se “é certo que toda norma constitucional é jurídica, não havendo disposições meramente diretivas numa Constituição contemporânea”¹⁵⁷, não faz sentido “admitir que nesse conjunto normativo existam disposições não jurídicas, meramente diretivas e indicativas, como se sustenta para as normas programáticas”¹⁵⁸. De sorte que tais normas não deixam de ser imperativas e vinculativas¹⁵⁹, ainda que reclamem “atividade legislativa ulterior, para esgotar o comando normativo”.

Como diz Norberto Bobbio, é impensável e ilógico chamar de direito algo “cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política”¹⁶⁰.

Nessa esteira, Paulo Bonavides acompanha Vezio Crisafulli quando o constitucionalista italiano sustenta “a tese de que as normas programáticas propriamente ditas têm *eficácia imediata* sobre os comportamentos estatais, obrigando e vinculando o poder discricionário dos órgãos do Estado”¹⁶¹.

Essa eficácia, no entanto, “é a de impedir a formação válida de regra de nível inferior que a contradiga”¹⁶², devendo, por isso, ser tidas “em conta da interpretação das restantes normas, as quais, sem elas, poderiam ter alcance diverso”¹⁶³. Para Canotilho, essas normas, “transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização”¹⁶⁴.

2.5.2. Normas de direitos sociais como normas de organização

Os Direitos Sociais podem ser positivados também como normas de or-

¹⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, cit., p. 139. É antiga a lição de Rui Barbosa de que “não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLII, 1915, t. I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1964, p. 170.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 49.

¹⁵⁹ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, cit., p. 163.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, cit., p. 78.

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 243.

¹⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, cit., p. 139.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, cit., p. 279. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 158.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 475.

ganização, as quais atribuem competência a determinados órgãos para a tomada de medidas tendentes à asseguuração do bem-estar do povo. Para Canotilho, assim como acontece com as normas programáticas, a não atuação desses órgãos teria apenas efeitos políticos, não sofrendo, eles, qualquer sanção jurídica¹⁶⁵.

2.5.3. Normas de direitos sociais como garantias institucionais

Ensina o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “a garantia que o Estado, como expressão da coletividade organizada, dá a esses direitos é a instituição dos serviços públicos a eles correspondentes. Trata-se de uma garantia institucional, portanto”¹⁶⁶. Segundo Canotilho, as garantias institucionais obrigam o legislador a respeitar a essência da instituição e protegê-la, levando em consideração os dados econômicos, sociais e políticos¹⁶⁷.

Vidal Serrano Nunes Jr. aponta a existência de “diversos dispositivos constitucionais de suma importância para a cidadania social, destinados à defesa de instituições como, por exemplo, a saúde pública e o sistema público de ensino”, dando como principais exemplos os arts. 198, § 2º, e 212, que vinculam receitas orçamentárias a gastos na manutenção e desenvolvimento da saúde e da educação¹⁶⁸.

2.5.4. Normas de direitos sociais como direitos subjetivos

José Reinaldo de Lima Lopes defende que os direitos sociais não podem ser configurados como direitos subjetivos por terem natureza diversa dos direitos de liberdade, são coletivos e exigem ações distintas para sua proteção, além de implicar uma discussão de justiça distributiva que impõe uma decisão política. Desta forma, o autor atribui aos direitos sociais uma característica especial, que é justamente a de não terem fruição ou serem exequíveis individualmente¹⁶⁹.

Sem embargo, entende-se que esses direitos podem ser positivados como direitos subjetivos, pois seu titular “continua sendo, como nos direitos de primeira geração,

¹⁶⁵ Ibidem, mesma página.

¹⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., p. 51.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 475.

¹⁶⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 143.

¹⁶⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de Direito”. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 113-129.

o homem na sua individualidade”¹⁷⁰, inclusive a Constituição Federal assim positivou, de maneira explícita, o direito à educação básica (art. 208, § 1º).

Não significa, contudo, que somente esse dentre os direitos sociais possa ser considerado direito subjetivo. Observa-se que a Constituição não diz de maneira explícita que cada um dos direitos de liberdade são direitos subjetivos e nem por isso eles deixam de ter tal configuração.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso esclarece que referido dispositivo

não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insuscetível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva¹⁷¹.

Direito subjetivo pode designar diversas situações subjetivas, que, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., são “posições jurídicas dos destinatários das normas em seu agir: exercer atos de vontade, ter interesses protegidos, conferir poder, ser obrigado etc.”¹⁷². Aqui interessa a ideia de direito subjetivo como poder jurídico. Nesse sentido, direito subjetivo é o reflexo de um dever jurídico que se não cumprido permite ao titular do direito exigi-lo judicialmente.

Segundo a teoria tradicional, em todo o direito subjetivo de um indivíduo está contida uma “pretensão” (*Anspruch*) à conduta de um outro indivíduo, ou seja, uma pretensão à conduta a que o outro indivíduo é obrigado em face do primeiro, quer dizer, à conduta que forma o conteúdo do dever jurídico que se identifica com o direito reflexo¹⁷³.

¹⁷⁰ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, cit., p. 127. Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 48 e pp. 214-218; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, cit., pp. 106-107.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 111.

¹⁷² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 149.

¹⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 151.

A Constituição Federal de 1988 positivou os direitos fundamentais sociais à educação básica e à saúde como direito de todos e dever do Estado. E “quando tais prerrogativas se estabelecem em forma de créditos formados contra ou em face do Estado, toma a designação de direitos públicos subjetivos”¹⁷⁴, demonstrando o quanto o constituinte pretendeu transformar o país em uma ordem social democrática e “como se acredita que acesso à saúde e à educação são importantes fatores de mobilidade social, acesso a tais serviços – de boa qualidade – é considerado um elemento importante ou indispensável de uma ordem social democrática”¹⁷⁵.

2.6. Efetividade das normas consagradoras de direitos sociais

No entanto, se todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, nem todas gozam de efetividade. Se eficácia é a possibilidade de produção de efeitos jurídicos, o alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade.

Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer¹⁷⁶.

Sérgio Resende de Barros, por sua vez, entende efetividade como a soma da eficácia jurídica da norma com sua eficácia social, ou seja, efetividade é

o produto da efetivação. Nela se somam – sintetizam-se – a eficácia jurídica e a social. Eficácia jurídica é capacidade de produzir efeitos jurídicos: aptidão. Eficácia social é produção efetiva desses efeitos: concreção. Completando-se, produzem a transformação da norma em conduta segundo o valor que a instrui. Somando-se, realizam o direito na prática social. No fim do processo de efetivação, a efetividade resulta sendo um todo: a soma da eficácia jurídica com a social. Nessa soma, a efetividade é o acatamento do direito pela práxis social¹⁷⁷.

Virgílio Afonso da Silva entende que “sem o componente empírico presente no conceito de efetividade o conceito de eficácia jurídica perde muito de seu va-

¹⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

¹⁷⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*, cit., p. 223. Sobre o tema cf.: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 66.

¹⁷⁷ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*, cit., p. 178.

lor”,¹⁷⁸ pois “a capacidade para produção de efeitos depende *sempre* de outras variáveis que não somente o dispositivo constitucional ou legal”¹⁷⁹.

Como exemplo diz não haver diferença entre normas de direitos sociais e de direitos de liberdade, sendo que a menor efetividade (o autor usa *eficácia*) daquelas em relação a estas se dá porque “boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais para uma produção (quase) plena dos efeitos das liberdades públicas já existe, enquanto as reais condições para o exercício dos direitos sociais ainda têm que ser criadas”¹⁸⁰.

Sem embargo, quando se utilizar o termo efetividade estar-se-á referindo à eficácia social. Afinal, “uma Constituição é efetiva quando realmente rege a vida do Estado que ela organiza. Em outras palavras, para que ela seja efetiva, necessário se torna que ela seja aplicada, toda a vez que for o caso, na vida desse Estado”¹⁸¹.

Os direitos sociais, embora reconhecida sua fundamentalidade, em regra, carecem de efetividade, pois são considerados inexecutáveis, em razão do elevado custo de sua concretização. Norberto Bobbio chama a atenção para o fato de que “quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições”¹⁸².

Conclui o jurista italiano que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹⁸³.

Buscando dar efetividade aos direitos fundamentais, incluindo os sociais¹⁸⁴, a Constituição prevê a aplicabilidade imediata desses direitos (art. 5º, § 1º), não deixando dúvidas da intenção do Constituinte de “evitar a dissociação entre o texto constitu-

¹⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, cit., p. 31.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 229.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 241.

¹⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 377.

¹⁸² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, cit., p. 24.

¹⁸³ Ibidem, mesma página.

¹⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 339, n. 38; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., pp. 262-263.

cional e a sua implementação”¹⁸⁵.

2.6.1 Aplicabilidade imediata das normas garantidoras de direitos fundamentais

Para Ferreira Filho, quando a Constituição prevê a aplicabilidade de normas incompletas, “ela está ‘delegando’ ao aplicador a complementação do que não está definido, ou suficientemente definido”¹⁸⁶. Entretanto, ainda que elogie a vontade do constituinte em dar efetividade aos direitos fundamentais, ressalva que as normas para serem aplicadas devem ser completas:

Vislumbrou o legislador constituinte uma possibilidade de tornar efetivos os direitos consagrados na Constituição de 1988. Para tanto dispôs que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Louve-se a intenção dos constituintes, qual seja a de tentar impedir que os direitos não permaneçam como letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade. Contudo, o caminho escolhido não é suficiente em si para atender o objetivo colimado.

É lição da doutrina clássica, totalmente aceita, a de que nem toda norma constitucional é suscetível de aplicação imediata.

Donde se pode perfeitamente inferir que uma norma constitucional, mesmo definidora de direitos ou garantias fundamentais, somente pode ser aplicada se for completa¹⁸⁷.

Conclui o constitucionalista do Largo de São Francisco que “somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia”¹⁸⁸.

Em relação aos direitos sociais, José Afonso da Silva lembra que o mencionado dispositivo não resolve todas as questões, “porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos”¹⁸⁹.

¹⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 339.

¹⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 390.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 314-315.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 315. Gomes Canotilho, referindo-se ao art. 18/1 da Constituição portuguesa, que se aplica apenas aos direitos, liberdades e garantias, destaca que a “aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*”. Cf.: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 438.

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 165.

Ensina Gilmar Ferreira Mendes que “a ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”¹⁹⁰, o que leva Elival da Silva Ramos a falar em presunção de eficácia plena das normas garantidoras de direitos fundamentais, “*de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada*”¹⁹¹.

No que tange especificamente aos direitos fundamentais *prestacionais*, o quanto de eficácia terá cada um desses direitos dependerá “sempre de sua forma de positividade no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto”¹⁹². Com efeito, o princípio da aplicabilidade imediata não é suficiente por si só para dar efetividade aos direitos fundamentais, principalmente quando se trata de direitos de créditos, os quais

só podem receber satisfação depois da instalação de um aparelho destinado a responder às exigências dos particulares. O *serviço público* é, portanto, para a satisfação de tais poderes, o procedimento mais normal. Enquanto o serviço não for criado, enquanto o Estado não reunir os meios necessários para cumprir sua obrigação, o direito do credor não poderá exercer-se¹⁹³.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Por isso, juntamente com as normas configuradoras do Estado social e as normas dos direitos sociais, a ordem constitucional social impõe ao Estado a implementação de diversas políticas sociais e econômicas, visando ao cumprimento dos referidos dispositivos¹⁹⁴, “políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positividade”¹⁹⁵.

3.1. A atuação do Estado na implementação das políticas públicas

O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 468.

¹⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 339.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 281.

¹⁹³ RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*, cit., p. 113.

¹⁹⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas*, cit., p. 55.

¹⁹⁵ FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira”. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, cit., p. 105.

as circunstâncias, as chamadas “políticas públicas” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos¹⁹⁶.

3.1.1. Lei

Inobstante as políticas públicas poderem estar parcial ou inteiramente constitucionalizadas, elas demandam algum nível de concretização legislativa¹⁹⁷. Nesse contexto, leis são entendidas “as normas primárias produzidas no nível legislativo, diretamente vinculadas às normas constitucionais e vinculantes das normas regulamentares”¹⁹⁸.

Isso porque, segundo ensina o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, acompanhando Carré de Malberg, “em razão do princípio da legalidade os órgãos estatais não só devem ‘abster-se de atuar *contra legem* mas estão adstritos a não agir senão *secundum legem*’. Não cabe decisão individual que não seja conforme a uma prescrição legal”¹⁹⁹. E “nos regimes democráticos sob princípio republicano, a responsabilidade da elaboração da lei cabe aos representantes do povo constituídos no Poder Legislativo”²⁰⁰.

Convém destacar, no entanto, que se inicialmente a lei, considerada produto da razão, decorrente da vontade geral (identificada com a vontade do órgão legislador), era considerada sagrada, de modo a afastar qualquer debate sobre a possibilidade de ser injusta²⁰¹, com a universalização do sufrágio, que “forçou os políticos e estadistas a sopesarem a influência das massas e a dar atenção aos seus reclamos”²⁰², ela deixou de ser um mecanismo de limitação do poder para ser um instrumento da vontade política da maioria de ocasião, ou seja, passou a ser um instrumento do poder ao invés de seu limitador²⁰³.

¹⁹⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 68.

¹⁹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 36.

¹⁹⁸ BARROS, Sérgio Resende. *Noções Sobre Espécies Normativas*. Disponível em: www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=60. Acesso em 14/08/2005.

¹⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, cit., p. 24.

²⁰⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 234.

²⁰¹ FERREIRA FILHO. *Do Processo Legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 76-77. Conforme Louis Favoreu, “a partir da Revolução de 1789, ao longo do século XIX e início do século XX, o dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs e raramente foi posto em dúvida”. In: *As Cortes Constitucionais*, cit., p. 20.

²⁰² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 292.

²⁰³ Idem. *Do Processo Legislativo*, cit., pp. 79 e ss.

Além disso, o aumento da complexidade das relações sociais juntamente com as novas concepções sobre a finalidade do Estado, seja o Estado social interventor, seja o Estado neoliberal regulamentador, ocasionou uma multiplicação de leis, cuja produção se dá cada vez em menos tempo:

A lei é hoje onipresente. Não há campo da atividade humana, não há setor da vida humana, onde não esteja o governo a ditar regras. (...)

Contudo, essa multiplicação é, antes de mais nada, fruto de sua transitoriedade...

Em vez de esperar a maturação da regra para promulgá-la, o legislador edita-a para, da prática, extrair a lição sobre seus defeitos ou inconvenientes. Daí decorre que quanto mais numerosas são as leis tanto maior numero de outras exigem para completá-las, explicá-las, remendá-las, consertá-las... Feitas às pressas para atender a contingência de momento trazem essas leis o estigma da leviandade²⁰⁴.

Ligada à crise legislativa, está a crise dos Parlamentos, que têm se mostrado desacreditados por sua ineficiência enquanto legisladores, pois “não dão conta das ‘necessidades’ legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem, a tempo e a hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam”²⁰⁵.

Nem estão os Parlamentos, por sua própria organização, em condições de desempenhar, lentamente mas a contento, a função legislativa. O modo de escolha de seus membros torna-os pouco frequentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldade em encontrar porta-vozes eloquentes, o bem comum nem sempre os acha²⁰⁶.

Entretanto, deve-se ressaltar que, “apesar dessa evolução negativa, o princípio da legalidade subsiste e é a cúpula do sistema jurídico dos Estados de derivação liberal, como o Brasil”²⁰⁷.

3.1.2. Ato administrativo

Com o advento da Idade Contemporânea e com as Declarações de Direi-

²⁰⁴ Ibidem, p. 13. No mesmo sentido Giovanni Sartori chama a atenção para o fato de que “leis em excesso e pobres de qualidade não só desacreditam a lei mas também solapam o que construíram os nossos antepassados, uma lei relativamente estável e espontânea do país, comum a todos, e baseada nos preceitos de aplicação geral”, advertindo ainda que: “A fabricação em massa de leis termina também por ameaçar o outro requisito fundamental da lei: a certeza”. In: *Teoria Democrática*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965, p. 326.

²⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, cit., p. 14.

²⁰⁶ Ibidem, p. 15.

²⁰⁷ Idem. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., p. 109.

tos, o Estado passou a estar adstrito ao princípio da legalidade, em que seus atos devem estar de acordo com o que diz a lei. O Estado deve fazer tudo o que a lei manda e somente pode fazer (ou não) aquilo que a lei lhe permite. Não sendo permitido à autoridade “ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade”²⁰⁸.

A Administração Pública realiza suas atividades por meio de atos administrativos, que Edmir Netto de Araújo conceitua como

a declaração de vontade do Estado, nessa qualidade, exteriorizada por agente competente e no exercício de suas funções, visando a produção de efeitos jurídicos conformes ao interesse público, com ela objetivados, determinados ou admitidos pelo ordenamento jurídico, em matéria administrativa²⁰⁹.

Por serem determinados ou admitidos pelo ordenamento, os atos administrativos são sujeitos a controle externo por parte do Poder Judiciário, o que inclusive faz parte das definições de ato administrativo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹⁰ e de Celso Antônio Bandeira de Mello²¹¹.

O controle judicial da Administração encontra fundamento no princípio da *inafastabilidade* da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (CF-88, art. 5º, XXXV). Cabe ao Poder Judiciário a decisão, quando provocado, acerca da legalidade do ato praticado pelo agente público, adotando o constituinte uma jurisdição una, em detrimento de uma jurisdição administrativa, nos moldes do direito francês.

Os atos administrativos quanto ao seu regramento podem ser discricionários ou vinculados.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedirlos, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os atos que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 196.

²⁰⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 450-451.

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 181.

²¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 378.

conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*²¹².

3.1.3. Serviço público

O último instrumento por meio do qual se dá a implementação de políticas públicas é a prestação estatal de um serviço público. “Política pública e serviço público estão interligados, não podem ser separados, sob pena de esvaziarmos o seu significado”²¹³.

No Direito Administrativo, há grande divergência sobre o que vem a ser serviço público, alguns autores, entre eles Edmir Netto de Araújo²¹⁴, adotam um conceito amplo, entendendo serviço público como toda e qualquer atividade exercida pelo Estado (seja ela administrativa, legislativa ou judiciária). Outros, por sua vez, adotam um conceito estrito, excluindo os serviços judiciário e legislativo.

Bandeira de Mello restringe ainda mais a definição, considerando serviço público somente aqueles passíveis de fruição *uti singuli*, excluindo portanto os de fruição *uti universi*, ou seja, aqueles usufruídos indiretamente pelo administrado, como por exemplo a segurança pública.

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível (*sic*) singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo²¹⁵.

Em relação ao objeto do serviço público, Di Pietro o divide em três espécies: administrativos, comerciais ou industriais e sociais, definindo estes últimos como sendo os que atendem a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, embora permitam a atuação da iniciativa privada, objetivando atender aos direitos funda-

²¹² Ibidem, p. 422.

²¹³ BERCOVICI, Gilberto. “Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 151.

²¹⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 98-101.

²¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 659.

mentais sociais do homem²¹⁶.

Alguns desses serviços públicos sociais encontram-se prescritos na Constituição Federal, que, além de garantir alguns direitos sociais, estabeleceu diretrizes pelas quais o efetivo exercício de direitos como a educação e os ligados à seguridade social deve ser assegurado. Com isso ocorre uma “judicialização” das *políticas públicas*²¹⁷, as quais passaram, por isso, a se submeter ao crivo jurisdicional²¹⁸, resultando em uma sobrecarga no sistema da justiça²¹⁹, fazendo-se necessária uma conceituação jurídica do termo.

3.2. O conceito jurídico de políticas públicas

Como observa Maria Paula Dallari Bucci: “A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”²²⁰.

No entanto, quando se tenta tal compreensão surge o problema de encontrar parâmetros jurídicos para sua definição, uma vez que sua designação traz algo, em tese, estranho ao direito, *políticas*, propiciando uma grande divergência doutrinária acerca de seu conceito.

Nesse sentido, podem-se exemplificar os pensamentos de Eros Roberto Grau, para quem as políticas públicas são todas as atuações do Estado; de Maria Paula Dallari Bucci, para quem, seriam o programa dessas atuações e por fim de Sérgio Resende de Barros, que as considera as diretrizes destes programas.

3.2.1. Política pública como atuação estatal

Para Eros Grau o modo de produção capitalista pressupõe a separação entre estado e sociedade, de tal forma que toda a atuação do Estado é uma intervenção na ordem social, que se dá por meio de políticas públicas, cuja expressão designa “todas as

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pp. 98-99.

²¹⁷ A respeito do tema, Maria Tereza Sadek observa que “em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial. Dessa forma, o Poder Judiciário constituiu-se em um ator com capacidade de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução”. In: “Judiciário e arena pública”, cit., p. 15.

²¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, cit., p. 22.

²¹⁹ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 55.

²²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas*, cit., p. 3.

atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como *uma política pública* – o direito é também, ele próprio, uma *política pública*²²¹.

Por entender que a expressão *políticas públicas* é bastante abrangente, incluindo as atividades da Administração Pública de intervenção na economia e as atividades de entes privados no desempenho de funções públicas, Eduardo Appio prefere usar a expressão “políticas sociais”, presente no art. 196 da Constituição, que seria menos abrangente do que aquela²²².

3.2.2. *Política pública como ação governamental*

Para Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento (*sic*) dos resultados²²³.

Em monografia sobre a relação entre *políticas públicas* e *direito administrativo*, a autora busca aproximar este daquelas, para que a Administração Pública seja reorganizada em função da implementação daquelas, a fim de que sua realização se dê de acordo com os princípios da Administração, de modo a criar parâmetros para a participação dos destinatários em sua elaboração e implementação e para o controle judicial²²⁴.

No mesmo sentido, Luíza Cristina Fonseca Frischeisen entende políticas públicas como o “conjunto de ações que o Poder Público realiza, visando o efetivo exercí-

²²¹ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26.

²²² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 151, n. 265.

²²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito”, cit., p. 39.

²²⁴ Idem. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 241-278.

cio da igualdade, base de toda a ordem social”. Igualdade cujas condições precisam ser produzidas pelo Estado, o que se dá por meio das políticas públicas²²⁵.

Bandeira de Mello, por sua vez, entende que as políticas públicas não são os projetos (ou conjunto de projetos), mas sim o conjunto de atos que empreende ou prossegue um projeto já dado. Para ele: “*Política pública* é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”²²⁶.

Régis de Oliveira, por seu turno, une esses dois elementos, definindo políticas públicas como os “atos e ações imprescindíveis para a prestação de serviços públicos”, ou melhor, a tomada de providências para a realização dos direitos²²⁷.

3.2.3. *Política pública como diretrizes*

Se para Bucci *políticas públicas* são um projeto e para Bandeira de Mello o conjunto de atos deste projeto, para Sérgio Resende, “são **diretrizes** de programas e de condutas, sem excluir delas os programas e as condutas por elas dirigidos”²²⁸. Para o autor:

Direito constitucional é direito político. A Constituição fixa em formas políticas substâncias diversas. Estabelece políticas, entre as quais sobressaem as **políticas públicas**, que são diretrizes de interesse público **primário** que abrangem para determinar programas de ação para os governantes, ao mesmo tempo que indicam linhas de conduta para os governados, com vistas a ordenar e coordenar a realização de fins políticos e econômicos, sociais e culturais, relevantes para plenificar o Estado Democrático de Direito. As políticas públicas **visam planificar para plenificar**. Se verdadeiras, buscam superar por uma democracia substancial, econômica, a democracia puramente formal, eleitoral²²⁹.

Patrícia Helena Massa-Arzabe segue o mesmo entendimento quando afirma que “uma só ação governamental não constitui política pública. Do mesmo modo, um único programa não chega a caracterizar uma política pública, sendo preciso o conjunto articulado de programas operando para a realização de um objetivo, como partes de um

²²⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas*, cit., p. 58.

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 802.

²²⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., pp. 249-251.

²²⁸ BARROS, Sérgio Resende. *As Políticas Públicas e o Poder Judiciário*. Aula ministrada no Curso de Mestrado da Escola Paulista de Direito – EPD no dia 4 de agosto de 2007.

²²⁹ Idem. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*, cit., p. 246.

todo”²³⁰.

A longa exposição de diversos conceitos pretende mostrar a dificuldade de se compreender a feição jurídica das *políticas públicas* e as implicações para seu controle judicial.

3.3. Políticas públicas e normas programáticas

Acompanha-se aqui o entendimento de Sérgio Resende, tendo em vista que as políticas públicas constitucionalizadas, na maioria das vezes, vêm traçadas por meio de normas programáticas, como se dá, por exemplo, no caso do Sistema Único de Saúde, em que o art. 198 estabelece três grandes diretrizes para sua organização: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade, deixando o restante para o campo da competição política²³¹.

Em virtude da relação entre as normas programáticas e as políticas públicas, os autores que não reconhecem a normatividade daquelas, consequentemente, também não reconhecem a vinculação do legislador e do administrador à implementação destas.

Porém, uma vez previstas na Constituição, deve-se reconhecer a imperatividade dessas normas, concluindo-se, em conformidade com o conceito anteriormente exposto²³², que as normas programáticas condicionam não só o legislador futuro, mas também a administração e a jurisdição, “cujos atos hão de respeitar os princípios nelas consagrados”²³³.

3.4. Políticas públicas e democracia

Marta Rodrigues aponta o seguinte processo de formação das políticas públicas: primeiro ocorre a *preparação da decisão política*, ou seja, a partir do reconhecimento da existência de um determinado problema, analisa-se a necessidade e a forma de envolvimento governamental, levando à *formação da agenda*, isto é, a escolha daquilo que será priorizado pela ação estatal, transformando aquele *problema* em uma *questão política*,

²³⁰ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. “Dimensão jurídica das políticas públicas”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas*, cit., p. 62. No mesmo sentido: VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 67.

²³¹ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 60.

²³² Ver item 2.5.1. Normas de direitos sociais como normas programáticas, pp. 26-27.

²³³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 158.

resultando no desenho de políticas ou programas a serem implementados.

Uma vez feita essa escolha, passa-se à *formulação*, ou seja, à apresentação e análise de propostas de solução, com a definição dos objetivos e marcos jurídico, administrativo e financeiro. A fase seguinte é a *implementação*, que é a aplicação da política pública pela Administração, a partir da “indicação de qual seja aquela que produz a otimização de esforços e/ou benefícios tendo em conta os recursos disponíveis e mesmo as iniciativas já em andamento”²³⁴. No decorrer, há um *monitoramento* e, por fim, uma avaliação dos resultados alcançados e dos efeitos produzidos pelas políticas públicas²³⁵.

Como se vê, ainda que o *reconhecimento do problema* e a *análise* das várias possibilidades de ação sejam orientadas por conhecimentos técnicos (de áreas muito diversas), as políticas públicas pressupõem uma decisão sobre a *formação da agenda* e a *escolha* da medida a ser implementada. Essas são decisões e ações políticas, revestidas da autoridade soberana do poder público²³⁶, razão pela qual se faz necessária a participação de todos os cidadãos.

Nesse sentido é a antiga lição de Protágoras no seu diálogo com Sócrates, o que, em certa medida, está presente também na máxima romana *quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari*:

Quando se trata de problemas relativos à virtude da arte de construção, ou de qualquer outra profissão mecânica, somente poucos podem participar de suas deliberações, e se alguém, estranho a esse pequeno número, se aventura a emitir opinião, não o toleram, como disseste, e, com razão, segundo penso. Quando, porém, vão deliberar sobre a virtude política, em que tudo se processa apenas em função da justiça e da temperança, é muito natural que admitam todos os cidadãos, por ser de necessidade que todos participem dessa virtude, sem a qual nenhuma cidade poderia subsistir²³⁷.

Hodiernamente, é ainda mais necessária essa participação, pois, afinal, “governar, nesse contexto, é desgastar-se, contrariar interesses, errar, fracassar, corromper-se. Por isso, mais do que qualquer outra, a função de governo moderna vem onerada com a

²³⁴ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 41.

²³⁵ RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010, pp. 46-52.

²³⁶ Ibidem, p. 14.

²³⁷ PLATÃO. *Diálogos: Protágoras, Górgias, Fédro*. 2ª ed. Belém: EDUFPA, 2002, 323a, p. 67.

necessidade de responsabilidade política”²³⁸.

Entretanto, ao mesmo tempo em que as políticas públicas exigem que essas decisões sejam democráticas, elas requerem um planejamento, uma programação, que nem sempre se mostra compatível com um sistema democrático, como destaca Giacomo Gavazzi:

Admitindo-se que a democracia não seja incompatível com a programação, resta saber se a programação pode ser compatível com a democracia. Evidentemente, não se trata de um jogo de palavras: democracia implica, segundo Kelsen, a permanente possibilidade de rever decisões; a programação, porém, implica durabilidade, mesmo que relativa, das decisões do programa. Em outras palavras, a programação comporta um elemento de relativa inelasticidade, que parece mais conforme com um sistema autocrático-burocrático do que com um sistema democrático²³⁹.

Por outro lado, Pontes de Miranda ressalta que para a planificação ser bem concebida e executada é necessário que ela obedeça a *fins* precisos e que haja responsabilização dos planejadores e executores²⁴⁰, o que acontece mais facilmente numa democracia do que numa autocracia, dadas a falta de freios da crítica e a ausência ou dificuldade de responsabilização dos governantes²⁴¹. Esse também é o pensamento de Vanice do Valle, para quem “onde não se tem democracia, é reduzido o espaço para discussão em relação a um instrumento de direcionamento da ação do poder, como são as políticas públicas”²⁴².

Nesse contexto, se as políticas públicas exigem planejamento, o orçamento público – não somente a lei orçamentária, mas todo o processo de elaboração, proposta e execução²⁴³ – assume uma função bastante importante na condução delas, tornan-

²³⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*, cit., p. 65. Ensina Robert Dahl que “uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”. In: *Poliarquia. Participação e Oposição*. São Paulo: EDUSP, 1997, p. 25.

²³⁹ GAVAZZI, Giacomo. “Introdução”. In: KELSEN, Hans. *A Democracia*, cit., p. 14, n. 32 na p. 362.

²⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, cit., p. 296-298.

²⁴¹ Ibidem, p. 267. Amartya Sen realça que “Com grande frequência, a insegurança econômica pode relacionar-se à ausência de direitos e liberdades democráticas”. Para o economista, os governantes democráticos, por precisarem vencer eleições e enfrentarem críticas públicas, tomam medidas preventivas contra fomes coletivas e outras calamidades econômicas. Cf.: *Desenvolvimento como Liberdade*, cit., p. 30.

²⁴² VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 34.

²⁴³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 182.

do-se “um instrumento fundamental no planejamento e na programação da atividade econômica do Governo”²⁴⁴.

Nesse sentido, Regis Fernandes de Oliveira destaca que:

A efetivação dos direitos fundamentais e democráticos pressupõe a escolha dos instrumentos e a liberação de verbas para o atendimento e realização das políticas públicas. O atendimento dos interesses básicos da sociedade pressupõe a tomada de uma decisão política do gasto. Este é, essencialmente, uma deliberação política, isto é, fundada na conveniência e oportunidade do interesse público. Como os recursos são finitos, a arte de bem administrar pressupõe a boa decisão na escolha²⁴⁵.

As políticas públicas, em razão de sua natureza e pela relevância dos valores que veicula “pressupõem por parte do Poder Público um planejamento detalhado e uma implementação oportuna e eficiente”²⁴⁶.

Eficiência, inclusive, é um dos princípios impostos pela Constituição à Administração Pública (art. 37, *caput*), sujeitando-a assim a um controle de qualidade: “A saber, não é só gastar os recursos; deve gastá-los bem e de forma apropriada, tendo em vista sempre os interesses públicos inseridos na Constituição”²⁴⁷.

Para Luciano Benetti Timm, eficiência seria maximizar os rendimentos, obtendo melhores resultados com o menor desperdício de recursos públicos possíveis, o que se daria com “políticas públicas sociais e assistenciais dentro das orientações das melhores práticas administrativas e econômicas a fim de dotar o gasto de maior eficiência (ou seja, evitando o desperdício), atingindo um maior número de pessoas necessitadas”²⁴⁸.

No entanto, a Administração Pública, pauta-se também por outros princípios, razão pela qual é necessária uma análise sistemática e teleológica da Constituição, deste modo, o princípio da eficiência não pode ser analisado exclusivamente sob a ótica da economia, o que se dá pelo fato de ter sido a economia do bem-estar e das políticas públi-

²⁴⁴ CONTI, José Maurício. *A Autonomia Financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP, 2006, p. 57.

²⁴⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 253.

²⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, cit., p. 786.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 273.

²⁴⁸ TIMM, Luciano Benetti. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais?”, cit., p. 67.

cas por muito tempo dominada pelo utilitarismo de Jeremy Bentham²⁴⁹.

Segundo lição de Odete Medauar, acompanhando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a *eficiência administrativa* se traduz ‘como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados, com os menores custos para a sociedade’”, conclui dizendo que “eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão”²⁵⁰.

É claro que se deve ter eficiência “econômica” nos gastos públicos e que os resultados devem ser buscados com o menor custo possível para a Administração, mas este não pode ser o único critério a pautar a implementação de uma política pública, pois a eficiência desta consiste em alcançar os resultados nela objetivados, observando-se todos os princípios da Administração, e não simplesmente de ter o menor custo.

Vale lembrar que toda política pública está diretamente amarrada aos princípios estruturantes da Administração Pública (...). Como as políticas públicas existem em função de objetivos que devem ser concretizados, a avaliação de seu procedimento e dos resultados que vai alcançando devem ser pautados pelo exame da eficiência. O critério da eficiência aqui não tem a ver tanto com a otimização do uso dos recursos financeiros quanto com a satisfação o mais aproximada possível das metas traçadas, obedecidos os princípios e as diretrizes previamente estabelecidos²⁵¹.

Se do ponto de vista econômico, a eficiência se dá pela relação entre custo e benefício, sendo mais eficiente quanto menor a relação custo/benefício, do ponto de vista jurídico, a eficiência (efetividade) se dá com o cumprimento da regra jurídica, nesse sentido uma norma será mais eficiente quanto mais for observada na e pela sociedade²⁵².

Por isso, no caso da competência atribuída concorrentemente pela Constituição aos diversos entes federativos para a prestação de serviços públicos, a professora Fernanda Dias Menezes de Almeida realça a importância de colaboração entre todos eles, a fim de evitar dispersão de esforços, defendendo para isso que a Lei que disciplinar a prestação desses serviços especifique a competência de cada um dos entes federativos.

²⁴⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*, cit., p. 84.

²⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 73.

²⁵¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. “Dimensão jurídica das políticas públicas”, cit., p. 69.

²⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*, cit., p. 269.

De fato, isto é muito importante para que, levando-se em conta as reais possibilidades administrativas e orçamentárias dos diversos parceiros, não se atribua a algum deles, em nome de uma responsabilidade solidária, tarefa que não possa cumprir. Assim é que – tomando-se por hipótese os serviços de saúde – atentaria contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade exigir-se de um Município sem recursos técnicos e financeiros suficientes o fornecimento à população de remédios ou tratamento médico cujo alto custo e alta complexidade estejam além da reserva do possível²⁵³.

Marta Maria Assumpção Rodrigues afirma “que a *eficácia* das políticas públicas depende do grau de *eficiência* da gestão – o que, por sua vez, implica não apenas a qualidade dos gestores para exercer seu ofício público, mas também um ambiente de atuação que favoreça a governança democrática e a responsabilização política (*accountability*)”²⁵⁴.

Em regra, pode-se dizer que cabe ao Poder Legislativo ou ao Governo, a partir da identificação de um problema, estabelecer a ordem de prioridades, formulando e escolhendo as políticas públicas a serem concretizadas pela Administração mediante a prestação de serviços públicos essenciais.

Por isso, a implementação, formulação ou escolha de políticas públicas não pode (ou não deve) ocorrer no âmbito do Judiciário, que não pode fazer o planejamento da ação do Estado, o qual é a base das políticas públicas, sendo necessário porque “permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas”²⁵⁵.

Não obstante a competência do Poder Legislativo para decidir sobre as políticas públicas, Bucci entende que “o mais adequado seria a realização das políticas pelo Executivo, por sua própria iniciativa, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo”²⁵⁶, o que poderia gerar um problema na relação entre os Poderes Executivo e Legislativo, dado o presidencialismo adotado no país.

Compete aos representantes do povo, isto é, ao Poder Legislativo e à direção política do governo a decisão sobre as políticas públicas. À Administração compete

²⁵³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 118.

²⁵⁴ RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas Públicas*, cit., p. 24.

²⁵⁵ TIMM, Luciano Benetti. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais”, cit., p. 64.

²⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 271.

a sua execução. Entretanto, o fato de ser a política pública um “quadro normativo de ação” informado por “elementos de poder público, elementos de *expertise* e elementos que tendem a constituir uma ordem local” – todos da órbita do aparelho burocrático –, faz com que a Administração desempenhe um papel relevante na análise e na elaboração dos pressupostos que dão base à política pública²⁵⁷.

Esse fator técnico, exigido pelas novas tarefas assumidas pelo Estado, impulsionou o crescimento do Executivo, transformando-o em poder governamental nas Constituições do pós Segunda Guerra Mundial, como a italiana (art. 92), a alemã (art. 62) e a francesa (arts. 20 e 21)²⁵⁸. “Com efeito, a condução de uma política econômica reclama decisões prontas, sigilosas o mais das vezes, que nunca um Parlamento poderia ou conseguiria tomar”²⁵⁹.

Daí a importância que a Presidência da República tem assumido na condução da política no país, exercendo, inclusive por meio de Medidas Provisórias²⁶⁰, uma espécie de legislação governamental, um “‘fenômeno geral e irreversível’ nos ordenamentos jurídicos contemporâneos”²⁶¹. Nesse sentido, Odete Medauar nota que:

Em geral, quer no parlamentarismo, quer no presidencialismo, o Executivo detém a hegemonia entre os três poderes e domina a máquina governamental. Em decorrência, embora o ordenamento discipline atuações de controle do Legislativo sobre o Executivo, inexistente interesse político na realização concreta e eficaz da vigilância, para não desagradar o detentor do Poder Executivo²⁶².

O que leva Nelson Saldanha a advertir que a generalizada ampliação do *Poder Executivo* coloca em crise o conceito clássico da *separação dos poderes*, e com ele a própria noção de *Estado de Direito*²⁶³, nesse cenário, é nítida “a necessidade de uma coor-

²⁵⁷ Ibidem, p. 249. Nesse sentido, Marta Maria Assumpção Rodrigues destaca os gestores como os principais atores das políticas públicas, sendo responsáveis pelo diagnóstico das demandas e necessidades sociais, pelo planejamento dos meios, instrumentos e recursos adequados ao atendimento dos fins pretendidos. Cf.: *Políticas Públicas*, cit., p. 23.

²⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, cit., pp. 123-124.

²⁵⁹ Idem. *A Democracia no Limiar do Século XXI*, cit., p. 122.

²⁶⁰ É o caso, por exemplo, da MP nº 213/2004, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos – PROUNI, questionável, no mínimo, em relação a sua urgência, ainda que na exposição de motivos mencione-se Projeto de Lei apresentado ao Congresso Nacional quatro meses antes com pedido de urgência, que foi retirado dois meses depois, em razão da necessidade de se aprovar a LDO.

²⁶¹ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, cit., p. 65.

²⁶² MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 97.

²⁶³ SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, cit., p. 68.

denação entre Executivo e Legislativo para o desempenho das atividades exigidas do Estado contemporâneo”²⁶⁴. Daí a importância da sugestão de José Levi Amaral de que:

Estabilizada a representação partidária, deve-se repensar o sistema de Governo, para que o Governo decorra da maioria parlamentar, e não o contrário. É preciso inverter a equação da democracia brasileira, ou seja, fazer com que o Governo decorra da maioria parlamentar para que ambos sejam, desde logo, responsáveis pelas políticas públicas²⁶⁵.

Outra interessante alternativa seria o Executivo dualista francês, ou seja, a divisão entre dois órgãos, um Chefe de Estado (o Presidente da República) e um Governo (Executivo parlamentar)²⁶⁶, sendo este chefiado pelo Primeiro Ministro e composto por outros membros (Ministros de Estado, Secretários de Estado) nomeados pelo Presidente da República. Ao Governo é conferido o poder de conduzir e de determinar a política da Nação, sendo responsável politicamente perante o Parlamento, de forma colegiada, e penalmente, a título individual, pelos crimes ou delitos cometidos no exercício de suas funções²⁶⁷.

3.5. Políticas públicas e discricionariedade

Bandeira de Mello ensina que “quando [a Constituição] dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”²⁶⁸, pretendendo, portanto, vincular os órgãos dos Poderes Públicos: o Legislativo fica desde já proibido de criar leis contrárias a tais direitos e obrigado a adotar medidas necessárias à concretização desses direitos, que deverão ser executadas pelo Poder Executivo. E ao Poder Judiciário é vedado prejudicar a fruição de tais direitos²⁶⁹.

A estatuição de princípios e diretrizes em textos normativos tem a evidente finalidade de vinculação dos órgãos dos poderes públicos à sua observância, assim

²⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Limiar do Século XXI*, cit., p. 122.

²⁶⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: A Constituição foi capaz de limitar o poder?”. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 134.

²⁶⁶ FAVOREU, Louis et al. *Droit Constitutionnel*, cit., p. 635.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 688-693.

²⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 12.

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 160.

como a vinculação de sua atuação aos órgãos e instâncias controladoras, com a incorporação destes princípios e diretrizes nas ações e burocracias estatais, de sorte que os objetivos visados pelas políticas sociais possam se concretizar.

Nesse sentido, não há margem para juízo de discricionariedade ao Poder Público. A positivação das metas e dos caminhos para sua consecução constitui, aliás, procedimento que, antes ausente no ordenamento, vem reduzir drasticamente o campo de discricionariedade da Administração, com razão ainda maior em virtude de tais políticas voltarem-se à realização de direitos sociais, imprescindíveis à dignidade de cada pessoa em sociedade²⁷⁰.

3.5.1. *Discricionariedade administrativa*

Levando-se em conta que a Administração Pública deve nortear sua atuação com base no princípio da legalidade, a discricionariedade administrativa “diz respeito à possibilidade de escolha de uma solução dentre duas ou mais aceitas pelo ordenamento ou escolha entre agir e não agir ou escolha do momento de agir”²⁷¹. No mesmo sentido, Bandeira de Mello entende que discricionariedade como *liberdade* só pode se dar nos limites da lei, definindo aquela como

a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal²⁷².

A discricionariedade do administrador pode se justificar por um critério jurídico e um prático²⁷³. Sob o ponto de vista jurídico, a discricionariedade se justifica pelo escalonamento de normas, da teoria kelseniana, em que uma norma encontra seu fundamento de validade numa norma imediatamente superior, que não pode determinar aquela de modo preciso. Ensina Régis de Oliveira que:

Todo ato constitui a concretização de um outro, de grau superior. A evolução por graus apenas se efetua com ajuntamento de novos elementos que o ato superior não determina de modo perfeito. Assim, o ato que se pratica acrescenta, necessariamente, novos elementos, sem a efetivação dos quais a norma seria imprecisa e

²⁷⁰ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. “Dimensão jurídica das políticas públicas”, cit., p. 66.

²⁷¹ MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 209.

²⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 424. Segundo García de Enterría, “No hay, por tanto, discrecionalidad en ausencia o al margen de la Ley”. In: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. 5ª ed. Navarra: Thomson Civitas, 2000, p. 155.

²⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 197.

impossível. A determinação de tais novos elementos se efetua com o uso de uma liberdade, que é denominada poder discricionário²⁷⁴.

A justificação prática se deve à impossibilidade material e lógica de o legislador prever todas as situações possíveis de atuação dos agentes públicos, que, se acontecesse, implicaria um automatismo das ações dos administradores, que fariam senão rigorosamente o que as normas preestabelecessem, ocasionando a supressão do órgão executivo, que apenas cumpriria as ordens originadas, concretamente, do Poder Legislativo²⁷⁵.

O primeiro aspecto referente à discricionariedade diz respeito ao momento em que a Administração deve agir visando à consecução de um determinado fim. Nesse caso, só haverá discricionariedade se a lei não estabelecer nada a respeito²⁷⁶. No caso de normas constitucionais, menos ainda há que se falar em discricionariedade do administrador.

As relações de direito constitucional são relações de poderes entre si e entre estes e sujeitos privados (indivíduos, grupos etc.), estabelecendo direitos, obrigações e deveres de natureza pública, mediante normas que, por princípio, não deixam margem à atuação da vontade dos agentes constitucionais²⁷⁷.

Outra dimensão da discricionariedade concerne ao objeto possível para atingir determinado fim. Somente haverá discricionariedade “quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito”. Por isso pode-se dizer que somente há discricção do agente público em relação aos meios que deverão ser adotados para serem atingidos os objetivos estabelecidos pelas normas instituidoras de direitos públicos subjetivos²⁷⁸.

A escolha desses meios, no entanto, não fica ao alvedrio do administrador, que deve escolher sempre o que melhor atenda o fim das normas, como ensina Bandeira de Mello:

Assim, a discricionariedade existe, por definição, *única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que rea-

²⁷⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 92.

²⁷⁵ Ibidem, pp. 93-94; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 198.

²⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 198.

²⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 71.

²⁷⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 204.

liza superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo²⁷⁹.

Conclui-se, na esteira de Rodolfo de Camargo Mancuso, que “não há, portanto, fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários”²⁸⁰.

Se a Constituição garante aos indivíduos determinados direitos fundamentais sociais ao mesmo tempo em que impõe um dever ao Estado, este deve agir, pois “nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer”²⁸¹.

3.5.2. *Discricionariedade legislativa*

Gomes Canotilho, em sua *Constituição Dirigente*, fala na “imprestabilidade do conceito de discricionariedade administrativa no âmbito da concretização constitucional”²⁸². Para o autor é difícil estabelecer uma relação entre liberdade de conformação do legislador democraticamente legitimado e poder discricionário da Administração²⁸³, cuja tarefa é uma escolha concreta, “é execução da lei – ao passo que a tarefa legislativa é, em grande medida, uma actividade inicial e autónoma de fixação de fins dentro dos quadros materiais da constituição – é qualificação de interesses públicos primários”²⁸⁴.

Por isso, a liberdade de conformação do legislador “não se compadece com uma estreita liberdade executiva, antes dispõe, em virtude da sua base de legitimação, de uma real liberdade de conformação política nos ‘limites’ das normas constitucionais

²⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 428.

²⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, cit., p. 774.

²⁸¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas*, cit., p. 59.

²⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 235.

²⁸³ Ibidem, p. 174.

²⁸⁴ Ibidem, pp. 236-237.

determinantes”²⁸⁵.

O legislador é o órgão “nato e natural” da actividade legiferante destinada a dar aplicação aos preceitos constitucionais. A sua liberdade de actuação seria, deste modo, intrinsecamente mais ampla do que a da administração (que necessita sempre de autorização legal para a sua actividade) e o grau de vinculação material seria qualitativamente inferior (normas constitucionais como normas de competência e não como fundamento positivo da acitvidade legiferante). O carácter “indeterminado” dos preceitos constitucionais e a ausência, nas normas da constituição, de uma clara fixação dos pressupostos do facto ou dos resultados jurídicos, abriria ao legislador um espaço de liberdade dificilmente compatível com a ideia de discricionariiedade subjacente ao pensamento de execução. Todavia, a constituição representaria sempre um “impulso” material primário, justificador da qualificação ou caracterização da actividade legiferante como uma aplicação normativamente vinculada das determinações constitucionais²⁸⁶.

Todavia, ainda que entenda se tratar de uma aporia, o constitucionalista português ressalta que

o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariiedade na não actuação da lei fundamental. Todavia, a constituição não é nem uma reserva total nem um bloco densamente vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujos pressupostos de facto encontram uma normação prévia exaustiva nas normas constitucionais²⁸⁷.

Situação que se agrava em constituições como a portuguesa e a brasileira, que possuem uma detalhada fixação de tarefas e fins do Estado, diminuindo com isso a liberdade de conformação do legislador em comparação a Constituições como a espanhola, francesa e alemã que apenas estabelecem o princípio do Estado social.

O aprofundamento da medida de vinculação jurídica da *liberdade constitutiva* dos actos *de direcção política* conduz ao problema do *controlo* judicial desses mesmos actos, verificando-se que uma significativa parte da doutrina continua a transferir para a concretização das imposições constitucionais a doutrina da *injusticiabilidade* dos *actos de governo*, enquanto outra parte se orienta para uma

²⁸⁵ Ibidem, pp. 220-221.

²⁸⁶ Ibidem, p. 217.

²⁸⁷ Ibidem, p. 63.

estrita vinculação da actividade legiferante, inaugurando a problemática do controlo constitucional da *discrecionariade legislativa* e das *omissões inconstitucionais*²⁸⁸.

Conclui o professor de Coimbra que somente no caso de determinantes heterônomas “comandarem” ou “dirigirem” positivo-materialmente as determinantes autônomas será possível falar em controle dos atos legislativos, o “que diz respeito não apenas à correspondência objectiva entre lei e normas constitucionais, mas também à *adequação teleológica*, isto é, conformidade das leis com os fins expressos na constituição”²⁸⁹.

Referindo-se ao princípio da democracia econômica, social e cultural previsto nos arts. 2º e 9º/d da Constituição portuguesa, Gomes Canotilho ressalta que se trata de “um *mandato constitucional juridicamente vinculativo* que limita a *discrecionariade legislativa* quanto ao ‘se’ da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao *como* da sua concretização (cfr. Ac TC 189/80)”²⁹⁰, não obstante sirva de elemento essencial de interpretação na avaliação da conformidade dos atos do poder público com a Constituição²⁹¹, e constitua um *limite* e um *impulso* ao legislador²⁹².

²⁸⁸ Ibidem, p. 180.

²⁸⁹ Ibidem, p. 264.

²⁹⁰ Idem. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 338.

²⁹¹ Idem. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., p. 341.

²⁹² Ibidem, p. 346.

CAPÍTULO II – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

1. O PODER JUDICIÁRIO

Neste capítulo será analisado o papel do Poder Judiciário na Constituição de 1988, destacando o prestígio de que gozou junto ao Constituinte e a sua relação com os demais poderes na concretização da Constituição no que diz respeito às políticas públicas ligadas aos direitos sociais de cunho *prestacional*.

1.1. O controle de constitucionalidade

O constitucionalismo moderno tem como aspiração uma Constituição escrita que sirva ao mesmo tempo de limite ao poder, impedindo um governo arbitrário, e de garantia aos direitos dos cidadãos contra sua violação por parte do Estado, conforme prescreve o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789¹, e que “continua a ser o conteúdo permanente da Constituição”².

Para isso, no entanto, não basta a Constituição ser escrita, ela tem de ser rígida, no sentido de que suas normas não podem ser modificadas senão pelo órgão a quem a Constituição atribuiu competência para tanto e nos termos e formas por ela previstos³. Essa rigidez decorre justamente “da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal” e dela advém, como principal consequência, a supremacia da Constituição, que “requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”⁴.

Para tornar eficaz esta supremacia, costuma-se atribuir ao Judiciário (ou a uma Corte) o controle da justiça da lei, ou seja, sua conformidade com a Constituição, já que de outra forma não existirá nenhum remédio legal contra sua possível violação⁵, pois, ainda que se possa atribuir esse controle a outros órgãos constitucionais⁶, inclusive de natu-

¹ **Art. 16.** Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

² HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, cit., p. 24.

³ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*, cit., pp. 24-25.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., pp. 45-46.

⁵ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*, cit., p. 25.

⁶ BENDA, Ernest. “El Estado Social de Derecho”, cit., p. 495; BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, cit., pp. 8-9, n. 2. Para Fernando Atria, o reconhecimento da supre-

reza política, a realidade mostra que o critério de apreciação destes órgãos é antes de tudo a conveniência e não de fato a concordância com a Constituição dos atos por eles apreciados⁷, e, “por isso mesmo, a eficácia desses instrumentos de controle, em termos de preservação da supremacia da Constituição, se reduz bastante”⁸.

O controle de constitucionalidade consiste justamente na “*verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição”⁹. Esse controle, contudo, pressupõe uma sanção, pois como bem aponta Gilmar Ferreira Mendes, apoiando-se em Kelsen, “a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica”¹⁰.

Essa sanção foi aplicada pela primeira vez no julgamento do caso *Madison vs. Marbury*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No voto do *Chief Justice* John Marshall restou consignado que uma lei contrária à Constituição é inexistente, írrita, vazia (*invalid and void*), não podendo ser aplicada pelos tribunais¹¹, consolidando assim nas mãos dos juízes *the power of judicial review*, ou seja, a capacidade dos juízes de julgar, de acordo com a Constituição, os atos normativos do Parlamento.

macia da Constituição não diz nada sobre qual é o órgão responsável por aplicá-la. Cf.: “El derecho y la contingencia de lo político”. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26. Chile, 2003, p. 321; No Brasil, Hübner Mendes defende a ideia de que essa supremacia é uma promessa que não se pode cumprir pelo controle de constitucionalidade e que “a revisão judicial não garante a supremacia da Constituição, mas da Corte”. Cf.: *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, cit., pp. 159-160. Porém, o controle exercido por órgãos políticos tem se mostrado de reduzida eficácia, daí a importância do ensinamento de Pontes de Miranda, para quem: “A grande lição dos nossos dias é a de que as Constituições precisam ter aparelho de defesa. Um dos mais eficazes, se não suficientes, necessários, é o da verificação judicial dos atos legislativos e de execução, bem como da própria justiça”. In: *Democracia, Liberdade, Igualdade*, cit., pp. 86-87.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 37.

⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil. Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239. Maior exemplo de ineficácia desse tipo de controle é o “Senado Conservador” francês, que, de existência servil e efêmera, “dobrou-se sempre à vontade de Napoleão, sem jamais desempenhar a função que lhe fora constitucionalmente cometida”. Cf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 300; Ver ainda: ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, cit., p. 49; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., pp. 74-75.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 34.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1003.

¹¹ “Na verdade, a argumentação de Marshall, no célebre caso *Marbury versus Madison*, é irresponsável. Ou a Constituição é a norma suprema do Direito, e, portanto, os atos que a contrariam não valem, são nulos, ou ela não é essa regra superior, não passa de uma lei como outra qualquer e, em consequência, nada limita o Poder que faz a lei, o Legislativo”. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, cit., pp. 34-35. Em outra obra, o professor destaca que a ideia de invalidade dos atos contrários à Constituição já havia sido defendida por Sieyès cinco ou seis anos antes. Cf.: *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 16-17.

Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental¹².

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade possui duas naturezas, ele se divide em controle político (prévio)¹³ e jurisdicional (repressivo). Aquele tende a evitar a produção de atos irregulares, não permitindo que leis ofensivas à Constituição sejam criadas e produzam efeitos – os quais terão de (ou poderão) ser desfeitos no futuro –, o que se mostra de grande relevância para o sistema jurídico, porém, como mencionado, é de baixa eficácia.

Por isso, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade brasileiro é essencialmente jurisdicional-repressivo¹⁴. Esse sistema, adotado desde a primeira República, com forte inspiração no direito constitucional norte-americano, é o “*difuso, por via de exceção*, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente”¹⁵, porém hoje convive paralelamente com diversos elementos do sistema concentrado europeu, tornando nosso sistema bastante complexo e por vezes contraditório¹⁶.

Se a rigidez constitucional é um dos requisitos para a limitação do poder político, a separação de poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político¹⁷.

1.2. A Separação de Poderes

A separação de poderes, como instituto jurídico que tem origem na evolução do constitucionalismo inglês e como fundamento teórico as obras de John Locke

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 297.

¹³ Esse é exercido pelos participantes do processo legislativo e acontece em dois momentos, o primeiro nas Casas Legislativas, quando os projetos são apreciados pelas Comissões de Constituição e Justiça do Senado e da Câmara dos Deputados, as quais são responsáveis por emitir parecer sobre a constitucionalidade daqueles (Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 32, IV, *a*; e do Senado Federal, art. 101, I). O segundo momento se dá com o veto presidencial, que pode ter fundamento político (quando o projeto é contrário ao interesse público) ou jurídico (quando no todo ou em parte inconstitucional) (CF-88, art. 66, §1º).

¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 245.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 50.

¹⁶ Para Louis Favoreu, ao lado dos modelos estadunidense e europeu, existe um modelo sul-americano de controle de constitucionalidade, pois, ainda que os países da América do Sul não tenham características comuns definidas, em matéria de justiça constitucional, eles não escolheram entre o modelo difuso e o concentrado, mas os fizeram coexistir. Cf.: *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 131.

¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964, p. 55.

(*Two Treatises of Civil Government*) e de Montesquieu (*L'Esprit des Lois*)¹⁸, apareceu pela primeira vez em um documento escrito na Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776¹⁹, tornando-se um princípio fundamental da organização política com a Revolução Francesa e a Declaração de 1789.

A doutrina²⁰, contudo, entende que o poder político é uno, indivisível e indelegável, havendo no caso uma divisão de funções estatais, cada uma delas atribuída a diferentes órgãos do Estado²¹, independentes e especializados, que exercerão, com exclusividade ou preponderância, cada uma delas, quais sejam: *legislativa* (elaboração de leis, ou seja, de normas gerais e impessoais), *executiva* (administração do Estado de acordo com as leis) e *jurisdicional* (aplicação da lei ao caso concreto)²².

Não se trata, no entanto, de uma mera técnica de distribuição de funções, que pode existir até mesmo em regimes totalitários²³, mas sim de uma separação para garantia da liberdade²⁴. Seu principal objetivo é a limitação do poder, pois, como ensina Montesquieu, a liberdade política “só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. (...). Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”²⁵.

¹⁸ Sobre a evolução da teoria da separação de poderes no século XVIII cf.: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*, cit., pp. 41-67.

¹⁹ **Art. 5º.** That the legislative and executive powers of the State should be separate and distinct from the judiciary. Cf.: ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, cit., p. 22. Apesar disso, encontra-se n' *A Política*, de Aristóteles, a divisão do governo em três poderes essenciais: O primeiro, que delibera sobre os negócios do Estado; o segundo, que compreende todas as magistraturas de que o Estado precisa para agir; e o terceiro, que abrange os cargos de jurisdição. Cf.: ARISTÓTELES. *A Política*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 127. Ver também: ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, cit., pp. 13-14; CONTI, José Maurício. *A Autonomia Financeira do Poder Judiciário*, cit., p. 16. Entretanto, segundo Loewenstein, nada permite deduzir que o Estagirita observasse empiricamente ou desejasse teoricamente a atribuição destas três funções a diferentes órgãos ou pessoas. In: *Teoría de la Constitución*, cit., p. 57.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 133-139; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., pp. 106-112.

²¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 55.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 133-139.

²³ Nelson Saldanha observa que “nos Estados sociais – mesmo nos países com organização socialista – persistiram componentes importantes vindos do liberalismo, como por exemplo a Constituição escrita e a separação dos poderes”. In: *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, cit., p. 70.

²⁴ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, cit., p. 11.

²⁵ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166. Para Karl Loewenstein, “el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla

A descrição que Montesquieu faz da Constituição da Inglaterra “muito mais do que uma exposição científica” era “uma receita de arte política”, “um artifício para, com as cautelas exigidas pela época, recomendar a divisão do poder como remédio contra o absolutismo e como garantia da liberdade”²⁶.

Esse princípio esteve presente em todas as Constituições brasileiras. Divisão entre quatro poderes na Constituição do Império (art. 10), com a figura do Poder Moderador, chave de toda a organização Política (art. 98); e de forma tripartite desde a proclamação da República. Na atual, está previsto em seu art. 2º, que dispõe: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados²⁷.

Nesse sistema, de inspiração estadunidense, um poder, além de exercer suas funções típicas, controla os demais, por meio dos *freios e contrapesos*, evitando que qualquer um deles ultrapasse seus limites constitucionais. O controle recíproco dos poderes, cujos termos cabem à Constituição fixar, decorre justamente “da necessidade de se manter em equilíbrio sua atuação no exercício das funções que lhes forem atribuídas pela Constituição”, obtendo-se a desejada harmonia entre eles²⁸. Por isso, hoje se fala em um abrandamento dessa teoria:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamen-

de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo”. In: *Teoría de la Constitución*, cit., p. 28.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, cit., pp. 60-61.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 110.

²⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Interpretação constitucional: o controle judicial da atividade política”. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Orgs.). *Hermenêutica Constitucional. Homenagem aos 22 Anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 64.

tos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais...²⁹.

Paulo Bonavides chega a falar, inclusive, em decadência deste princípio:

Chegamos, de nossa parte, a essa conclusão: a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade³⁰.

Não é diferente o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari:

Os três Poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o “Estado mínimo”, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados. Esse desajuste, sob certos aspectos, é ainda mais acentuado quanto ao Judiciário³¹.

Seguindo a divisão feita por Karl Loewenstein³², o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que “a divisão funcional do Poder é condição institucional da democracia; certamente, a velha fórmula não mais o é”³³. Isso se deve a dois fatores: “a democratização do poder e a intervenção do Estado nos domínios econômico e social”³⁴.

No entanto, a Constituição de 1988, acompanhando as demais Constituições republicanas, manteve a separação dos poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 156.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, cit., p. 86.

³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

³² O cientista político alemão sugere uma nova divisão tripartite do poder: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*), a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*). Cf.: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 62. Nessa proposta, a função judicial deve sofrer uma *capitis deminutio*, pois “es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta en forma legal” (p. 67).

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Limiar do Século XXI*, cit., p. 122.

³⁴ Idem. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 267.

rio, ainda que o STF, na ADI 3.317, por exemplo, reconheça que “a ‘separação dos Poderes’ resguardada pela Constituição (art. 60, § 4º, III), não invoca um modelo abstrato (por exemplo, o de Montesquieu), mas, sim, o núcleo essencial de um modelo concreto, qual seja, o arranjo institucional adotado pelo constituinte originário”³⁵. Desse modo, pode-se dizer que “a fórmula clássica da separação segue válida enquanto permanece, embora todo atravessado de modificações, o tipo de Estado criado pelo constitucionalismo dos séculos XVII e XVIII”³⁶.

No Brasil, desde o advento da República, cabe ao Poder Judiciário examinar a constitucionalidade das leis³⁷ e os atos de governo em geral, não havendo dualidade de jurisdição nos moldes franceses³⁸, conquanto tenha-se adotado o regime de direito administrativo francês, cuja peça-chave é a jurisdição administrativa³⁹.

Se no país a separação dos poderes foi sempre mais branda, na Europa continental, principalmente na França, o instituto foi tomado com toda a sua rigidez⁴⁰, de maneira que os atos de um poder não são passíveis de invalidação por outro.

Na França, o apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do Antigo Regime (a *noblesse robeé*)⁴¹ impedem o *juiz judiciário* de controlar os atos da administração e/ou a constitucionalidade das leis⁴². Sequer é dado

³⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “*O espírito das leis*”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 868, fev. 2008, p. 66.

³⁶ SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, cit., p. 123.

³⁷ BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, cit., pp. 28-29. Segundo o autor, “No regime da Carta Constitucional de 1824 não se reconheceu ao Poder Judicial a faculdade de recusar aplicação aos atos do Parlamento eivados de inconstitucionalidade”, não dando a Constituição qualquer margem para tentativa de expansão, nos moldes da Constituição dos Estados Unidos (p. 27).

³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*, cit., pp. 15-32; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 76.

³⁹ Por isso, “para o estudo numa perspectiva brasileira, é importante acompanhar o diálogo entre os dois modelos, especialmente porque o sistema brasileiro adotou elementos de cada um dos modelos, sem ter incorporado a lógica integral de nenhum deles, e, por isso, muitas vezes tenta conciliar o inconciliável”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 82.

⁴⁰ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, cit., pp. 24-25. Mauro Cappelletti, contudo, destaca uma movimentação do sistema de rígida separação para o de controles recíprocos, apontando o crescimento do Poder Judiciário como *ingrediente* necessário ao equilíbrio dos poderes. Cf.: *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 55.

⁴¹ Esses juízes detinham a propriedade do ofício, do qual desfrutavam à custa das partes litigantes. Cf.: CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, pp. 96-97; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*, cit., p. 15.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 4. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, cit., pp. 144-160. MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 193.

ao judiciário *status* de Poder, como se observa da leitura do *Titre VIII* da Constituição de 1958, que trata *De l'autorité judiciaire*, cuja independência é garantida pelo Presidente da República (*Article 64*).

Por isso, a existência, nesse país, de *juízes administrativos*, vinculados à Administração, posto que dotados de independência e garantias, caracterizando-se como verdadeira jurisdição⁴³, e de um órgão para controlar a constitucionalidade das leis⁴⁴. Deste modo, “questões que envolvem seja direito individual do cidadão perante o poder público, sejam ‘interesses’ públicos e privados, são julgados fora dos tribunais comuns”⁴⁵.

1.3. A função do Poder Judiciário

Em seu papel clássico, o “poder de julgar”, como o denomina Montesquieu, atribuído ao Judiciário, é simplesmente dizer o direito, ou fazer a justiça, o que se confunde com aplicar a lei⁴⁶. Para José Frederico Marques, “a jurisdição é a atividade estatal destinada a fazer efetiva a ordem jurídica, pelo cumprimento e aplicação do direito objetivo, através dos órgãos judiciários instituídos na Constituição”⁴⁷, a fim de garantir a liberdade dos indivíduos.

Nesse sentido, Ernest Benda, antigo Presidente do Tribunal de Karlsruhe, ensina que

puede el individuo que invoca sus derechos fundamentales someter a control constitucional la acción estatal, y de esa forma poner en marcha el sistema de frenos de los poderes. La garantía de tutela judicial (art. 19.4 GG) es uno de los instrumentos más importantes para hacer realidad el Estado de Derecho⁴⁸.

⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*, cit., pp. 26-29; MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 194. “Havendo conquistado prestígio e real independência, inegável é o seu papel como defensor dos direitos fundamentais. Sua jurisprudência bem o revela”. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., pp. 88-89.

⁴⁴ Trata-se do *Conseil Constitutionnel*. Esse órgão é composto, além dos antigos Presidentes da República, por nove membros nomeados para um mandato de nove anos, sendo cada três nomeados pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Senado (*Article 56*). Com a Reforma Constitucional, de 23/07/2008, que incluiu à Constituição o *Article 61-1*, regulamentado pela Lei Orgânica 2009-1523, de 10/12/2009, deixou de fazer apenas controle preventivo e passou a controlar também leis já promulgadas, quando questionada sua constitucionalidade em um caso perante o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação.

⁴⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*, cit., p. 27.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 247-248.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millennium, 2000, p. 11.

⁴⁸ BENDA, Ernest. “El Estado Social de Derecho”, cit., p. 505.

Daí a importância da independência dos juízes, que lhe foi reconhecida pela primeira vez pelo *Act of Settlement*, de 1701⁴⁹, por meio do qual o Parlamento britânico atribuiu competência aos juízes para julgar questões comuns e administrativas⁵⁰, além de permitir a permanência dos magistrados em seus cargos enquanto demonstrassem zelo no cumprimento de seus deveres funcionais e não mais enquanto contassem com o beneplácito real⁵¹, “ou seja, os juízes que até então podiam ser livremente exonerados pelo rei, passaram a não poder ser dispensados, exceto se condenados por alguma falta grave ou por deliberação de ambas as casas do Parlamento. Assim, tiveram assegurada a sua independência”⁵², conferindo-lhes, com isso, estabilidade.

1.4. O papel do Poder Judiciário na Constituição de 1988

Com base no art. 5º, XXXV, da Carta da República, entende-se que “o Judiciário – órgão independente e, por isso, imparcial – é quem, dentro do Estado, incumbe-se de velar pelo respeito dos demais Poderes à ordem jurídica, negando efeito às leis inconstitucionais e anulando atos administrativos ilegais”⁵³.

Ressalta-se, contudo, que tal controle deve-se dar nos limites traçados pela própria Constituição, uma vez que o Judiciário também é um poder constituído, em relação ao qual, como ensina Sieyès, a Constituição é sempre superior. “De tal forma que qualquer manifestação dos poderes constituídos só é válida desde que se sujeite à Constituição”, não sendo permitido sequer ao corpo representativo “alterar os limites do poder que lhes foi confiado”⁵⁴.

No caso da Constituição de 1988, no entanto, é bastante amplo e relevante o papel atribuído ao Poder Judiciário, como destaca Conrado Hübner Mendes, ainda que seja um contundente crítico dessa escolha do Constituinte:

⁴⁹ § 7º, III. Os juízes conservar-se-ão nos cargos *quandiu bene gesserint* (em função do seu zelo) e perceberão vencimentos certos e fixados por lei, mas poderão ser afastados por iniciativa de ambas as casas do Parlamento.

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 200.

⁵¹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*, cit., p. 53. Até então, “os juízes eram considerados normalmente e, seja como for, tratados de fato como funcionários do executivo, nomeados pelo rei *durante bene placito*”. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, cit., p. 78.

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 254.

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, cit., p. 43.

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 16.

A Constituição de 1988 deu nova feição à jurisdição constitucional e, por via de consequência, ao próprio STF. Fez escolhas inovadoras. Foi a que mais depositou confiança no papel do direito e do judiciário. O STF da Nova República foi concebido como instituição responsável por controlar, inclusive, a inércia do legislador⁵⁵.

Daí a observação de Eduardo Appio de que:

Muito embora o princípio da separação dos poderes seja um dos pilares do constitucionalismo, o espaço destinado ao Poder Judiciário, no Brasil, foi ampliado, não por obra da doutrina ou de teorizações da ideologia dos juízes, mas sim, por conta de demandas concretas, de natureza social, que surgem como decorrência da redefinição do papel do Estado⁵⁶.

Ferreira Filho também chama a atenção para a reestruturação do Poder Judiciário, feita pela Constituição, que lhe deu “um certo distanciamento em relação à lei que não admitia a doutrina clássica”⁵⁷, permitindo ao magistrado “inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei”⁵⁸, apontando, em outra obra, tratar-se de um reflexo da desvalorização da representação⁵⁹.

Odete Medauar destaca que “hoje, indubitavelmente, no ordenamento pátrio, a legalidade administrativa assenta em bases mais amplas do que no passado, e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração”⁶⁰, uma vez que o Judiciário pode e deve aferir a adequação do ato aos princípios previstos no *caput* do art. 37 da Constituição⁶¹. No entanto,

são estas normas generalíssimas, cujo conteúdo, no caso concreto, é o juiz que especifica. Disso resulta poder ele considerar irregular um ato, embora este atenda formalmente à legalidade. Assim, abre-se para o Judiciário a possibilidade de

⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, cit., p. 18.

⁵⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 22.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Poder Judiciário na Constituição de 1988 – judicialização da política e politização da Justiça”. In: *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 201.

⁵⁸ Ibidem, p. 202.

⁵⁹ Idem. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 71.

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 213. A autora ressalva ser “evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz” (p. 214).

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., p. 127.

um controle de legitimidade. Não há dúvida que tal controle é, por um lado, positivo, já que aumenta o rigor na fiscalização do interesse público, mas acarreta sempre um grau maior de insegurança. Sim, porque é mais fácil avaliar o que é legal do que o que é legítimo, visto que este último critério envolve certo grau de subjetividade⁶².

1.4.1. A judicialização da política

Essa confiança depositada no Direito e no Poder Judiciário se vê também na constitucionalização de políticas públicas ligadas aos direitos sociais também consagrados pela Carta de 1988. Razão pela qual Hübner Mendes diz não ser “preciso uma leitura muito criativa de suas normas para que delas se extraia a possibilidade de que um juiz intervenha numa política pública”⁶³. Nesse sentido, Maria Tereza Sadek destaca que:

Em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial. Dessa forma, o Poder Judiciário constituiu-se em um ator com capacidade de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução⁶⁴.

Há com a promulgação da Carta da República uma intensa *judicialização da política*, que, segundo Celso Fernandes Camilongo, ocorre quando “problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema”, ressaltando que “a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos”⁶⁵.

Com efeito, a Constituição atribuiu ao Poder Judiciário um elevado papel político, conduzindo-o a uma gradativa ampliação de sua capacidade interventiva no controle de eleições, de políticas públicas, na área social e econômica etc.⁶⁶, fenômeno que

⁶² Idem. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 248.

⁶³ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, cit., p. 18.

⁶⁴ SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e arena pública”, cit., p. 15.

⁶⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 24-25.

⁶⁶ O mesmo ocorre com o Ministério Público, que tem entre suas funções: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF-88 – art. 129, II); “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal” (ECA – art. 201, V); “instaurar o

tem sido cada vez mais acentuado em reformas constitucionais⁶⁷:

A análise do conjunto de emendas constitucionais apresentadas ao longo do Governo Fernando Henrique Cardoso revela que boa parte delas destinou-se à *incorporação adicional* de novos dispositivos de *policy*, o que evidencia que se de um lado o texto original se revelou construtivo à concretização de sua própria plataforma política, de outro lado o então presidente não se dispôs a oferecer a seu sucessor cenário mais suave, optando por engessar ainda mais as possibilidades de atuação de seu sucessor⁶⁸.

1.4.2. A politização da Justiça

De modo que a Constituição possibilitou uma grande abertura para a *politização da justiça*⁶⁹, quando atribuiu ao Poder Judiciário “ao lado de seu papel tradicional de *fiscal da legalidade*, um novo, o de *guardião da legitimidade*. Fê-lo para aprimorar o controle judicial da atuação dos demais Poderes públicos”⁷⁰, apostando “na autonomia do direito, vislumbrando-se os tribunais como alternativa à crise de representação política e à inércia do estado na formulação de políticas públicas”⁷¹, uma vez que, do ponto de vista de um observador externo, o legislador é considerado *idealista* e o administrador, *inefcaz* ou

inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso” (Estatuto do Idoso –art. 74, I). O que transforma esse órgão num grande fiscal da Administração Pública, capaz de levar um sem número de questões políticas ao Judiciário. Como decorrência dessas atribuições, o Estado “passa a manter um serviço público não apenas voltado para fiscalizar o respeito à lei, mas para controlar a atuação da Administração Pública no campo das opções discricionárias”. Cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Poder Judiciário na Constituição de 1988”, cit., p. 208. No mesmo sentido, Odete Medauar afirma que “Embora destituído da competência de sua formulação, o Ministério Público, utilizando os instrumentos da recomendação e do termo de compromisso de conduta, pode induzir ou direcionar a formulação de política pública em determinado setor, se não houver; ou induzir a sua implementação no todo ou em parte, se já estiver fixada; ou induzir a sua complementação, se for insuficiente”. In: *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 184.

⁶⁷ Por exemplo: a EC-26 (14/02/2000), que incluiu no art. 6º da Constituição Federal o direito à moradia; e a EC-64 (04/02/2010), que incorporou ao mesmo artigo a alimentação como direito social.

⁶⁸ VALLE, Vanice R. Lício do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 54. Adverte Anna Cândida da Cunha Ferraz que “se a Constituição impõe muitas limitações aos poderes constituídos, e em particular, ao Poder Legislativo, tanto maior é a frequência com que se recorre à interpretação constitucional perante os tribunais”. In: *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 105.

⁶⁹ Com base na análise dos julgamentos pelo STF no período entre 1988 e 2009 em sede de controle abstrato de normas produzidas pelo Congresso Nacional, Thamy Pogrebinski defende que não houve essa politização do Judiciário. Segundo a autora no mesmo intervalo de tempo foram promulgadas 12.749 normas, tendo o Supremo julgado o mérito de 87 diferentes leis, reconhecendo algum vício de inconstitucionalidade em 47 delas, sendo que uma havia sido promulgada anteriormente ao período analisado. Cf.: *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 109.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Poder Judiciário na Constituição de 1988”, cit., p. 190.

⁷¹ BELLO, Enzo. “Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais*, cit., p. 179.

ineficiente⁷². Essa observação também é feita por Vanice do Valle:

A falta de transparência na prática pública reforça a ideia de que as tarefas constitucionais não encontram concretização, não necessariamente por impedimentos materiais absolutos, mas muitas vezes por falta de vontade política, ou por prioridades outras, que não aquelas enunciadas pela Carta de Outubro. Assim, se as políticas públicas não se revelam aptas à proteção aos direitos fundamentais, isso assim seria por disfuncionalidades do poder, que devem ser corrigidas via prestação jurisdicional⁷³.

No mesmo sentido, Conrado Hübner Mendes destaca que:

Perante os juízes, tem-se a esperança de que atuem como oráculo da razão. Depositada-se fé nisso. Ao legislador, numa atitude permissiva e resignada, atribuem-se as fraquezas da natureza humana. É um agente egoísta, autointeressado, suscetível de endossar decisões coletivas irracionais em prol de seu interesse individual. Não poderia ser esse, certamente, o personagem a conferir estabilidade a uma república democrática⁷⁴.

Em muitos casos coloca-se o Judiciário como foco midiático, deixando os julgadores sujeitos a pressões externas, que podem implicar a perda de sua imparcialidade, possibilitando a extrapolação dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, configurando-se verdadeiro ativismo judicial. Nesse sentido, Roger Stiefelmann Leal chama a atenção para o fato de que:

a imposição de finalidades e diretrizes, por intermédio das normas constitucionais programáticas, faz dos órgãos de jurisdição constitucional partícipes da concretização dos fins do Estado. Submete ao seu juízo o exame da adequação das ações dos demais poderes em face dos fins colimados pelo texto constitucional, muitos deles consubstanciados na forma de direitos sociais e econômicos. Afinal,

⁷² ZANETI JR., Hermes. “A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., p. 41. Cabe aqui a advertência de Antoine Garapon de que “o atual entusiasmo exagerado pela justiça pode conduzir a um impasse. A transferência irracional de todas as frustrações modernas para a justiça, o entusiasmo ingênuo pela sua onipotência, podem voltar-se contra a própria justiça”. In: *O Juiz e a Democracia. O Guardião das Promessas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 27-28.

⁷³ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 57.

⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, cit., p. 177. Essa visão, cada vez mais disseminada, leva à desconfiança do povo em relação a seus governantes, o que, por sua vez, pode levar à ruptura da legitimidade do sistema. Sobre a necessidade de confiança dos governados em seus governantes para a viabilidade da democracia cf.: ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., pp. 118-125.

fazer aplicar a Constituição também é exigir, de alguma forma, o cumprimento das metas estipuladas pelo constituinte. Sente-se, desse modo, o julgador responsável, em solidariedade com os demais poderes, *pelo sucesso político das finalidades impostas pelas exigências do Estado Social*. Tal corresponsabilidade desloca a jurisdição constitucional de sua desejável neutralidade, instigando uma atitude voluntariosa e ativista, bem a propósito de seu tendencial expansionismo⁷⁵.

Além disso, José Eduardo Faria aponta que “atualmente o papel das instituições de direito vem sendo atravessado pela crescente complexidade dos conflitos emergentes no Brasil contemporâneo, o que tem comprometido a efetividade de seus códigos e de suas normas”, levando os operadores do direito a assumirem “no exercício de suas funções uma postura eminentemente política”, “valendo-se dos aspectos ambíguos e contraditórios do direito positivo para expandir uma ‘práxis liberadora’ das estruturas normativas, em prol de uma efetiva justiça material”⁷⁶. Valem-se também de métodos modernos de interpretação constitucional, que permitem “ao intérprete liberdade maior na aplicação da norma”⁷⁷.

1.4.3. Ativismo judicial

Entende-se por ativismo judicial a decisão em que o juiz ou tribunal extrapola o poder que lhe foi atribuído pela Constituição, utilizando-se de elementos “à margem de qualquer referência interna ao sistema jurídico”, substituindo opções oferecidas pela Constituição por sua orientação política, econômica, religiosa etc., diferentemente, portanto, da politização judicial, em que o Judiciário tem um papel político atribuído pela própria Constituição. Naquele caso, “uma magistratura que obedece à praça, à opinião pública ou à sua própria vontade – e não à lei – seria a negação do Constitucionalismo”⁷⁸.

No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos define ativismo judicial como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva

⁷⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 80-81. Ver também: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, cit., p. 42; HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 48.

⁷⁶ FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, cit., pp. 18-19.

⁷⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, cit., p. 53.

⁷⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, cit., pp. 60-61.

(conflitos normativos)”, em detrimento particularmente da função legislativa, com a descaracterização da função típica daquele Poder, que se imiscui sobre o núcleo essencial de funções atribuídas constitucionalmente aos demais Poderes⁷⁹.

Comentando a Constituição de 1946, Pontes de Miranda sublinhava que

O problema técnico de aviventar os marcos entre o domínio judiciário e os dos outros Poderes Executivo e Legislativo, é árduo. Tanto mais árduo quanto se sabe que é preciso pô-lo em termos decisivos e nítidos: exercer o Poder Judiciário *toda* a sua competência, – quer dizer: não deixar, por timidez, por escrúpulo, por temor da opinião pública do momento, ou da maior tendência da imprensa, de apreciar e *julgar* onde os princípios da estrutura americano-brasileira lhe permitem que aprecie e *julgue*; e não exercer a função de julgar onde não está a linha da sua competência. Não ir além, porém não se abster de ir até onde *pode* e, pois, *deve*⁸⁰.

Por isso a necessidade do Constituinte e do Poder Legislativo criarem normas objetivas e precisas, de fácil compreensão para os aplicadores do direito e principalmente para os destinatários, para que estes possam conhecer seu conteúdo, pois “lo que el juez debe hacer al fallar es dar una respuesta cuyo contenido las partes puedan conocer a pesar de estar en desacuerdo sobre qué es justo que hagan. Lo mismo vale para el legislador”, que deve estabelecer aos cidadãos uma regra que possa ser identificada independentemente da noção de justiça que cada um tenha⁸¹.

Nesse sentido também é a antiga lição de Hamilton, nos Federalistas:

um código de leis muito extenso é um dos inconvenientes necessariamente associados às vantagens de um governo livre. Para evitar um julgamento arbitrário dos tribunais, é indispensável que eles estejam submetidos a regras e precedentes estritos, que servem para definir e indicar seu dever em cada caso particular que lhes é apresentado⁸².

⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo III: (Arts. 73-128). 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 191.

⁸¹ ATRIA, Fernando. “El derecho y la contingencia de lo político”, cit., pp. 322-323. Ressalta-se, no entanto, a lição de Mauro Cappelletti, acompanhando o *Chief Justice* Barwick, de que “ainda ‘a melhor arte de redação das leis’, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária”. Cf.: *Juizes Legisladores?*, cit., pp. 20-21.

⁸² HAMILTON, Alexander. “Exame da organização do poder judiciário no tocante à condição do bom com-

É também a advertência de Kelsen:

Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político de sua função (...) deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares –, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como – “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, “a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento”. Essa porém não é uma questão específica da jurisdição constitucional; vale também para a relação entre a lei e os tribunais civis, criminais e administrativos que devem aplicá-la⁸³.

Porém, uma característica inovadora da atual Constituição é a profusão de termos de textura aberta, com delicada e conflituosa repercussão filosófica⁸⁴. Nesse contexto, como aponta Rogério Bastos Arantes:

a judicialização da política tem reconfigurado a face da democracia representativa em duas dimensões principais: quando tribunais constitucionais revisam a constitucionalidade das leis aprovadas pelo parlamento ou dos atos normativos do executivo, e quando tribunais interferem de algum modo na condução governamental de políticas públicas⁸⁵.

É deste último aspecto que este trabalho passará a cuidar, ainda que por vezes tenha que tratar do primeiro.

2. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1. As questões políticas

Historicamente o Poder Judiciário se caracteriza por não se envolver em

portamento para a permanência no cargo”. In: *Os Artigos Federalistas 1787-1788*. Artigo LXXVIII. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 484.

⁸³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 262-263.

⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, cit., p. 162.

⁸⁵ ARANTES, Rogério Bastos. “Prefácio”. In: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?*, cit., p. XIII. Vanice do Valle também aponta não haver plena equivalência entre as duas formas de controle. Cf.: *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., pp. 101-102.

questões políticas, como bem aponta Pontes de Miranda: “Ao ter de apreciar o ato do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tem de deixar de parte o lado *político*, o lado de *vontade* dos dois poderes eminentemente *efetivos*, criadores”⁸⁶. A dificuldade, no entanto, recai sobre a forma de identificar essas questões⁸⁷.

Nesse sentido, os professores da Universidade de Buenos Aires Victor Abramovich e Christian Courtis realçam que “muchas de las cuestiones antes consideradas ‘políticas’ dejaron de serlo con el tiempo, y el Poder Judicial amplió así sus poderes de revisión ante actos u omisiones inconstitucionales de los poderes políticos”⁸⁸.

José Luiz de Anhaia Mello, acompanhando Rui Barbosa, assevera que “No fundo, as questões políticas são aquelas que, dizendo respeito à conveniência e à oportunidade, se ligam à atividade discricionária do Estado, onde o poder público age com liberdade, escolhendo e operando”, ressalta, entretanto, que “se nessa ação o poder público atingir direito dos cidadãos, a situação se transmuda e surge a possibilidade de intervenção do Judiciário, guardião, sobretudo, dos direitos individuais”⁸⁹.

Ou nas palavras do próprio Rui Barbosa: “Quando, portanto, o poder exercido não cabe no texto invocado, quando o interesse ferido por esse poder se apoia num direito prescrito, a oportunidade da intervenção judiciária é incontestável”. Ou, então, em uma palavra: “*A violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais*”⁹⁰.

Essas questões eram expressamente excluídas do âmbito do Poder Judiciário pelas Constituições de 1934 (art. 68) e de 1937 (art. 94), as quais, com a mesma redação, prescreviam: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. A Constituição de 1946, por sua vez, previu, entre os Direitos e Garantias individuais⁹¹, o princípio da *inafastabilidade* do controle jurisdicional, no que foi acompanha-

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, cit., p. 190.

⁸⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*, cit., p. 30.

⁸⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 160.

⁸⁹ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, cit., p. 88.

⁹⁰ BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003, pp. 106 e 118, respectivamente.

⁹¹ **Art. 141, § 4º**. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

da pelas seguintes⁹².

Modernamente, no entanto, “o regime da democracia política repousa hoje sobre uma organização constitucional na qual as autoridades e as instâncias políticas estão, elas mesmas, submetidas ao direito”⁹³. De tal sorte que “a ação política do Legislativo e do Executivo está balizada pela Constituição, cujas disposições pertinentes, se por eles desrespeitadas no exercício de suas atividades, acarreta a sua inconstitucionalidade⁹⁴”.

Não obstante o caráter político das prestações de natureza econômico-social, uma vez que estão ligadas a distintas concepções de bem estar, justiça social etc., a partir de sua positivação como direitos sociais, inclusive com a previsão de políticas públicas para sua concretização, tais questões deixam de ser apenas políticas para serem também, em algum grau, jurídicas, dando ensejo à discussão acerca das competências dos poderes públicos na realização de tais direitos⁹⁵. Nesse caso,

obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou de considerar como não vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional⁹⁶.

O cientista político Matthew MacLeod Taylor ressalta que “especialmente depois de implementada, a política pública pode ser contestada judicialmente por uma série de atores tanto do mundo político quanto da sociedade civil”, que usam os tribunais como um ponto de veto no jogo político⁹⁷. Com efeito, “os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., p. 119; MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 215. Ademais, segundo a professora, os atos de governo expressam principalmente uma atuação do Executivo, podendo por isso serem vistos como desdobramentos do gênero ato administrativo, daí não haver plena equivalência entre eles e os atos discricionários (p. 214).

⁹³ GOYARD-FABRE, Simone. *O que É Democracia?*, cit., p. 277.

⁹⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Interpretação constitucional”, cit., p. 65.

⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., pp. 23-24.

⁹⁶ FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e os direitos humanos e sociais”, cit., p. 99. No mesmo sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, cit., p. 68.

⁹⁷ TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, cit., p. 245. Citando as privatizações, o autor destaca que “o Judiciário também serve para as oposições mostrarem serviço, protelando a implementação de políticas públicas contrárias aos interesses de seus seguidores e chamando a atenção pública para sua oposição” (p. 246).

para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas”⁹⁸.

Com a ampliação considerável do rol de legitimados para proporem ação de controle abstrato⁹⁹, cria-se a possibilidade de grupos opostos a uma determinada política em questão recorrerem aos tribunais, o que para Taylor é o primeiro fator para interferência do Poder Judiciário para mudar as regras ou os resultados das políticas públicas adotadas pelo Governo¹⁰⁰. O autor aponta que “das 10¹⁰¹ principais iniciativas políticas aprovadas durante o governo Fernando Henrique, todas foram contestadas de alguma forma pelo Judiciário, e sete das 10 foram alteradas ou atrasadas de alguma maneira no STF”¹⁰².

O cientista político ressalta ainda que há “uma capacidade considerável dos ministros do STF de controlar o *timing* e as consequências de seu impacto [das políticas públicas], seja sustentando políticas públicas que apoiam ou atrasando a derrota daqueles que eles acreditam ser de constitucionalidade duvidosa, porém preferíveis”¹⁰³.

Em suma, o Judiciário pode influenciar os resultados das políticas públicas tanto no momento da deliberação quanto na hora da implementação com uma variedade de possíveis estratégias: sinalizando as fronteiras permitidas para a alteração da política pública, sustentando-a e legitimando-a diante da possível oposição, atrasando uma decisão sobre uma determinada política e, assim, controlando a agenda de deliberação da política pública ou, até mesmo, alterando ou rejeitando a proposta após sua implementação¹⁰⁴.

⁹⁸ SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e arena pública”, cit., pp. 16-17.

⁹⁹ Lembra-se ainda da ampla relação de legitimados para proporem ações coletivas, por meio das quais muitas questões referentes a políticas públicas chegam ao Judiciário.

¹⁰⁰ TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, cit., p. 242. No mesmo sentido Celso Fernandes Campilongo destaca que “os grupos sociais têm percebido o Judiciário como um ‘locus’ essencial de afirmação desses direitos [civis, políticos e sociais] e superação desse déficit [vazio de efetividade]”. In: “Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico”. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, cit., pp. 31-32.

¹⁰¹ “As 10 políticas mencionadas são o Fundo Social de Emergência, o Plano Real, as reformas da ordem econômica, o Plano Nacional de Desestatização, o Fundo de Estabilização Fiscal, a Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, a reforma administrativa, a reforma previdenciária, a tributação da aposentadoria de servidores públicos e o racionamento de energia elétrica”. In: TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, cit., p. 251, n. 10.

¹⁰² Ibidem, p. 237. Maria Tereza Sadek também realça a visível participação ativa de magistrados relacionada a problemas de políticas públicas, temas que, segundo a cientista política, dizem respeito à sociedade como um todo e não somente às partes litigantes, ressaltando, no entanto, tratar-se de “determinações implícitas no modelo institucional”. Cf.: “Judiciário e arena pública”, cit., p. 4.

¹⁰³ TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, cit., p. 242.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 243.

Dado que a concretização dos direitos sociais requer prestações de natureza normativa e material, o controle judicial pode se dar tanto no âmbito administrativo quanto no legislativo, sendo o desafio do Judiciário, nesse campo, o de “conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas”¹⁰⁵. No entanto, qualquer decisão judicial nessa esfera interfere em áreas até então exclusivas dos outros dois poderes, podendo ter inclusive grande repercussão no orçamento público¹⁰⁶.

Muitas políticas públicas têm encontrado ressonância no Judiciário, quer na forma de contestação, quer na de exigência de realização, quer ainda no questionamento de sua execução. Dificilmente se encontrarão áreas de política pública em que não tenham sido notáveis os impactos provocados pela atuação do Judiciário¹⁰⁷.

Tendo isso em consideração, tentar-se-á aqui delimitar o campo de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, especialmente daquelas relacionadas à realização dos direitos sociais *prestacionais*, de modo que essa ação respeite o princípio democrático.

De maneira simplificada, pode-se dizer que política pública não diz respeito somente ao Executivo (Governo). “Não é tarefa só de quem está na gestão da máquina pública. O Poder Legislativo formula a política pública por lei; o Poder Executivo põe em prática a política pública determinada pela lei; e o Poder Judiciário fiscaliza a execução da política pública, com base na lei”¹⁰⁸.

Pode-se dizer que a Constituição “quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”¹⁰⁹, de tal sorte que os Poderes Públicos encontram-se vinculados: o Legislativo fica desde já proibido de criar leis contrárias a tais direitos e obrigado a adotar medidas necessárias a sua concretização, as quais deverão ser executadas pelo Executivo. E ao Judiciário é veda-

¹⁰⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário”, cit., p. 47.

¹⁰⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 23.

¹⁰⁷ SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e arena pública”, cit., p. 23.

¹⁰⁸ VECCHIA, Rosângela. “O que são políticas públicas?”, cit., p. 20.

¹⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, cit., p. 12.

do prejudicar a fruição de tais direitos¹¹⁰.

Para Ana Paula de Barcellos, o controle judicial é uma decorrência lógica e direta de três axiomas teóricos constitucionais: a normatividade das disposições constitucionais, a proteção e promoção dos direitos fundamentais como motivo para a existência do Estado e a vinculação do agente público a elas. De tal sorte que a impossibilidade desse controle esvaziaria a normatividade de muitas normas de direitos fundamentais¹¹¹.

Eros Grau, por sua vez, defende que o Poder Judiciário, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhes sua plena eficácia¹¹², advindo daí “uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*”¹¹³.

De fato, não há como excluir da apreciação do Judiciário a interpretação e o alcance das normas constitucionais, inclusive as que estabelecem políticas públicas para a concretização de direitos sociais, pois é ele o intérprete das normas¹¹⁴. Nesse sentido, ainda que não se referindo aos direitos sociais, Lucio Bittencourt assevera:

Se a Constituição garante ao cidadão certos direitos fundamentais, é claro que essa garantia se tornaria inócua ou ilusória se o poder público, por qualquer de seus órgãos, tivesse a faculdade de transgredi-los ou anulá-los, sem que o prejudicado pudesse obter dos tribunais o necessário abrigo ou amparo para a sua preservação¹¹⁵.

Entretanto, se “de modo prático e dogmático, a questão tem fácil solução: o Judiciário deve observar rigorosamente a Constituição, (...). Na realidade, o trabalho nos

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 160.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*, cit., p. 115.

¹¹² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 318-323.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde”, cit., p. 31.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, cit., p. 51.

¹¹⁵ BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, cit., pp. 85.

tribunais raramente transcorre de maneira tão simplista e mecânica”¹¹⁶, revestindo-se de enorme complexidade¹¹⁷. Embora doutrinariamente dê para separar os dois mundos (da política e do direito)¹¹⁸, a concretização dos direitos sociais não é somente um problema jurídico, mas também um problema político, que limita esse agir¹¹⁹.

2.2. Controle judicial de políticas públicas como controle de constitucionalidade

A constitucionalização de políticas públicas, parcial ou inteiramente, obriga que sua elaboração e implementação pelos poderes públicos observem os princípios e diretrizes traçados pela Lei Fundamental¹²⁰, como, por exemplo, os previstos no art. 198 para o SUS, os quais, tratando-se de heterovinculações, devem servir não somente de referência para o controle judicial, mas também de limite¹²¹, pois “somente quando existem disposições constitucionais expressas (...), pode-se encontrar fundamento sólido e seguro para atribuir as Cortes autoridade de declarar inválido um ato do Congresso”¹²².

Nesse contexto, “o Judiciário deve zelar para que a intervenção promocional, planejadora do Estado, seja feita de acordo com a lei e, sobretudo, de acordo com os princípios constitucionais”¹²³.

2.2.1. O controle das omissões constitucionais

Uma novidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, no que seguiu a Constituição portuguesa, é a possibilidade de controle das omissões constitucionais por meio de ação direta de inconstitucionalidade, cujo julgamento é de competência do STF, que, no caso, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida

¹¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*, cit., p. 24.

¹¹⁷ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 71.

¹¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 29.

¹¹⁹ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 72.

¹²⁰ “O Direito Constitucional cria regras de ação e de decisão políticas; proporciona diretrizes e pontos de orientação para a política, mas sem poder substituí-la”. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 90. No mesmo sentido: CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., p. 152.

¹²¹ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 66. “A função do judiciário limita-se, nesses casos, a verificar se os limites constitucionais de conteúdo, isto é, os fins e valores claramente objetivados no texto foram observados”. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, cit., p. 70.

¹²² BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, cit., p. 55.

¹²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Judiciário, democracia, políticas públicas”. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 122. Brasília, mai/jul 1994, p. 263.

para tornar efetiva norma constitucional”, deverá dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, § 2º)¹²⁴.

Obrigar a Administração é um grande passo. Já a ciência do legislador é vista como ineficaz, ou de reduzida valia jurídica, pois permanece intacta a liberdade de conformação legislativa¹²⁵. Daí José Afonso considerar tímida a opção do Constituinte, propugnando por uma decisão normativa “para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão”¹²⁶.

Além do controle abstrato, a Carta de 1988 inovou com o mandado de injunção, que tem por finalidade a concretização de direitos e liberdades carentes de regulamentação. Contudo, diferentemente da ação direta, não há previsão da consequência da concessão da injunção, o que teve de ser construído pela doutrina e jurisprudência.

No que respeita aos direitos sociais,

A experiência prática, todavia, não é animadora. Ademais, a efetivação de direitos sociais, quando reclama a instituição de serviço público, dificilmente pode resultar de uma determinação judicial. Tal instituição depende de inúmeros fatores que não se coadunam com o imperativo judicial¹²⁷.

No mesmo sentido José Reinaldo de Lima Lopes entende que o mandado de injunção “parece mais apto à defesa tradicional (limitativa do poder público), do que à

¹²⁴ Nessa hipótese, ensina Cristina Queiroz, “como o Tribunal Constitucional não se pode substituir ao legislador, este verdadeiramente não declara a inconstitucionalidade, antes *verifica* o não cumprimento da Constituição por omissão de medidas legislativas constitucionalmente devidas, devendo dar ‘disso conhecimento ao órgão legislativo competente’”. In: *Direito Constitucional. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2009, pp. 317-318.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 48; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, cit., p. 168. A liberdade de conformação do legislador foi discutida no primeiro capítulo, item 3.5.2. *Discrecionalidade legislativa*, pp. 51-53.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 56. Nesses casos, não há que se falar em fixação de prazo razoável para o legislador adotar alguma medida, como defende Otávio Henrique Martins Port, pois não se trata de falta de previsão constitucional quanto à fixação de prazo, mas sim de opção pela simples ciência ao legislador, diferentemente do que ocorre em relação aos órgãos administrativos, que serão intimados para fazer a medida em 30 dias. Cf.: *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discrecionalidade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 128.

¹²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., p. 52. No mesmo sentido: RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 341. Com posição contrária: GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., p. 150.

defesa ativa e promocional dos direitos sociais, muito embora seja o remédio previsto para os casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de prerrogativas constitucionais inerentes à cidadania”¹²⁸.

Existem ainda outras dificuldades no que tange às omissões, a primeira é saber qual omissão é inconstitucional, a segunda, saber a partir de quando. Segundo Canotilho, a inconstitucionalidade significa que “*o legislador não ‘faz’ algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo ‘não fazer’; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado*”¹²⁹.

Mais problemático é definir, nos casos em que a norma constitucional não assinala prazo para o adimplemento da obrigação, o momento exato em que a omissão do poder competente ingressa no campo da inconstitucionalidade¹³⁰. Para Ferreira Filho, a omissão somente poderá ser considerada inconstitucional quando ultrapassar o prazo fixado pela própria Constituição, caso contrário cabe “ao legislador ordinário a escolha do momento em que a promessa se torna prescrição, dela decorrendo direitos e obrigações exigíveis”¹³¹.

A omissão ainda pode ser parcial ou total:

A inconstitucionalidade por omissão será “total”, se se verificar a ausência absoluta da edição de medidas legislativas ou outras destinadas a dar cumprimento a uma norma ou a um “dever” jurídico-constitucional, ou “parcial”, se consistir na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspec-

¹²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais”, cit., p. 130. Em casos que demandam apenas prestação normativa, o STF tem concedido a injunção: “Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Art. 40, § 4º, da CF. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991” (MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 30/08/2007, DJ de 30/11/2007). No mesmo sentido: MI 3.322, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 01/06/2011, DJE 06/06/2011; MI 795, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. 15/04/2009, DJE 22/05/2009; MI 788, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 15/04/2009, DJE 08/05/2009.

¹²⁹ CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., p. 331. No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina *Direito Constitucional*, cit., p. 315.

¹³⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*, cit., p. 82.

¹³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 44. No mesmo sentido: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, cit., p. 73.

tos ou dos seus destinatários¹³².

Abre-se com isso um amplo leque de possibilidades de decisão judicial, uma vez que em muitos casos de omissão parcial a decisão de nulidade, consagrada no direito constitucional brasileiro, mostra-se inadequada.

O Poder Judiciário, estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição socialdemocrática de 1988, ultrapassa, por vezes, os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, porém o faz, em boa medida, pela ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas àquela concretização¹³³.

2.2.2. Controle da atividade legiferante

Ainda na primeira edição de sua clássica *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Canotilho já apontava a impossibilidade de controle judicial da atividade legiferante¹³⁴ e da substituição do legislador pelo juiz¹³⁵.

No mesmo sentido, Meirelles Teixeira entende que a sanção à omissão do legislador também é “meramente *indireta e política*, isto é, ao eleitor fica sempre salvo o direito (se votar esclarecidamente, é claro) de não reeleger representantes que não hajam cumprido o seu dever, no exercício do mandato”. O jurista reconhecia a possibilidade do estabelecimento, pela Constituição, de prazos para a atuação do legislador¹³⁶, o que, contudo, não resolveria o problema da possibilidade de o Poder Judiciário substituir ou não o Legislativo. No caso da Constituição de 1988, como mencionado, a opção foi pela notifi-

¹³² QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*, cit., p. 296.

¹³³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*, cit., p. 288.

¹³⁴ “A ideia de liberdade de conformação do legislador é ainda confirmada a partir do problema do controlo da actividade legiferante. O carácter criador, constitutivo, volitivo, não executivo, do acto legiferante, não se compadece com qualquer controlo judicial. A justiciabilidade de uma medida pressupõe a existência de limites jurídicos objectivos que se possam determinar inequivocamente numa decisão judicial, o que não é o caso da ponderação de interesses, apreciação de situações de facto ou juízos de valor feitos pelo legislador”. In: CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., p. 240.

¹³⁵ “Mas já as objecções provenientes de uma argumentação jurídico-estadual (*rechtsstaatliche Argumentation*) reconheceram ser impossível contemplar os problemas de concretização de uma ‘constituição propulsiva e programática’ através de uma justiciabilidade ilimitada e impraticável, e de uma substituição do legislador, democraticamente legitimado, por um legislador apócrifo: o juiz e as instâncias jurisdicionais”. In: CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., pp. 348-349.

¹³⁶ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 316.

cação ao legislador de sua mora.

2.2.3. Controle das leis orçamentárias

Como já mencionado no capítulo anterior, as políticas públicas exigem planejamento, daí a assunção pelo orçamento público de uma função importante na condução daquelas, sendo inclusive vedado pela Constituição “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (art. 167, I)¹³⁷.

Não obstante a competência privativa do Executivo para propor as leis orçamentárias (arts. 165 e 84, XXIII), “constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária”¹³⁸. Nesse contexto, “a repetição anual da discussão do orçamento é um momento importante da função de controle político” do Parlamento sobre o Executivo¹³⁹.

No entanto, apesar de o orçamento público depender sempre de uma decisão política, “fundada na conveniência e oportunidade do interesse público”¹⁴⁰, essa decisão, no entanto, é, em parte, restringida pela Constituição¹⁴¹, por exemplo, nos casos do art. 212, que estabelece percentuais mínimos de gastos com educação, e do art. 198, § 2º, combinado com o art. 77 do ADCT, no que diz respeito aos gastos com saúde¹⁴², abrindo-se aqui a possibilidade de controle judicial, uma vez que o “legislador, ao estruturar a peça

¹³⁷ Nesse sentido é a seguinte decisão do STF: “Recurso extraordinário: efeito suspensivo. Município do Rio de Janeiro. Ministério Público. Ação civil pública. Gratuidade de atendimento em creches. Determinação judicial de construção de creches pelo Município. Despesas públicas: necessidade de autorização orçamentária: CF, art. 167. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* ocorrentes. Concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma” (Pet 2.836-QO, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 11/2/2003, Segunda Turma, DJ de 14/3/2003).

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., pp. 307-308.

¹³⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “O Poder Legislativo na democracia contemporânea. A função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea”. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 168. Brasília, out/dez. 2005, p. 14.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 253.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 314.

¹⁴² Em relação aos gastos com saúde, a maioria dos Estados membros, no entanto, tem desrespeitado a norma constitucional. No período de 2004 a 2008, dos R\$ 115 bilhões que os Estados declararam gastar em saúde, R\$ 11,6 bilhões foram aplicados em despesas com ensino superior, obras de saneamento básico, financiamento habitacional, reformas de presídios, aposentadorias de funcionários públicos etc. Cf.: LIMA, Daniela e SCHREIBER, Mariana. “Maquiagem infla gastos com saúde em R\$ 12 bilhões”. In: *Folha de São Paulo*. São Paulo, 04 de julho de 2011.

orçamentária, não tem mais a liberdade que possuía. Já está, parcialmente, *vinculado*”¹⁴³.

Nesse sentido, Régis de Oliveira ensina que:

Quando o Poder Judiciário intervém controlando a constitucionalidade do orçamento (ou das decisões em matéria de gasto público), não está cumprindo o papel de árbitro, senão, ao contrário, está realizando a mesma tarefa que normalmente leva a cabo: proteger os direitos constitucionais frente às ações e omissões que os vulneram e, por isso, avaliando o direito infraconstitucional do ponto de vista das exigências constitucionais¹⁴⁴.

Não é diferente o entendimento de José Reinaldo de Lima Lopes:

as *leis orçamentárias*, incluídos os orçamentos da previdência social, poderão ser impugnadas por ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais, como o artigo 201, e seus parágrafos, ou o artigo 212, e sua respectiva hierarquia (lei complementar referida no art. 163 da Constituição Federal, plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, orçamento anual)¹⁴⁵.

Entretanto, o controle judicial dos orçamentos públicos apresenta grandes dificuldades, que são apontadas por Ana Paula de Barcellos após analisar os orçamentos federal, estadual (Rio de Janeiro) e municipal (Rio de Janeiro) no período de 2000 a 2004. Segundo a autora, em regra, os orçamentos são bastante vagos, não distinguindo a origem das receitas públicas, isto quer dizer que não se sabe quais receitas provieram dos impostos, não podendo assim ser realizado um controle efetivo dos gastos públicos vinculados pela Constituição.

Além disso, a professora da UERJ aponta que as despesas também são aprovadas em caráter geral, sem especificações daquilo em que se está gastando, impossibilitando a identificação do quanto se gasta com determinada política pública etc.¹⁴⁶.

¹⁴³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 315. O descumprimento dessas normas, inclusive, é hipótese de intervenção federal nos Estados (art. 34, VII, *e*) e de intervenção estadual nos municípios (art. 35, III).

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 261.

¹⁴⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais”, cit., pp. 137-138.

¹⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 51-54.

Não se trata aqui de controlar o orçamento no sentido de determinar a inclusão de recursos em orçamentos futuros, como defende Vitor Burgo¹⁴⁷, pois nesses casos dar-se-ia a indevida substituição da vontade do legislador, que aprova o orçamento elaborado pelo Executivo, pela vontade do juiz. Afinal, “a decisão sobre o poder de gastar, vale dizer, sobre como aplicar as receitas públicas” trata-se de uma *questão política*, o que, em princípio, escapa ao controle judicial¹⁴⁸.

Além disso, essas determinações, como ressalta Vanice do Valle,

a rigor, nada mais fazem do que superar, pontualmente, o argumento da ausência de fonte de financiamento – sem ter em conta uma perspectiva mais ampla (pelas próprias limitações temporais da vigência dos instrumentos orçamentários). Se temos em conta que o cenário de desenvolvimento de uma política pública dificilmente se esgotará em um único exercício financeiro, tem-se já um indicativo da insuficiência do mecanismo para fins de efetivo controle¹⁴⁹.

A Constituição também veda “a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes” e “a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa” (art. 167, V e VI)¹⁵⁰.

Em verdade, a lei orçamentária deve ser executada tal como aprovada. Sabidamente, todos os gastos públicos dependem de autorização legislativa, não podendo o Executivo ou o Judiciário alterar a proposta orçamentária, sem prévia concordância do Legislativo. Logo, qualquer alteração, remanejamento ou transferência de recursos para outra destinação, depende de autorização legislativa¹⁵¹.

Também não se pode perder de vista que respeitar os orçamentos é também um dever constitucional, cujo descumprimento é sujeito a sanções previstas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. E, “sem a valorização da função constitucional dos orçamen-

¹⁴⁷ BURGO, Vitor. “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., p. 90.

¹⁴⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Interpretação constitucional”, cit., p. 66.

¹⁴⁹ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 109.

¹⁵⁰ Toda abertura de crédito depende de *lei* e é feita por *decreto*, devendo-se indicar a importância, a espécie e a classificação da despesa. Cf.: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 365.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 366.

tos, não se vislumbra futuro alvissareiro para os objetivos da República, já que é aparentemente impossível governar com eficiência sem planejar, e planejamento pressupõe respeito às previsões de receita e despesa estipuladas nas peças orçamentárias”¹⁵².

Por fim, observa-se que dada a importância do orçamento, além da íntima relação da atividade financeira do Estado com os direitos fundamentais, as finanças públicas também são controladas, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, instituição independente e desvinculada da estrutura de qualquer dos três poderes¹⁵³.

2.3. Controle judicial de políticas públicas como controle da Administração

Em uma acepção restrita Odete Medauar conceitua o controle da Administração Pública como “a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”¹⁵⁴. Esse controle pode ser interno, quando o agente integra a própria Administração, ou externo, quando efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração¹⁵⁵, sendo o controle jurisdicional o mais importante desses instrumentos¹⁵⁶.

Segundo Ana Paula de Barcellos, “o poder que se atribui a Administração tem em vista as finalidades que ela tem o dever de realizar”¹⁵⁷, por isso, “no plano das políticas públicas, onde e quando a Constituição Federal estabelece um *fazer*, ou uma *abstenção*, automaticamente fica assegurada a possibilidade de *cobrança* dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente”¹⁵⁸.

Quando não estabelecidas em normas constitucionais ou infraconstitu-

¹⁵² JACOB, Cesar Augusto Alckmin. “A ‘reserva do possível’: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., p. 257.

¹⁵³ Sobre o controle externo do Tribunal de Contas cf.: MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., pp. 127-147. A autora, no entanto, destaca que “muitas vezes os pareceres técnicos apontam sérias ilegalidades e são rejeitados por razões políticas, sobretudo pela força da maioria governista” (p. 134).

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 42-43.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 187.

¹⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 168.

¹⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, cit., p. 772.

cionais cabe à Administração julgar a oportunidade e a forma mais eficiente de implementar uma política pública, que é um ato político. Aferi-las judicialmente na maioria das vezes pode significar a imposição, pelo juiz, de sua vontade ao administrador e “não é lícito ao intérprete judicial invadir a esfera de intimidade do agente público. A substituição seria indevida, da vontade do administrador pela do juiz. O ato deste é intelectivo; o do agente, volitivo. Ambos não cabem na mesma esfera de raciocínio”¹⁵⁹.

Além disso, ensina Michelangelo Bovero, um governo *par le peuple* não é democrático, se não for também *pour le peuple*, por meio “das regras que permitem e favorecem a participação dos cidadãos no processo decisório político”¹⁶⁰. Desse modo, mostra-se contrária à democracia a implementação de política pública pelo Judiciário.

2.3.1. O controle da Administração na execução de políticas públicas

Quando, no entanto, se trata de políticas públicas implementadas pela Administração é cabível o *controle* judicial, pois o juiz não elege aquelas que entende ser adequadas, somente examina a idoneidade das medidas escolhidas pelos órgãos políticos para lograr essa satisfação, não se afastando assim do tradicional controle judicial dos atos dos poderes políticos¹⁶¹.

Não há dúvidas de que, mesmo nestes casos, os quais demandam a intervenção de técnicos que possam aparelhar a melhor decisão acerca do emprego das verbas contidas no orçamento, é possível ao juiz – a partir do exame de documentos e mesmo de colheita de informações de ordem técnica – proceder a uma revisão do ato administrativo¹⁶².

Afinal, cabe ao Poder Judiciário “aplicar as normas jurídicas vigentes em situações de litígios”, de modo que, “mesmo quando isto implique em controlar o exercício

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*, cit., p. 100.

¹⁶⁰ BOVERO, Michelangelo. *Contra o Governo dos Piores*, cit., pp. 43-44.

¹⁶¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, cit., pp. 158-159. Não é desconhecida a existência de controle da execução de políticas públicas pelo Parlamento ou por órgãos a ele ligados, como se dá na Itália, onde “a Corte de Contas realiza, *a posteriori*, no interesse do Parlamento, a avaliação de políticas públicas do setor, no relatório sobre a prestação de contas anual do Estado”, e na França, onde “a Lei Constitucional de modernização das instituições da República, de 28 de junho de 2008, atribui ao Parlamento o encargo de avaliar as políticas públicas (art. 24) e reforça seus meios para ter êxito nessa missão mediante a assistência da Corte de Contas (art. 47-2)”. Cf.: MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., pp. 182-183.

¹⁶² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 70.

do poder estatal, não é incompatível com a democracia, mas antes um elemento dela”¹⁶³, pois em prejuízo de direitos individuais “o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes”¹⁶⁴.

Entretanto, não se pode ignorar que as políticas públicas exigem um *continuum*, razão pela qual muitos de seus resultados somente poderão ser avaliados depois de determinado tempo de sua implementação pelo Poder Público. Além disso,

O ideal de uma política pública, vista pelo direito, não se esgota na validade, isto é, na conformidade do seu texto com o regramento jurídico que lhe dá base, nem na eficácia jurídica, que se traduz no cumprimento das normas do programa. O ideal de uma política pública é resultar no atingimento (*sic*) dos objetivos sociais (mensuráveis) a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo¹⁶⁵.

Por isso, entende-se difícil um “controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados”¹⁶⁶, como defende Rodolfo de Camargo Mancuso, uma vez que “a viabilidade desse controle depende, em grande parte, do acesso à informação sobre as políticas, programas e projetos dos órgãos e entidades da Administração”¹⁶⁷.

Pois como bem destaca o processualista do Largo de São Francisco, “as *políticas públicas*, por sua própria natureza e pela relevância dos valores nelas veiculados, pressupõem por parte do Poder Público um planejamento detalhado e uma implementação oportuna e eficiente”¹⁶⁸, planejamento que pode ser “atrapalhado” por uma decisão judicial que não leve em conta todos os dados e parâmetros da política pública em questão.

2.3.2. O controle das omissões da Administração

Primeiramente deve-se ter em mente que a não regulamentação ou a não

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais. Alguns parâmetros ético-jurídicos”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais*, cit., p. 561.

¹⁶⁴ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, cit., p. 89.

¹⁶⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*, cit., p. 43.

¹⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, cit., p. 777.

¹⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 183.

¹⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, cit., p. 786.

realização daquilo exigido pelos direitos sociais é, ainda que por omissão, uma restrição, o que impõe ao legislador ou administrador fundamentar o porquê da omissão, pois “se toda não realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrições a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação”¹⁶⁹.

Por isso, a intervenção do Judiciário não deve apenas verificar a omissão, mas também se há ou não “fundamentação jurídico-constitucional para a omissão. *Somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito*”¹⁷⁰.

Pois, não se pode esquecer, o Judiciário também é um poder constituído, devendo, por isso, obediência à Constituição, assim como os demais, estando, portanto, limitado pela separação de poderes, cláusula pétrea da Constituição de 1988. Dessa forma, para interferir em uma política pública, matéria afeta ao Governo (Executivo e Legislativo), o Judiciário deve estar respaldado por regras claras e objetivas, tiradas diretamente da Constituição ou da legislação ordinária, não simplesmente em princípios vagos ou em normas muito amplas como direito à moradia, alimentação, lazer etc.

Isso porque a jurisdição, ainda que possa, em teoria, ser programada democraticamente, é organizada autocraticamente. “Nesse sentido, para conter e corrigir a discricionariedade própria a todos os órgãos autocráticos, introduz-se no sistema o princípio da legalidade”¹⁷¹.

2.4. O controle de políticas públicas como controle de caso individual

Além do controle da política pública em si, que evidentemente resulta também na defesa de direitos, existe a possibilidade de exigência de uma tutela individual com base em uma política pública já determinada, tendo como desígnio obrigar o Estado a efetivamente assegurar uma prestação ao indivíduo ou grupo que deixou de ser atendido¹⁷².

¹⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 249-250. Ver também: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*, cit., p. 17; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 390; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 260.

¹⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, cit., p. 251.

¹⁷¹ GAVAZZI, Giacomo. “Introdução”. In: Kelsen, Hans. *A Democracia*, cit., p. 14.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 218.

Inicialmente, observa-se que se trata de controle judicial de políticas públicas a decisão num caso individual e concreto, pois “cuando la reparación de una violación de derechos sociales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas”¹⁷³.

Odete Medauar defende a possibilidade de “decisão jurisdicional sobre caso concreto e individual, sob a rubrica de política pública, visando a efetivar direitos consagrados na Constituição, na ausência ou insuficiência ou não concretização de política pública na respectiva matéria”¹⁷⁴.

Sem embargo, entende-se que essa decisão somente é possível no caso de se tratar de direito consagrado diretamente na Constituição sob a forma de direito subjetivo¹⁷⁵, acompanhando-se a lição do constitucionalista português Jorge Reis Novais:

De facto, a não ser que a Constituição expressamente consagre uma pretensão, um direito ou um dever de realizar uma dada prestação social em termos precisos e definitivos – o que será, todavia, sempre uma exceção –, todos os direitos sociais, na sua dimensão principal, são entendidos como intrinsecamente condicionados por aquela reserva, mesmo que o legislador constituinte não o refira explicitamente¹⁷⁶.

Pode haver, outrossim, decisão judicial num caso concreto e individual, quando se tratar de um direito social desdobrado pelo legislador ou de uma política pública formulada e implementada pelo poder público, com a finalidade de concretizar um direito social previsto na Constituição de forma programática, criando-se assim o que se tem denominado direito derivado à prestação.

Não cabe, nesses casos individuais, o argumento de que ocorre uma violação ao princípio da igualdade se todos aqueles que se encontram em situação idêntica à

¹⁷³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, cit., p. 159.

¹⁷⁴ MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 219.

¹⁷⁵ Esse, salvo melhor juízo, também é o entendimento de José Reinaldo de Lima Lopes, quando diz que: “As garantias dos direitos sociais podem, por isso, ser efetivadas hoje por alguns caminhos que variam em natureza: quando se falar em *direito público subjetivo* o cidadão está habilitado, creio, a exigir do Estado seja a prestação direta, seja a indenização”. In: “Direito subjetivo e direitos sociais”, cit., pp. 137-138.

¹⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 101.

do demandante não recorrerem ao Judiciário, pois “a possibilidade de accionabilidade judicial por iniciativa e no interesse individual constitui o próprio cerne da existência de *direitos*. Recusar esta possibilidade a uma pessoa com o argumento de que há outros que não recorreram à via judicial seria a negação da qualidade de *direito*”¹⁷⁷.

No entanto, não se entende legítimo o Poder Judiciário concretizar direitos sociais diretamente da Constituição¹⁷⁸, com base exclusivamente no art. 6º, que lista alguns dos direitos sociais, com o mínimo de densidade, cujos “efeitos não são determinados e nem há escolha dos meios que deverão ser adotados para o seu cumprimento”¹⁷⁹. Também não é legítima a concessão de prestações com base somente em construções doutrinárias ou em princípios¹⁸⁰, previstos ou não¹⁸¹ no texto constitucional.

Nesse sentido é bastante atual a mencionada lição de Kelsen de que para restringir o poder dos tribunais, limitando sua margem de discricionariedade, as disposições sobre direitos fundamentais não devem ser formuladas em termos genéricos, devendo o constituinte optar por bem delimitar esses direitos, como fez o Constituinte brasileiro no caso do ensino fundamental, ou positivá-los como princípios “regentes”, como fez a Constituição espanhola, afirmando expressamente que sua exigibilidade perante os tribunais somente é possível a partir da legislação que os desenvolva e de acordo com ela (art. 53.3).

2.4.1. *Direito ao ensino fundamental*

As obrigações referentes à educação básica receberam a mais elevada densidade normativa entre os direitos sociais na Constituição, a qual estabelece as prioridades, as metas, enunciando “*um conjunto de ações que, devidamente garantidas, efetivam o cumprimento desse mesmo dever*”¹⁸².

¹⁷⁷ Ibidem, p. 121.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 157-158.

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 169.

¹⁸⁰ “Os princípios não se prestam, de fato, às rotineiras operações de interpretação e aplicação, ou seja, à subsunção e ao raciocínio silogístico, pela simples razão de que eles são normas sem *fattispecie*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. “Estado Constitucional”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Coords.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia*, cit., p. 302.

¹⁸¹ Como é o caso do princípio da proporcionalidade, que segundo Osvaldo Canela Junior é o critério limitador da intervenção judicial em matérias de políticas públicas. Cf.: “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., pp. 234-235.

¹⁸² VALLE, Vanice R. Lício do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 66.

Primeiramente, a Constituição estabeleceu a educação como um direito social (art. 6º), atribuindo competência comum à União, aos Estados e aos Municípios¹⁸³ de proporcionar os meios de acesso à educação (art. 23, V), estabelecendo percentuais mínimos dos recursos públicos a serem investidos nessa área (art. 212).

Relativamente à educação básica¹⁸⁴, a Constituição investe os destinatários de direito exercitável de pronto, pois aquela foi positivada como um direito público subjetivo (art. 208, § 1º), cujo não oferecimento, ou oferta irregular, importa em responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º)¹⁸⁵, não restando dúvida de que se trata de um direito fundamental originário à “prestação estatal do ensino fundamental gratuito em estabelecimentos oficiais”¹⁸⁶.

O que se constata é que o Constituinte entendeu ser possível, à luz da realidade socioeconômica do País, assegurar de imediato o acesso ao ensino fundamental obrigatório a todos os brasileiros, razão pela qual essa projeção do direito à educação foi conformada, em nível constitucional, como um direito exercitável de plano e, nesse sentido, dotado de plena proteção jurisdicional¹⁸⁷.

2.4.2. Direito à saúde

A Constituição estabelece a saúde como um direito social (art. 6º), atribuindo competência comum à União, aos Estados e aos Municípios cuidar da saúde (art. 23, II), estabelecendo percentuais mínimos dos recursos públicos a serem investidos nessa área (art. 198, § 2º c.c. art. 77 do ADCT). O art. 196 diz ser a saúde um direito de todos e um dever do estado, o que leva a entendê-lo como um direito subjetivo.

¹⁸³ Nesses casos, “o que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados”. Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 113. Entretanto, “deve-se notar que em Municípios pequenos o quadro de insuficiência de recursos financeiros pode ser verdadeiro; no caso de competências constitucionais materiais comuns, p. ex., saúde, educação, meio ambiente, mostra-se viável deslocar a incumbência aos demais entes federativos. A incapacidade financeira alegada há de ser comprovada de modo objetivo”. In: MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 222.

¹⁸⁴ **Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: **I** - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; Redação dada pela EC-59/2009.

¹⁸⁵ Sobre a conformação detalhada das “inúmeras prescrições que têm por finalidade viabilizar a imediata fruição do direito de acesso gratuito ao ensino fundamental obrigatório” cf.: RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., pp. 342-344.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 336.

¹⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 344.

No entanto, não se pode olvidar que esse direito é, como diz o mesmo dispositivo constitucional, *garantido mediante políticas sociais e econômicas*, de modo que, como bem salientou a Ministra Ellen Gracie, então Presidente do STF, no julgamento da SS 3.073/RN, “a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas”.

Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde¹⁸⁸.

Trata-se, portanto, de obrigações impostas tanto à Administração quanto ao legislador.

A dificuldade está em definir qual o conteúdo desse dever – esse é o tema de todo o contencioso envolvendo a garantia desse mesmo direito fundamental. Tem-se aqui uma indeterminação de conteúdo de uma ação que inequivocamente comporta *algum grau* de concretização obrigatória pelo próprio Estado¹⁸⁹.

Esse é o primeiro obstáculo que Abramovich e Courtis apontam para a exigibilidade judicial dos direitos sociais, uma vez que “resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas”¹⁹⁰, ou nas palavras de Carlos Bernal Pulido, “a disposição que estabelece o direito não fixa com clareza em todos os casos qual é a prestação mediante a qual se satisfaz o direito”¹⁹¹, de tal sorte que “não é possível, salvo raras exceções, obter indicações constitucionais precisas sobre o *quantum* que o cidadão pode exigir judicialmente do Estado”¹⁹².

Contudo, em que pese a dificuldade de se definir o conteúdo das presta-

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 484.

¹⁸⁹ VALLE, Vanice R. Lício do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 63. Dificuldade que permanece mesmo no caso do Código de Saúde do Estado de São Paulo, Lei Complementar nº 791, de 9 de março de 1995, o qual estabelece que “o direito à saúde é inerente à pessoa humana, constituindo-se em direito público subjetivo” (art. 2º, § 1º).

¹⁹⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, cit., p. 153.

¹⁹¹ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”, cit., pp. 150-151.

¹⁹² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 142.

ções no caso do direito à saúde, sabe-se que este direito será garantido por meio de políticas sociais e econômicas, podendo, então, concluir que somente a partir dessas e com base nelas é que se reconhecerá um direito subjetivo, pois “a nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático”¹⁹³.

Nesse sentido, acompanha-se Jorge Reis Novais, quando afirma que:

É ao legislador ordinário que cabe, em função das disponibilidades financeiras e das margens de avaliação e opção políticas decorrentes do princípio democrático, determinar específica e concretamente, no domínio de cada direito social, o que fica o Estado juridicamente obrigado a fazer e o que pode o particular exigir judicialmente¹⁹⁴.

A partir do momento em que o legislador confere maior densidade normativa aos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição e/ou o Governo implementa uma política pública com o objetivo de concretizar determinado direito, o Judiciário está legitimado a atuar, pois “uma vez totalmente configurado o direito social prestacional pela normatividade derivada, não há nenhum obstáculo jurídico para que os sujeitos beneficiários obtenham tutela jurisdicional no caso de algum embaraço à sua fruição”¹⁹⁵.

As questões que os direitos prestacionais derivados costumam suscitar são, na verdade, aquelas atinentes ao princípio da isonomia, porquanto não se admitem exclusões arbitrárias de determinadas categorias ou grupos de pessoas do espectro de contemplados, franqueando-se aos prejudicados buscar em juízo os benefícios que lhes foram negados, explícita ou implicitamente¹⁹⁶.

Em relação ao fornecimento de medicamentos, que é a principal questão suscitada no âmbito do direito à saúde, Elival da Silva Ramos ressalta que “existem normas legislativas e administrativas que o disciplinam, bem como um serviço público de dis-

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 295. Nesse sentido, a norma da Constituição espanhola que garante o direito à proteção da saúde é mais explícita: **Artículo 43. 1.** Se reconoce el derecho a la protección de la salud. **2.** Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

¹⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 142.

¹⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 345. No mesmo sentido: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 304.

¹⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 345.

pensação minimamente organizado, de modo a permitir a caracterização dessa faceta do direito à saúde como um direito social prestacional derivado, plenamente tutelável na esfera jurisdicional”¹⁹⁷.

Esse também foi o entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes quando, na Presidência do STF, decidiu a Suspensão de Tutela Antecipada 245/RS, analisando minuciosamente a forma como a Constituição positivou o direito à saúde e como esse direito foi desdobrado pelas normas legislativas e regulamentares, concluindo que:

os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

Nessa perspectiva, talvez seja necessário redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas¹⁹⁸.

Os estatutos da criança e do adolescente¹⁹⁹ e do idoso²⁰⁰, procurando dar

¹⁹⁷ Ibidem, p. 346.

¹⁹⁸ STA 245/RS, j. 22/10/2008, DJE 29/10/2008. No mesmo sentido as seguintes decisões do mesmo Ministro: STA 268/RS, j. 22/10/2008, DJE 29/10/2008; SS 3.741/CE, j. 27/05/2009, DJE 02/06/2009.

¹⁹⁹ **Art. 11.** É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. **§ 1º** - A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado. **§ 2º** - Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

²⁰⁰ **Art. 15.** É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. **§ 1º** - A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de: **I** (...); **II** – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios; **III** – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social; **IV** – atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural; **V** (...). **§ 2º** - Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

maior densidade às normas constitucionais que tratam do direito à saúde, relativamente às pessoas que se enquadram nessas categorias, estabelecem o atendimento integral – que já está previsto na Constituição como diretriz para o SUS (art. 198, II) –, determinando ao Poder Público o fornecimento gratuito de medicamentos e outros recursos a quem necessitar. Quanto aos idosos, ainda prevê o atendimento domiciliar, incluindo a internação.

É bastante clara a obrigação que decorre dessas normas, no entanto, se a análise da eficácia de uma norma é um trabalho apenas de hermenêutica, no momento em que se trata de direitos custeados pelo Estado, torna-se “imperioso examinar alguns elementos não propriamente jurídicos que, apesar disto, poderão exercer considerável influência sobre a construção da eficácia jurídica das normas em questão. É nesse contexto que se insere o estudo da *reserva do possível*”²⁰¹, pois “a atribuição do *status* de direitos subjetivos públicos a certos direitos sociais não foge à reserva do possível”²⁰².

Em relação às normas dos dois estatutos acima mencionados, não é possível afirmar que os governantes entenderam – assim como o Constituinte em relação à educação básica – que a realidade socioeconômica do País permite assegurar todas as prestações ali previstas a todos os brasileiros menores de 18 e maiores de 60 anos, porém não se pode censurar, como ilegítima, uma decisão judicial que determine o cumprimento de referidos dispositivos.

O que não se pode esquecer é que nem a previsão de direitos sociais na Constituição, nem sua positivação na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o suficiente instrumental para a sua concretização, assim como a efetiva implantação dos direitos sociais a prestações não pode ficar na dependência exclusiva dos órgãos judiciais, por mais que estes cumpram destacado papel nesta esfera²⁰³.

Por isso, devem ser levadas em conta as advertências de Gilmar Mendes:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que

²⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 236.

²⁰² PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discrecionalidade da Administração Pública*, cit., p. 99.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 353.

se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias²⁰⁴.

No mesmo sentido, Jorge Reis Novais chama a atenção para o fato de que há uma invasão do sistema judicial por inúmeras ações individuais em que se pleiteia alguma prestação ligada ao direito à saúde de tal sorte que, “em termos financeiros, a certa altura, e dada a percentagem quase total de sucesso daquelas acções, representa já um peso considerável no conjunto das verbas disponíveis para todo o sector”²⁰⁵. Em outra passagem, o constitucionalista português também adverte que

quando o Estado é compulsivamente obrigado, por via judicial, a realizar positivamente pretensões individuais de satisfação de um direito social de um número significativo de indivíduos, esse esforço financeiro, eventualmente inesperado, pode impedir financeiramente a prossecução de uma política programada e racional de satisfação desse mesmo direito social em benefício de todos os seus titulares²⁰⁶.

Nesse contexto, faz-se necessário recordar que a Constituição (arts. 227 e 230), o ECA (art. 4º) e o Estatuto do Idoso (art. 3º) estabelecem como dever da família cuidar da saúde dos menores e dos idosos. Do mesmo modo, a Lei 8.080/1990, que organiza o SUS, prescreve que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” (art. 2º, § 2º)²⁰⁷, de tal sorte que é recomendável ao juiz analisar a possibilidade (ou não) de a família do paciente arcar com os custos de um determinado tratamento, sem prejuízo da manutenção de uma vida digna, antes de deferir qualquer pedido com base naqueles dispositivos acima mencionados²⁰⁸.

Pois, “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 466.

²⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 27.

²⁰⁶ Ibidem, cit., p. 122. Ver também: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*, cit., p. 181.

²⁰⁷ O Código de Saúde do Estado de São Paulo também possui previsão semelhante: **Art. 2º, § 2º** “O dever do Poder Público de prover as condições e as garantias para o exercício do direito individual à saúde não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

²⁰⁸ Nesse sentido é interessante mencionar o art. 32 da Constituição italiana, que impõe à República proteger a saúde como um direito fundamental do indivíduo e garantir assistência gratuita aos indigentes, no entanto, é entendida (a proteção da saúde) como um “verdadeiro” direito em relação aos particulares, mas somente uma aspiração política em relação ao Estado, posto que seja considerada uma obrigação política cara ao legislador. Cf.: ZAGREBELSKY, Gustavo. “Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional italiano”, cit., p. 450.

pode razoavelmente exigir da sociedade”, não havendo como “impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento”²⁰⁹.

Ademais, como adverte o professor da Faculdade de Direito de Lisboa

o desvio forçado de verbas não negligenciáveis para atender às imposições judiciais concretas pode pôr em causa e forçar mesmo a inflexão significativa ou o retrocesso nas políticas de saúde que haviam sido globalmente programadas e planificadas em direção a uma melhoria das condições de saúde dos sectores mais desfavorecidos²¹⁰.

Daí, a necessidade de se observar a advertência de Gustavo Amaral e Danielle Melo de que “no campo da saúde, a escassez, em maior ou menor grau, não é um *acidente* ou um *defeito*, mas uma *característica implacável*” e que “a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha *do que atender e do que não atender*”²¹¹.

E, como já mencionado, sabe-se que “a decisão de gastar é, em essência, política. É o aferir das necessidades públicas que leva à decisão da despesa. Programados os recursos e elaborada estimativa de seu *quantum*, resta a opção, dentre as inúmeras finalidades estatais, em que gastar e como fazê-lo”²¹².

Tendo isso em consideração, deve o juiz partir sempre da presunção de legitimidade da decisão tomada no âmbito do SUS, cujo modelo foi traçado constitucionalmente, pois esse sistema “opera sob os princípios de descentralização (e portanto, maior aproximação entre instâncias decisórias e usuários) e de participação da comunidade (art.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde”, cit., pp. 29-30.

²¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 27. É o que mostra a reportagem “O paciente de R\$ 800 mil”, da Revista Época, de 16/03/2012. Segundo a matéria, tribunais pelo país têm condenado Estados a fornecerem o medicamento Soliris (eculizumab), utilizado “para amenizar as complicações de uma forma raríssima de anemia, denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN)”, ao custo de R\$ 800mil por ano. No Ceará, o Estado já foi obrigado a fornecer o medicamento a quatro pacientes, ao custo equivalente a 67% do valor repassado pelo governo estadual para a compra de medicamentos básicos do município de Fortaleza inteiro. A reportagem ressalta ainda que o remédio não cura a doença, apesar de melhorar a qualidade de vida do paciente, o que significa que ele sempre precisará do medicamento, e que há possibilidade de cura por meio de um transplante de medula, que custa cerca de R\$ 50 mil ao SUS. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>.

²¹¹ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos?”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*, cit., p. 101.

²¹² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 254.

198, I e III da CF)”²¹³.

Além disso, não se pode esquecer que a prestação de qualquer serviço público depende da real existência dos meios²¹⁴, inclusive de recursos não monetários²¹⁵, de forma que nada que custa dinheiro pode ser absoluto, nem pode ser garantido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em conta as consequências orçamentárias pelas quais os outros ramos do Governo têm a responsabilidade²¹⁶, afinal “levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”²¹⁷, pois “a lei, não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez”²¹⁸.

Com efeito, a questão da concretização desses direitos, como realça Elival da Silva Ramos,

não pode ser equacionada com plena autonomia pelo direito e seu instrumental, envolvendo, a par da concretização legislativa, o exercício da função de governo (escolha de políticas públicas), da função administrativa, quer no tocante à prática de atos administrativos, quer no tocante à atividade material da Administração, a alocação e dispêndio de recursos financeiros, todas essas ações pressupondo a existência de condições socioeconômicas favoráveis ao seu desenrolar²¹⁹.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet também reconhece que “negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real”²²⁰.

Afinal se a normatividade da Constituição não pode ser confundida com a força condicionante da realidade, também não pode ser definitivamente separada, pois “se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas, a Constitui-

²¹³ VALLE, Vanice R. Lírío do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 64, n. 105.

²¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais”, cit., p. 131.

²¹⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*, cit., p. 95.

²¹⁶ HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: Norton, 1999, p. 97.

²¹⁷ Ibidem, p. 94.

²¹⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*, cit., p. 102.

²¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 335.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 347.

ção carece do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se”²²¹.

2.5. Limites à atuação judicial no controle de políticas públicas

2.5.1. Reserva do possível

O princípio da reserva do possível impõe restrições à efetivação dos direitos de crédito em dois sentidos: o primeiro é a escassez dos recursos financeiros existentes, ou seja, a “carência ou insuficiência de verbas públicas destinadas ao atendimento dessas prestações”; o segundo é o limite da intervenção judicial, uma vez que as decisões acerca da alocação de recursos, “pela incidência do princípio da separação dos poderes, estão precipuamente afetas à esfera de competência do Legislativo”²²².

De tal modo que “a exigibilidade judicial desse direito fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades económicas, de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur*”²²³.

Ana Carolina Lopes Olsen entende que a reserva do possível é relativa, uma vez que a escassez de recursos financeiros se dá somente em razão da escolha política, que pretere as decisões do Constituinte²²⁴. No entanto, como destaca Ana Paula de Barcellos “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”²²⁵, principalmente levando-se em conta o amplo catálogo de direitos sociais e as diversas atribuições do Constituinte ao Estado brasileiro²²⁶.

É certo que “há uma impossibilidade fáctica, insuperável, de o Estado

²²¹ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 131. Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 354.

²²² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*, cit., pp. 133-134.

²²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., pp. 89-90.

²²⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 290. Para a autora “em se tratando de impossibilidade relativa, fruto de uma escolha praticada pelo poder político, poderá o juiz exercer um controle de constitucionalidade desta decisão política, e inclusive invalidá-la na medida em que contrarie as normas constitucionais”.

²²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 245.

²²⁶ “pretender que todos os direitos fundamentais sociais sejam implementados de uma só vez, inclusive com a intervenção do Judiciário, é um sonho idealista que esbarra em obstáculos práticos intransponíveis”. In: WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., p. 222.

poder realizar, ao mesmo tempo, uma infinidade de direitos positivos”²²⁷, de tal sorte que, ainda que se reconheça que, em situação de normalidade, a escassez nunca é absoluta e sim moderada, “a reserva do possível implica, mesmo da parte de um poder político empenhado na realização dos direitos sociais, uma definição de prioridades”²²⁸.

De sorte que “a reserva do possível *marca*, condiciona o próprio direito, desde a sua origem e consagração constitucional”, o que significa que, no caso concreto, só há violação a esse direito se “o Estado tiver condições financeiras de o garantir ou de garantir alguma compensação e não o fizer”²²⁹. Reitera-se, no entanto, a necessidade de comprovação ampla e convincente dessa limitação por parte do Poder Público, quando se tratar de direitos originários ou derivados a prestação.

Além disso, deve-se ressaltar que “as ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por este fundamento e não por falta de normatividade”²³⁰.

2.5.2. *Mínimo existencial*

Como contraponto às alegações da reserva do possível, a doutrina brasileira²³¹, seguindo construção do Tribunal Constitucional de Karlsruhe para superar a ausência de normas de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn²³², tem desenvolvido o conceito de “mínimo existencial”, com base no princípio da dignidade da pessoa huma-

²²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 207.

²²⁸ Ibidem, p. 91.

²²⁹ Ibidem, p. 100.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, cit., p. 300.

²³¹ Ingo Sarlet aponta em expressiva parcela da doutrina e (com menor ênfase) da jurisprudência “um crescente consenso no que diz com a plena justiciabilidade da dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais em geral e da possibilidade de se exigir em Juízo pelo menos a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial, de tal sorte que também nesta esfera a dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto”. Cf.: *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 103. Também em Portugal, o Tribunal Constitucional, inobstante a existência de inúmeros direitos sociais positivados na Constituição, entende que vigora naquela ordem jurídica um direito ao mínimo existencial, em toda sua plenitude, tanto na qualidade de direito negativo, quanto de direito positivo. Cf.: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 395.

²³² Segundo Jorge Reis Novais, para a opinião dominante alemã “só existiria verdadeiro direito subjectivo originário a prestações relativamente à exigência do *mínimo social*”. O autor critica a *importação* de doutrinas criadas no contexto alemão, em que a Constituição conscientemente não previu direitos sociais, para contextos de Constituições como Brasil e Portugal, em que os direitos sociais foram positivados como autênticos direitos fundamentais. Cf.: *Direitos Sociais*, cit., pp. 80-83.

na²³³ ou com base na defesa das condições de liberdade²³⁴.

O mínimo existencial “é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado”, contra o qual a reserva do possível não pode servir de obstáculo²³⁵. Essa também é a posição de Kazuo Watanabe:

A adoção do conceito “*mínimo existencial*” é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da “**reserva do possível**”²³⁶.

Diante do mínimo existencial, a reserva do possível teria aplicação excepcional, circunscrever-se-ia “a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporados por normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos aos seus destinatários”²³⁷.

No entanto, “o mínimo existencial é ‘indeterminado’, e não há muitos critérios seguros para eliminar esta indeterminação”²³⁸, de modo que é de difícil configuração, além de ter elevado caráter subjetivo, diferindo de autor para autor, o que mostra a impossibilidade de aplicação judicial, uma vez que sua delimitação ficaria ao arbítrio da jurisdição e variaria de acordo com a concepção de justiça social de cada magistrado²³⁹.

²³³ Prevista no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU, a dignidade humana está intimamente ligada aos direitos de liberdade e de igualdade. Trata-se de “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”, e é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF-88 – art. 1º, III). Cf.: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 105. Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., pp. 100-101.

²³⁴ Esse é o caso de Ricardo Lobo Torres, que distingue o “mínimo” do mínimo existencial – que se refere ao “*status positivus libertatis*, que admite a proteção individual dos pobres e miseráveis na defesa das condições de sua liberdade” – do “máximo” do mínimo existencial, que se refere à política pública universalista e às ações coletivas. Cf.: “O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais*, cit., p. 335.

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., pp. 132 e 139.

²³⁶ WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas”, cit., p. 218.

²³⁷ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 196; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde”, cit., p. 37; AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*, cit., p. 183.

²³⁸ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”, cit., p. 166.

²³⁹ Segundo Kazuo Watanabe, esse é um conceito dinâmico e evolutivo, com variável histórica e geográfica.

Nesse contexto, é importante a lição de Kelsen:

Quais são as necessidades humanas dignas de serem satisfeitas e, em especial, em que ordem de importância? Essas questões não podem ser respondidas por meio da cognição racional. A resposta a elas é um julgamento de valor, determinado por fatores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo²⁴⁰.

Com efeito, para Vidal Serrano, por exemplo, a reserva do possível não seria um “instrumento de limitação do direito de acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas sim como instrumento conformador de demandas sociais, que, embora inerentes ao bem-estar social e necessárias à realização da personalidade, não se situam nesse limiar mínimo”²⁴¹.

Para Luís Roberto Barroso o mínimo existencial “corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”²⁴².

Daniel Sarmento, por sua vez, estabelece como critério para averiguação do mínimo existencial a necessidade econômica que o titular do direito tem de que a prestação material seja fornecida pelo Estado:

Um exemplo: o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as conseqüências para ele da o-

Cf.: “Controle jurisdicional das políticas públicas”, cit., p. 219. E ainda que fosse possível delimitar esse mínimo com maior segurança e objetividade, “a escolha entre estratégias de ação sociais para alcançar os mínimos dos direitos é mais propriamente um assunto da ciência econômica, para cujo ajuizamento está mais legitimado o legislador”. Cf.: PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”, cit., p. 167.

²⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, cit., p. 10.

²⁴¹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 176.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais*, cit., p. 881.

missão estatal impugnada²⁴³.

Ana Paula de Barcellos vê o mínimo existencial como núcleo essencial do princípio da dignidade humana, o qual, uma vez violado, permite a sindicabilidade judicial²⁴⁴. Para a autora esse mínimo, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, inclui os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça²⁴⁵. Entretanto, se todos esses direitos se encontram positivados na Constituição, desnecessária uma construção doutrinária ou jurisprudencial para garanti-los.

Nesse sentido é bastante esclarecedora a crítica de Elival da Silva Ramos:

Pretende-se que o mínimo existencial, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), autorize o Poder Judiciário a assegurar o direito subjetivo a prestações estatais que, minimamente, assegurem uma existência digna, ficando ao alvedrio dos órgãos jurisdicionais a delimitação do âmbito de abrangência desse estatuto mínimo de direitos prestacionais, olvidando-se que na Constituição do Brasil em vigor foi contemplado um exaustivo elenco de direitos fundamentais sociais, os quais, se fundados em normas de eficácia limitada, ostentam desde logo uma eficácia indireta, compreensiva da cláusula de proibição do retrocesso. É por isso que se pode dizer que o mínimo existencial, no contexto do Sistema Jurídico brasileiro, está devidamente delimitado pela própria Constituição Federal, não ficando da dependência de construções doutrinárias e jurisprudenciais impregnadas de acentuada dose de subjetivismo²⁴⁶.

É na mesma direção a de Jorge Reis Novais:

Então, qualquer que seja o caminho utilizado para aí chegar, a dificuldade não residirá na conclusão, afinal logicamente imposta, de que o Estado de Direito, mormente o Estado de Direito social, está constitucionalmente obrigado à realização de um mínimo. As dúvidas colocam-se, desde logo, na interrogação sobre o que permite a redução teleológica do conteúdo normativo do direito social a um *mínimo*, sobretudo nos casos em que a própria Constituição consagra um

²⁴³ SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais”, cit., p. 577.

²⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., pp. 197-199.

²⁴⁵ Ibidem, p. 305.

²⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., pp. 351-352. Segundo o autor o mínimo existencial é composto pelo salário mínimo, pela previdência social, assistência social aos deficientes e idosos, direito à saúde e ensino fundamental, ressaltando que o salário mínimo “não tem sido plenamente satisfeito pelo legislador infraconstitucional pelo simples e curial motivo de que o atual estágio de desenvolvimento econômico do País não o comporta”.

programa normativo muito mais ambicioso. E, em segundo lugar, a dificuldade residirá, também, na busca dos critérios que permitam delimitar esse mínimo no estrito respeito e observância do princípio da separação de poderes, ou seja, em última análise, como é que o poder judicial fixa um *mínimo* susceptível de ser imposto à observância dos poderes públicos, legislador e administração, sem violar os respectivos limites funcionais de distribuição de poderes em Estado de Direito²⁴⁷.

Outra questão posta pelo mínimo existencial diz respeito aos gastos públicos. Segundo Ana Paula de Barcellos, “ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir”²⁴⁸.

No mesmo sentido é o pensamento de Régis de Oliveira, para quem:

Diante da finitude dos recursos financeiros, nasce a dúvida do que deve ser atendido com prioridade. A Constituição elenca alguns valores que devem ser priorizados, enquanto a legislação erige outros. Nesta sequência é que deve haver a alocação dos recursos no momento político da decisão orçamentária.

No confronto entre prioridades do Estado *versus* direitos dos indivíduos, qualificados como humanos, dúvida não há que deve prevalecer a segunda. Isto é, diante dos vetores estabelecidos na Constituição, que decorre de opção política do constituinte originário ou derivado, não pode o legislador escolher outra alternativa, incompatível com os valores encampados pelo constituinte. A opção há de ser aquela compatível e sujeita ao que o constituinte estabeleceu²⁴⁹.

Sem embargo, deve-se ter em mente que a Constituição já delimitou a liberdade de conformação do legislador, quando estabeleceu recursos mínimos a serem gastos com prestações de educação e saúde, ficando, portanto, os demais recursos para a apreciação e deliberação políticas, das quais o Judiciário não está legitimado a participar, ressalvadas as hipóteses discutidas anteriormente.

Nesse sentido é a lição de Reis Novais de que

²⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 193.

²⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 246. No mesmo sentido: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, cit., p. 70.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, cit., p. 257.

por imposição do princípio democrático que informa a separação de poderes própria de Estado de Direito, o Parlamento, os titulares do poder político e o legislador democrático não podem ser privados da palavra decisiva sobre a alocação e distribuição dos recursos financeiros disponíveis²⁵⁰.

2.5.3. *Separação de poderes*

Ainda na vigência da Constituição anterior, Anhaia Mello destacava que,

se a Constituição é a lei das leis, e se as outras leis e atos a ela devem se conformar, é ao juiz que deve competir dizer dessa conformidade ou não, o que lhe dá, praticamente, uma posição de realce, que se não atinge as proporções vistas por Lambert e outros, não deixa de ser significativa e perceptível²⁵¹.

Por isso, pode-se dizer que a legitimidade de atuação do Poder Judiciário vem dos elementos orgânicos da própria Constituição²⁵², a qual, entretanto, estabelece os termos e limites dessa atuação. De tal sorte que é “legítimo o exercício da jurisdição constitucional sobre a atividade política dos poderes estatais, quando revestido de natureza jurídica, porque prescrito pela Constituição, instrumento do qual retira sua natureza político-jurídica”²⁵³.

Desse modo, sendo os juízes regularmente selecionados, pelos métodos determinados pela Constituição, e desde que atuem nos limites de sua competência legal, “não há como pôr em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral”²⁵⁴.

Como já mencionado, a Constituição de 1988, apostando “na autonomia do direito, vislumbrando-se os tribunais como alternativa à crise de representação política e à inércia do estado na formulação de políticas públicas”²⁵⁵, ampliou bastante as competên-

²⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 92.

²⁵¹ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, cit., pp. 36-37.

²⁵² TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 182.

²⁵³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Interpretação constitucional”, cit., p. 74.

²⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*, cit., pp. 26-27. Para o autor “pelos resultados colhidos da experiência, não há dúvida de que, na sociedade moderna, o melhor modo de seleção de juízes é o concurso público, aberto, em igualdade de condições, a todos os candidatos que preencham certos requisitos fixados em lei, excluída qualquer espécie de privilégio ou discriminação” (p. 26).

²⁵⁵ BELLO, Enzo. “Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social”, cit., p. 179.

cias do Judiciário²⁵⁶, de modo que há uma maior *interação e complementaridade* entre as funções e atividades do Estado, o que, para Rodolfo de Camargo Mancuso, “mostra a semelhança do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre as políticas públicas”²⁵⁷.

Esse também é o entendimento de Odete Medauar, para quem “se o poder detém o poder, se ao Poder Judiciário cabe a jurisdição, é da lógica da separação de poderes o controle sobre a Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida”²⁵⁸, ainda que aqui a autora esteja se referindo ao controle da Administração em geral e não especificamente das políticas públicas.

Do que efetivamente se trata, então, é de delimitar esse campo de atuação, para evitar o governo de juízes, preconizado por Lambert, pois

se não houver um critério satisfatório com que separar o político do jurídico, o resultado bem poderá ser o retraimento do Poder Judiciário evacuando considerável área no campo das garantias constitucionais ou, ao contrário, sua indébita intromissão na esfera da competência constitucional dos demais poderes²⁵⁹.

O Estado de Direito, hoje em dia, é considerado elemento do regime democrático, de modo que o controle judicial da observância pela Administração das leis e do Direito, que a Constituição lhe impõe, não debilita as estruturas democráticas, pelo contrário, clarifica-as e as fortalece²⁶⁰.

²⁵⁶ Dado o crescimento das atribuições estatais, com o conseqüente agigantamento dos demais poderes, mostra-se importante a necessidade do Judiciário tornar-se “o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”, como defende Cappelletti, pois, em face do *Big Government*, “apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz”. Cf.: *Juizes Legisladores?*, cit., pp. 47 e 61, respectivamente.

²⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, cit., p. 777. Igualmente: ZANETI JR., Hermes. “A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional”, cit., p. 47.

²⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, cit., p. 210.

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 318. Não se ignora, contudo, que, na realidade, “no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter ‘político’ o ‘técnico’ de una cuestión, de modo que la línea demarcatoria entre estas cuestiones y las cuestiones cabalmente ‘jurídicas’ es una frontera moviediza”. Cf.: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, cit., p. 160.

²⁶⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., p. 124. “Nas sociedades democráticas modernas, submetidas ao império do direito, a proteção dos direitos humanos no caso de grave ameaça, como também o castigo dos responsáveis por toda ofensa a esses direitos, é tarefa que

O jurista francês Antoine Garapon adverte que hoje

[a] lei tão essencial para a separação de poderes não é mais suficiente para guiar o juiz em suas decisões. Ele deve apelar para fontes externas antes de proferir suas sentenças. A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar, sozinha, todo o sistema jurídico²⁶¹.

No entanto, a tão propalada superação do positivismo não pode de nenhum modo implicar o abandono da positividade do direito²⁶². “Realçar a importância das regras e da legalidade não significa legalismo, formalismo ou positivismo. Mas pode representar um resgate dos direitos fundamentais como valores intrínsecos do ordenamento e fonte privilegiada de legitimação política do Estado e do Judiciário”²⁶³.

É amplamente reconhecido que, embora o Judiciário não possua “nem a bolsa nem a espada” –, ou seja, nem os poderes orçamentários do Legislativo nem os poderes coercitivos do Executivo –, ele tem um considerável poder político como depositário da fé pública nas regras do jogo. O Judiciário desempenha um papel central na determinação e aplicação de princípios tanto constitucionais quanto ideais, tais como o *Rechtsstaat* ou *état de droit*. Ele decide quais regras são legítimas e estão em concordância com as leis locais ou a Constituição, assim como quais ações (ou omissões) representam aberrações ou infrações. Como resultado, os tribunais influenciam o curso das políticas públicas: tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes²⁶⁴.

Referindo-se às políticas públicas, Taylor observa que “normativamente, as coisas estão menos resolvidas e há uma certa ambiguidade que sempre cercará a atuação do Judiciário na política, tanto em termos da teoria democrática quanto na questão da for-

incumbe ao Poder Judiciário de cada Estado”. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*, cit., p. 38.

²⁶¹ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*, cit., p. 40.

²⁶² “Com isso, no entanto, fica aberto o caminho para que se deixe de lado a Constituição com a simples invocação de qualquer interesse aparentemente mais elevado, mas cuja superioridade, com toda a certeza, será posta em questão”. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 92.

²⁶³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário”, cit., p. 50.

²⁶⁴ TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, cit., p. 248.

mulação efetiva e eficaz das políticas públicas”²⁶⁵.

Por isso, nesses casos, é necessária uma maior atenção dos juízes para que essa crescente judicialização da política – obra, como se viu, tanto do Constituinte quanto do legislador ordinário – não se desvirtue para uma *politização* ou *partidarização* da Justiça, de modo que os juízes deixem de exercer *legitimamente* um controle sobre os governantes e passem então a substituí-los, o que Canotilho rechaçava, desde a primeira edição de sua *Constituição Dirigente*, como também já foi mencionado, em que pese o fato de sua obra ser comumente utilizada para fundamentar a intervenção dos juízes nessa área.

Considerando que a legitimidade dos juízes vem do Direito que são chamados a aplicar, sua independência é a expressão da objetividade desse Direito²⁶⁶, razão pela qual sua decisão deve-se dar de acordo com o que dispõe o Direito, ou seja, conforme as regras públicas, comuns às partes, e não com o que lhe parece substantivamente correto ou justo²⁶⁷.

Assim é que questões de políticas públicas é intrinsecamente afeta às atribuições da administração do Estado pela função exercida pelo chefe do Executivo, que as estabelece dentro da sua conveniência e oportunidade, amparado pelo voto popular. Se a questão é de administração pública, com a representatividade da população eleitoral, a teor da doutrina da tripartição dos Poderes, a ingerência do Poder Judiciário na gestão pública relativa aos direitos dos cidadãos, como são exemplos a saúde e o meio ambiente, deve ter amparo consistente para não ruir os ditames democráticos²⁶⁸.

Nesse sentido Carlos Bernal Pulido destaca que:

A falta de certeza das premissas fáticas conta a favor do legislador e da administração. Se em um caso, por exemplo, não se sabe qual das duas medidas protege melhor um direito social, o juiz não poderá impor uma como constitucionalmente necessária, pois esta escolha estará reservada aos órgãos de configuração. O respeito a esta margem de ação, que deriva do princípio democrático, impede a

²⁶⁵ Ibidem, p. 249.

²⁶⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, cit., p. 50.

²⁶⁷ ATRIA, Fernando. “El derecho y la contingencia de lo político”, cit., p. 326.

²⁶⁸ CRITSINELIS, Marco Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 28. Nesse contexto mostra-se importante a advertência da professora Anna Cândida de que: “Quanto mais elástico for o processo interpretativo, tanto maiores, porém, os perigos de frustração ou desvirtuamento do texto constitucional e de distorções dos princípios fundamentais que embasam o documento constitucional”. In: *Processos Informais de Mudança da Constituição*, cit., p. 62.

intromissão indevida do juiz constitucional em competências legislativas e administrativas. Sua observância garante que o caráter jurídico dos direitos sociais não se converta em um artifício para que o juiz desconheça as regras do jogo democrático e do princípio da divisão de poderes²⁶⁹.

Ademais, “não se pode negligenciar o fato de que boa parte dos direitos fundamentais sociais consagrados na nossa Constituição já foram objeto de concretização pelo Legislador”²⁷⁰. A dificuldade na materialização desses direitos não está na ausência de regulamentação, mas sim na “insuficiência de recursos materiais por parte do Estado, inviabilizando a adoção de políticas públicas que satisfaçam inteiramente e, de imediato, ao comando constitucional”²⁷¹.

A concretização de direitos sociais previstos em normas programáticas diretamente da Constituição, como se direitos originários fossem, “levaria a substituir a política – judicialmente fiscalizada – por uma execução da Lei Fundamental e, desse modo, a restringir decisivamente o campo em que se deve formar a vontade parlamentar como fundamento de uma ordem democrática aberta”²⁷².

Além disso, como mostra a história, muitos dos governos *em nome do povo* não passam, ou não passaram, de um *engodo*, “tanto existem massas e manipulação das massas no capitalismo tecnocrático como nos socialismos autoritaristas; tanto se tem o *social* como meta ou como alegação nuns sistemas como noutros, e a menção ao ‘povo’ serve frequentemente como pretexto e engodo”²⁷³.

Com efeito, “a adoção de um modelo judicial ancorado num suposto realismo judiciário – sob o argumento de que, se cabe aos juízes decidir sobre o conteúdo da Constituição, também lhes cabe governar – é inaceitável em um regime democrático, pois significa render graças ao ‘império da força bruta’”²⁷⁴.

Segue na mesma direção Carlos Blanco de Moraes:

²⁶⁹ PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”, cit., p. 172-173.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 300.

²⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 348.

²⁷² HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 30.

²⁷³ SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, cit., p. 71.

²⁷⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 20.

Conceder ao juiz um livre e irrefreado poder interpretativo da Constituição e da lei, que lhe permita dizer o que a Constituição objectivamente não diz, e ser, a “boca” e das suas convicções subjectivas erigidas a parâmetros constitucionais, constituiria um livre trânsito para a violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático-representativo²⁷⁵.

Além disso, deve-se ter sempre em mente que,

se uma providência imediata de controle corretivo pode ser deflagrada pela inércia; dela não deve resultar uma reação que reforce a inatividade – na medida em que desonere o responsável original pela atuação do poder, dos custos políticos inerentes à escolha pública e à concretização de suas decisões²⁷⁶.

De modo que a estratégia de reivindicação judicial individualizada pode gerar distorções, desigualdade, desmobilização social, tirando a responsabilidade política dos governantes²⁷⁷. Como ensina Pontes de Miranda, “para que a democracia viva, tem de tornar-se mais eficiente e educadora (isto é, mais criadora de si mesma, de consciência e atividade democráticas, em toda a população)”²⁷⁸.

Simone Goyard-Fabre lembra que “A grandeza da democracia – Atenas e Roma já o mostraram outrora – depende do civismo de todos os cidadãos”²⁷⁹. Por isso, em relação aos direitos sociais, Canotilho assevera que:

O sentido *dinâmico-programático* do bloco constitucional dirigente é mais o da construção de uma “nova ordem” do que o da manutenção do *status quo*. Mas isso é tarefa do legislador, das forças políticas, dos cidadãos. É uma tarefa de participação e de responsabilidade político-democrática²⁸⁰.

Essa ideia também está presente na obra de Meirelles Teixeira, inédita até 1991:

²⁷⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças com efeitos aditivos”. In: *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 102.

²⁷⁶ VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 73.

²⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 321; SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais”, cit., p. 562. “Não cabe ao direito sufocar o espaço de participação, luta e conquista política, como se os juristas e o Judiciário formassem uma classe sacerdotal, superior e paternalista, capaz de prover todos os bens desejados pelo homem”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., pp. 306-307.

²⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, cit., p. 238.

²⁷⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que É Democracia?*, cit., p. 138.

²⁸⁰ CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., pp. 349-350.

E se nenhum cidadão dispõe de remédio jurídico, *direto*, adequado a compelir o Poder Legislativo a realizar essa tarefa, à sua disposição se acham remédios políticos, *indiretos*, como o direito de voto, de escolha de representantes dignos, esclarecidos e operosos – meios que, como sabemos, só poderão tornar-se plenamente efetivos em época ainda mais ou menos remota, dadas as circunstâncias e fatores político-sociais que todos conhecemos²⁸¹.

Nesse contexto, sobressai a importância da relevante tarefa do jurista de

inquirir e verificar, a cada momento, se as técnicas constitucionais e legais adotadas correspondem, efetivamente, na prática, aos fins em vista, a fim de que, na hipótese negativa, sejam modificadas na medida das necessidades políticas e sociais, resultantes da conjuntura histórica de cada país e de cada época, pois são simples “expediente racionais” para atingir os fins do Estado²⁸².

O que mostra a pertinência da crítica de Elival da Silva Ramos ao Constituinte de 1987/1988, que, desconsiderando as “judiciosas advertências de Konrad Hesse acerca dos limites da força normativa da Constituição e suas instituições” e procurando no instrumental jurídico as soluções para todas as deficiências da sociedade, ao invés de

ao invés de se canalizar esforços para dotar o sistema político de maior racionalidade e eficácia, aprimorando-se a representação política e o sistema de governo, apostou-se na aproximação do discurso constitucional da realidade fática por meio de instrumentos de índole processual, manejáveis perante o Poder Judiciário²⁸³.

Realmente, não se pode esquecer a necessária relação entre a Constituição escrita e a realidade constitucional²⁸⁴, ou seja, “o *equilíbrio* entre o *realismo* e o *idealismo*”, para que “os grandes princípios ideológicos e programáticos, nelas inscritos, não se reduzam a meras fórmulas literárias, a meras promessas constitucionais”²⁸⁵, pois se “uma Constituição existe, realmente, quando é aplicada e cumprida”, para tanto, ela “não pode se

²⁸¹ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 191.

²⁸² Ibidem, p. 192.

²⁸³ RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 347. No mesmo sentido, é a advertência de José Reinaldo de Lima Lopes de que “no Brasil pós-constituente corremos o risco de voltar ao bacharelismo judicialista, acreditando que por instrumentos jurídico-legais superaremos nossa pobreza, desigualdades e falta de democracia”. In: “Judiciário, democracia, políticas públicas”, cit., p. 260.

²⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 186-188.

²⁸⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 109.

afastar da realidade”²⁸⁶.

Para sedimentar a noção de Constituição é necessário explicar ao povo qual é o objeto, o fim e o conteúdo da Constituição. Essa obra pedagógica de esclarecimento é necessária para conquistar o apoio popular à Constituição e impedir a difusão da ilusão constitucional, pois a Constituição, como lembra o realismo pragmático de *Karl Loewenstein*, “não dá comida, nem casa, nem educação ou lazer”. A ilusão constitucional, fundada na concepção providencialista de que a Constituição tudo pode, abrirá o caminho da instabilidade e solapará o prestígio do documento jurídico fundamental do Estado²⁸⁷.

É na mesma direção a advertência de Manoel Gonçalves de que “Frequentemente fruto de desejos em descompasso com o possível, não raro essas normas [programáticas] permanecem letra morta. Ora, quando um parcela da Constituição é ressentida como não cogente, a imperatividade de toda a Constituição com isso perde”²⁸⁸.

E também do constitucionalista alemão e juiz do Tribunal Constitucional Federal Konrad Hesse:

Quanto mais amplo for o âmbito de vigência e aplicação dos direitos fundamentais (...), tanto maior será o perigo de sobrecarga da Constituição, de uma desvalorização e, em consequência disso, de cursos erráticos, especialmente de uma perda da liberdade e responsabilidade do próprio legislador democrático e de um menoscabo de funções da jurisdição ordinária²⁸⁹.

2.5.4. Incapacidade técnica dos juízes

Antoine Garapon chama a atenção para o fato de que hoje,

Uma justiça moderna para ser eficaz e, portanto, respeitada, deve ter profundo conhecimento da matéria que vai julgar. Como se trata de regulações cada vez mais complexas, que colocam em jogo interesses importantes – políticos e econômicos –, não basta conhecer o direito, é preciso ainda inteirar-se sobre o que o envolve, a técnica e a “cultura” próprias à matéria²⁹⁰.

²⁸⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, cit., p. 59.

²⁸⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, cit., pp. 36-37.

²⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, cit., p. 92.

²⁸⁹ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 39, n. 28.

²⁹⁰ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*, cit., p. 262.

Nesse sentido, Ingo Sarlet sublinha que

a presunção em prol da maior capacidade dos demais órgãos e seus respectivos agentes é sempre relativa, visto que parte da noção de que dominam a matéria sobre a qual decidem ou se municiam de relatórios e informações técnicas sempre idôneas obtidas de terceiros (coisa que peritos colocados à disposição dos Juízes também podem resolver em muitos casos), seja pelo fato de que mesmo com todo aparato técnico disponível, a decisão política não raras vezes pende para a solução tecnicamente menos consistente (e por esta razão mesmo juridicamente ilegítima, quando a menor consistência técnica viola regras e princípios legais ou constitucionais), de tal sorte que necessária a intervenção do Poder Judiciário²⁹¹.

Sem reparo ao argumento do jurista gaúcho, deve-se levar em consideração que no que tange especificamente às políticas públicas as decisões dependem, em regra, de uma análise prospectiva dos efeitos sociais, o que, muitas vezes, “não pode ser deduzido a partir de dados técnicos, dada a complexidade do tema e a própria velocidade com a qual as variantes desta equação são alteradas na economia contemporânea”²⁹².

Além disso, como já foi mencionado no capítulo anterior, ainda que a *análise* das várias possibilidades de ação sejam orientadas por conhecimentos técnicos (de áreas muito diversas), as políticas públicas exigem uma decisão sobre a *formação da agenda* e a *escolha* da medida a ser implementada. Estas são decisões e ações políticas, sendo, por isso, necessária a participação de todos os cidadãos.

De modo que

submeter esta sorte de tarefa à atividade judicial – mormente em se considerando que os juízes não terão responsabilidade política por seus erros, ou seja, apesar dos danos que venham a causar à população, permanecerão vitaliciamente em seus cargos – revela-se incompatível com a democracia²⁹³.

Afinal, não se pode esquecer que “a prestação de contas, a responsabilidade dos executores, são essencialmente democráticas. Quem gere interesses de um grupo há de prestar contas a esse grupo”²⁹⁴. É o que se encontra no art. 15 da Declaração dos Di-

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 362-363.

²⁹² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 50.

²⁹³ Ibidem, mesma página. No mesmo sentido: CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., pp. 240-241.

²⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, cit., p. 253.

reitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁹⁵. Na Grécia Antiga, havia o processo conhecido por *euthyna* (prestação de contas), que “consistia na avaliação da forma como o mandato foi conduzido”²⁹⁶.

2.6. Principais argumentos da Legitimidade do controle

A Constituição de 1988, por sua natureza analítica e compromissória, consagrou diversos direitos de crédito, constitucionalizando, inteira ou parcialmente, inúmeras políticas públicas, *judicializando*, dessa forma, a política. Com isso, abriu amplo espaço para a *judicialização* da política e, conseqüentemente, para o *ativismo judicial*. Desse modo, somente a partir de um debate sobre o conteúdo do princípio democrático se revela possível traçar limites para a atividade judicial no campo das políticas públicas²⁹⁷.

Ao longo do trabalho tentou-se delimitar o campo de atuação legítima do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas, especialmente àquelas ligadas aos direitos sociais a prestações, com base na Constituição e em normas infraconstitucionais que desdobram os direitos nela previstos. Nessa última parte do trabalho, serão analisados os principais argumentos que costumam ser usados para legitimar essa atuação.

2.6.1. Relação entre os direitos sociais e a democracia

O primeiro desses argumentos é a relação entre os direitos sociais e a democracia. Com efeito, não se nega que esses direitos, “se concretizados, conferem ao povo mais necessitado um mínimo de bem-estar, não apenas condizente com a eminente dignidade humana, mas também o apego ao regime democrático, no qual foram conquistados. Servem, portanto, de sustentação para a democracia”²⁹⁸.

Também não se discorda de que “a negativa dos direitos sociais, ou seja, a negativa das condições de possibilidade de vida digna garantida sob o nome de direitos

²⁹⁵ **Art. 15.** La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.

²⁹⁶ ARISTÓTELES. *A Constituição dos Atenienses*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 26, n. 13. “Os atenienses levaram a democracia a extremos raramente vistos em épocas posteriores, mas eram cautelosos na prática; todos os funcionários eram examinados antes de ocuparem os cargos e investigados pelo conselho enquanto desempenhavam suas funções, além de não poderem deixar os cargos no fim do ano até serem inspecionados e aprovados pelo conselho”. In: STARR, Chester G. *O Nascimento da Democracia Ateniense: A Assembleia no Século V a.C.* São Paulo: Odisseus Editora, 2005, p. 70.

²⁹⁷ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 48.

²⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Democracia e direitos sociais”. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Profa. Maria Garcia*. São Paulo: IOB-Thomson, 2007, p. 316.

sociais, é negativa da democracia”²⁹⁹.

Nesse sentido, Amartya Sen também é claro ao dizer que a “participação requer conhecimentos e um grau de instrução básico”, de tal modo que negar a oportunidade de educação escolar a qualquer grupo (ou indivíduo) “é imediatamente contrário às condições fundamentais da liberdade participativa”³⁰⁰.

No entanto, não é somente essa relação que pode justificar uma decisão judicial, ou seja, não se pode legitimar a decisão com base apenas em construções doutrinárias, tais como a do mínimo existencial, que “criam” um direito originário a prestações, cujo descumprimento permite a interferência judicial (sem necessidade de qualquer intermediação legislativa), por se tratar de uma exigência da democracia para viabilizar a participação de todos os cidadãos no debate público³⁰¹, e que, na verdade, atropelam “o desenrolar do processo político democrático, principal responsável pelo ajuste entre o projeto constitucional e a realidade socioeconômica subjacente”³⁰².

Principalmente porque a Constituição consagra inúmeros direitos sociais, inclusive na forma de direito público subjetivo, como é o caso da educação básica, que pode ser exigida judicialmente no caso de não oferecimento ou oferta irregular.

Além disso, muitos desses direitos já contam com considerável regulamentação legislativa e administrativa. De modo que esta (regulamentação) e não aquelas (construções doutrinárias) legitima uma decisão judicial no âmbito das políticas públicas, pois “só uma argumentação jurídica e jurídico-constitucional pode e deve servir de fundamento à decisão judicial”³⁰³. Volta-se mais uma vez à lição de Michelangelo Bovero de que não existe democracia *par le peuple* se não for realizada *pour le peuple*³⁰⁴.

Ademais, a heterogeneidade cultural do Brasil faz conviverem profundas divergências sobre o bem comum, aumentando ainda mais o subjetivismo de decisões judi-

²⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Judiciário, democracia, políticas públicas”, cit., p. 257.

³⁰⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*, cit., p. 51.

³⁰¹ SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais”, cit., p. 575.

³⁰² RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 354.

³⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 30.

³⁰⁴ “Com esta noção de democracia social, oposta à noção formal de democracia, nega-se simplesmente a diferença entre democracia e ditadura e considera-se que a ditadura postulada realize a justiça social como ‘verdadeira’ democracia”. In: Kelsen, Hans. *A Democracia*, cit., p. 100.

ciais que não levam em consideração a densidade das normas constitucionais ou infraconstitucionais. Daí a importância da lição de Kelsen sobre a relação entre justiça e legalidade, a fim de que situações idênticas sejam julgadas de maneiras idênticas³⁰⁵.

2.6.2. A perda de legitimidade dos representantes

O fato de que “as decisões sobre o conteúdo das políticas públicas, no Brasil, raramente passam por um processo de avaliação prévia da população”³⁰⁶ não legitima que um órgão não eleito substitua aquele no qual a população depositou a confiança do voto.

Ademais, ainda que o modelo de democracia seguido pela Constituição seja não o da democracia representativa pura, mas sim o da democracia semidireta³⁰⁷, chamar a população para avaliar as políticas públicas a serem implementadas, dado o seu elevado grau de complexidade, levaria ao que Giovanni Sartori denomina *politização frenética*, o que “obrigaria um cidadão de espírito econômico do século XX a devotar-se de corpo e alma à política”³⁰⁸.

Do mesmo modo, não se legitima uma decisão judicial com a alegação de que “também a legitimidade democrática do Legislativo e do Executivo merece ser analisada com uma certa reserva, pois os representantes políticos não necessariamente correspondem às expectativas de seus eleitores”³⁰⁹, quando, por exemplo, permitem, por meio de Medida Provisória, às instituições financeiras capitalizarem juros e que, por isso, “o caráter democrático dos poderes políticos não pode ser tomado como algo absoluto”³¹⁰.

³⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, cit., p. 20.

³⁰⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 27.

³⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, cit., p. 54.

³⁰⁸ SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*, cit., p. 271. Para o autor, em um Estado de grande escala, com milhões de cidadãos, com vontades múltiplas e dispersas, as quais a democracia tem de reduzir a uma única autoridade, “as condições sob as quais ela [democracia] tem de operar são apenas uma aproximação remota ao melhor nível possível de condições encontradas em grupos primários e em pequenas comunidades integradas” (p. 29). Rousseau já advertia que “é contra a ordem natural que o grande número governe e o pequeno seja governado”, apontando as dificuldades que supõe tal governo, que requer um Estado muito pequeno, de grande simplicidade de costumes e muita igualdade nas classes e nas fortunas. Cf.: *O Contrato Social. Princípios do Direito Político*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Livro III, Capítulo 4, p. 83.

³⁰⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 283.

³¹⁰ Ibidem, p. 284. Contundente resposta a essa crítica é dada por Cesar Augusto Alckmin Jacob, nos seguintes termos: “É interessante notar que, por exemplo, o argumento crítico da representatividade deixa de considerar fato inquestionável: a Assembleia Constituinte que votou a Carta de 88 foi formada por representantes do povo. Ou seja, se hoje, depois de indiscutível evolução no que diz com a escolha consciente no exercício

O fato de os representantes não corresponderem às expectativas dos representados não confere legitimidade para que um órgão sem representatividade os substitua, pois aqueles têm mandatos com prazo determinado e podem deixar de ser reconduzidos ao cargo, diferentemente dos juízes, que, independentemente das consequências da decisão que tomem, terão seus cargos vitaliciamente. Ademais, mostra-se meramente ideológico o argumento de que a decisão que permite capitalização de juros pelas instituições financeiras não é democrática.

Ressalta-se, ainda que, mesmo concordando com Ana Carolina Olsen quando diz que “já se verificou que nestas circunstâncias, confiar exclusivamente na atuação política dos poderes públicos pode significar deixar de atender pretensões jusfundamentais, de modo que o direito fundamental social não satisfeito venha a significar a exclusão social de seu titular”³¹¹, deve-se ter em mente sempre que eventual intervenção de controle pelo Judiciário tem que ser ao mesmo tempo “apta a, no plano imediato, superar a violação a direito, mas no plano secundário, *induzir a recondução do poder inerte* (legislativo ou administrativo) ao cumprimento de seus misteres constitucionais”, “afinal, o resultado desejável, sempre e sempre, da ação de controle é reconduzir aquele que é destinatário inicial do cometimento constitucional ao *desenvolvimento regular* de suas atribuições”³¹².

Daí a importância de se ampliarem os meios de controle por parte dos cidadãos e não de retirar a responsabilidade política dos governantes, pois, ensina Loewenstein, “la responsabilidad política se ha convertido en la técnica más eficaz para controlar al detentador del poder”³¹³. Segundo o cientista político, “existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder

do direito de voto, ainda se põe em dúvida a representatividade do Parlamento – que, afinal, é a base das escolhas públicas – e se utiliza esse argumento como fundamento para a quebra, pelo Judiciário, das opções feitas pela Administração, porque não seria questionável o próprio texto constitucional. A propósito, de muitos dos defensores do controle irrestrito da Administração pelo Poder Judiciário, já se escuta dizer que a Constituição é feita para o povo e não o contrário, como se, “em nome do povo”, os juízes pudessem mudar a Lei Maior”. In: “A ‘reserva do possível’: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba”, cit., p. 254, n. 52. Nesse sentido, Ferreira Filho realça que a legitimidade do Poder Constituinte “não é maior do que a dos poderes constituídos, apenas sua função é anterior a estes e fundadora destes”. Cf.: *Estado de Direito e Constituição*, cit., p. 69.

³¹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 288. Afinal, conforme mencionado anteriormente, a crise de representação política e a inércia do Estado na formulação de políticas públicas levaram o Constituinte a apostar na autonomia do direito e confiar nos tribunais como alternativa.

³¹² VALLE, Vanice R. Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*, cit., p. 73.

³¹³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 71.

sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada”³¹⁴.

Nesse sentido, Robert Dahl aponta que

as exigências [da democracia] não estarão satisfeitas se os funcionários mais importantes do governo fizerem o planejamento e adotarem políticas independentemente dos desejos dos cidadãos. A única solução viável, embora bastante imperfeita, é que os cidadãos elejam seus funcionários mais importantes e os mantenham mais ou menos responsáveis por meio das eleições, descartando-os nas eleições seguintes³¹⁵.

2.6.3. Argumentação racional das decisões judiciais

A suposta ponderação razoável dos juízes não pode servir de fundamento para legitimar suas decisões no âmbito de políticas públicas. A argumentação racional das decisões judiciais é requisito de validade, pois na verdade trata-se da exigência de fundamentação das decisões, conforme prescreve o art. 93, IX, da Constituição Federal.

E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas³¹⁶.

E essa fundamentação, ensina o jurista italiano Mauro Cappelletti, é sempre com base no Direito, pois “o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘equidade’ ou em análogos e vagos critérios de valoração”³¹⁷.

Além disso, como bem adverte Hübner Mendes o legislador também poderia ter o mesmo compromisso com o bom argumento e com a fundamentação racional, se assim lhe fosse cobrado. Para isso, contudo, “deve-se pensar no aperfeiçoamento do processo legislativo em vez de amesquinhá-lo”³¹⁸, pois, na verdade, diferentemente dos direitos individuais, “os direitos sociais são assegurados muito mais pelo exercício do po-

³¹⁴ Ibidem, p. 70.

³¹⁵ DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: UNB, 2009, p. 107.

³¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 514.

³¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*, cit., p. 25.

³¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, cit., p. 178.

der político do que pelo recurso aos tribunais”³¹⁹.

Nesse contexto, no entanto, falar em arbitrariedade dos governantes não é um critério correto, pois este se orienta “a una categoría que es política por naturaleza. Incluso cuando la concepción del legislador no sea convincente, sino tan sólo aceptable, nunca cabe sustituirla – apelando a la interdicción de la arbitrariedad – por las ponderaciones supuestamente más razonables del juez”³²⁰.

2.6.4. *Relação dialética do processo judicial*

Também não há que se falar em legitimidade democrática advinda da relação dialética do processo judicial, como se a população tivesse participação nesse e não participasse das decisões legislativas, como parece ser a posição de Olsen³²¹, pois as questões acerca de políticas públicas, em regra, dizem respeito à sociedade como um todo e não somente às partes litigantes, e o processo judicial não envolve toda a população, além de não decidir globalmente, levando-se em consideração todas as situações relacionadas a uma determinada política.

Ademais, diferentemente do que defende a jurista do Sul do país, grupos necessitados normalmente não têm acesso ao Judiciário, mas sim os chamados grupos de pressão. Na maioria das vezes, é um grupo organizado e com mais recursos que consegue acesso ao Poder Judiciário, obtendo uma decisão favorável ao grupo em detrimento do todo ou de classes excluídas³²². Além disso, “mesmo com o grau máximo de cognição amplo e exauriente, há limitação pela estreiteza do contraditório processual, ao passo que o

³¹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário”, cit., p. 39. Ver também: CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., p. 353.

³²⁰ BENDA, Ernest. “El Estado Social de Derecho”, cit., p. 499.

³²¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 285. No mesmo sentido, Camilo Zufelato entende que a legitimidade do Poder Judiciário “decorre da *participação igualitária das partes no processo mediante o contraditório*”. Cf.: “Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., p. 313.

³²² RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas”, cit., p. 349. Ver também: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, cit., p. 27. Nesse sentido, Gilmar Mendes menciona estudo realizado no Estado de São Paulo a respeito do tema, que, segundo o autor, “evidenciou que, geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema. Essa constatação foi feita levando-se em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares – 74% dos casos analisados”. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 507.

debate no Legislativo é múltiplo e variado por essência”³²³.

Não se ignora a posição de Taylor, acompanhando Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, de reconhecer um papel democratizante do Judiciário, “agindo tanto como um ‘muro de lamentações’ quanto como ‘uma efetiva arena para o exercício da democracia’, em uma democracia na qual a relação entre Executivo e Legislativo foge do ideal”³²⁴. No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes entende que, por sua natureza, “o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes” e que a “discussão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas vigentes”³²⁵.

Sem embargo, ainda que o Judiciário sirva de ampliação do espaço de discussão, entende-se que ele não é o lugar adequado e sim o Parlamento. Nesse sentido, José Reinaldo de Lima Lopes realça que “o próprio Judiciário não pode ser permanentemente o canal de reivindicações: quando isto acontece é sinal claro de que os outros canais estão obstruídos e de que as negociações informais não funcionam”³²⁶.

2.7. O *self-restraint* do Poder Judiciário

Taylor destaca que mesmo quando os juízes “se mantêm constrangidos por critérios totalmente legais, pela própria natureza da revisão judicial, eles acabam tomando decisões que influenciam ou até criam políticas públicas”³²⁷. Criam-se assim as condições para um decisionismo judicial, cujas consequências podem ser uma espécie de populismo dos juízes, cujos riscos “são os mesmos que os derivados de um populismo do

³²³ ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. “O controle judicial das políticas públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e perspectivas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., p. 447.

³²⁴ TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, cit., p. 249. Para o autor: “O Judiciário é fundamental para atingir o equilíbrio entre duas características: *decisiveness*, a eficiência na tomada de decisões pelo sistema político, e *resoluteness*, a capacidade do país de seguir um percurso estável e pouco errático em termos da adoção e implementação das políticas públicas. Em um país onde o Judiciário não cria empecilhos à atuação do Executivo, o sistema político pode ser muito eficiente na tomada de decisões, mas pode sofrer fortes oscilações de políticas públicas entre governos (vide Argentina na última década)”.

³²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais”, cit., pp. 136-137. No mesmo sentido: APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 21.

³²⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Judiciário, democracia, políticas públicas”, cit., p. 263.

³²⁷ TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, cit., p. 248.

Poder Executivo, muito em voga nos países da América Latina”³²⁸. Principalmente, levando-se em conta que quem

decide se está satisfeita a cláusula constitucional, se há efetivamente caso ou controvérsia, são os próprios tribunais. Parece claro, dessa forma, que os juízes acabam por controlar o seu próprio poder. O órgão que impõe o limite é o mesmo ao qual se destina o próprio limite. Esta situação de autocontrole confere aos tribunais uma certa liberdade na aferição da conveniência de se julgar determinada questão³²⁹.

O que se mostra ainda mais grave no caso brasileiro, em que todos os juízes podem exercer o controle de constitucionalidade. Com isso,

Procura-se, com base até mesmo na abertura estrutural dos textos constitucionais, na sua fragmentariedade e incompletude, recomendar que as Cortes Constitucionais pratiquem um mínimo de “self-restraint”, uma vez que se reconhece que qualquer outra fórmula institucional – v. g., um controle efetivo do controlador – acabaria por retirar da jurisdição constitucional qualquer efetividade³³⁰.

Nesse contexto, “apenas o amadurecimento institucional, e o *self-restraint* que sempre o acompanha, fornece o antídoto a esse fator de impulsão do ativismo judicial, como sucedeu no sistema de controle europeu”³³¹, uma vez que suas decisões não estão sujeitas a um controle popular.

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação (do assim designado *judicial self restraint*), evidentemente em sintonia com a sua já afirmada e pressuposta legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais³³².

Uma vez que a eficácia de muitas dessas sentenças e também das próprias normas em que se fundamentam dependem “tanto do empenho quanto da eficiência

³²⁸ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, cit., p. 19.

³²⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*, cit., p. 29.

³³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 296.

³³¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*, cit., p. 278. Referindo-se apenas ao controle de constitucionalidade, Lucio Bittencourt adverte que o Judiciário “há de se pronunciar com as necessárias cautelas que assegurem a perfeita harmonia entre os três departamentos em que se distribuem as funções do Estado”. In: *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, cit., p. 111.

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 362.

com que o Executivo cumpre suas obrigações, em matéria de políticas públicas”³³³. Além disso, não se pode perder de vista que “decisões judiciais inexecutáveis apenas desacreditam a função jurisdicional”³³⁴.

Ressalta-se, assim, o problema não menos grave da efetiva realização das decisões: quando os juízes tomam certas decisões de caráter político *lato sensu* têm a sua disposição escassos instrumentos para lhes assegurar a execução, e geralmente são carentes de qualquer possibilidade de observar e controlar, caso por caso, tal execução e seus efeitos³³⁵.

Além disso, o Judiciário não pode se esquecer de que, “em face da ‘textura aberta’ das normas programáticas, possibilitando um alto grau de discricionariedade por parte dos intérpretes, precisa assegurar alguma uniformização em suas pautas hermenêuticas”, pois a ausência de princípios uniformizadores pode “levar ao risco de uma esquizofrenia jurídica travestida de ‘direito livre’”³³⁶.

³³³ FARIA, José Eduardo. “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, cit., p. 63.

³³⁴ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. “Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, cit., p. 294. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, cit., pp. 108-109.

³³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, cit., pp. 87-88.

³³⁶ FARIA, José Eduardo. “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, cit., pp. 66-67.

CONCLUSÃO

É da convergência entre os direitos de liberdade e os direitos sociais que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, de modo que a democracia tem sido envolvida por esses direitos fundamentais. É nesse contexto que se encontra a Constituição de 1988, que configurou um Estado social e democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”.

Os direitos de liberdade e os direitos sociais gozam, na Constituição, do mesmo patamar jurídico, que é o de direitos fundamentais, sem distinção de regimes. No entanto, os direitos de segunda geração são positivados, em regra, na forma de normas programáticas, que demandam para sua efetiva concretização, além de medidas legislativas, a implementação de políticas públicas, mediante leis, atos administrativos e serviços públicos.

As políticas públicas envolvem enormes gastos públicos e, em razão de sua natureza e pela relevância dos valores que veiculam, requerem um planejamento eficiente por parte do Poder Público, assumindo, o orçamento público, um papel relevante na sua condução.

As decisões acerca das políticas públicas e sobre os gastos públicos são de natureza política e, por isso, não podem (ou não devem) ser tomadas pelo Judiciário, e sim pelos órgãos representativos. Daí a importância de que o Governo decorra da maioria parlamentar, e não o contrário, para que ambos sejam responsáveis pelas políticas públicas.

No entanto, a ação dos órgãos políticos é, em muitos aspectos, inclusive financeiro, delimitada pela Constituição, de modo que suas atividades devem obedecer as disposições constitucionais pertinentes, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

A constitucionalização de políticas públicas, parcial ou inteiramente, obriga que sua implementação pelos poderes públicos observe os princípios traçados pela Lei Fundamental, os quais devem servir de referência e também de limite para o controle.

No Brasil, incumbe ao Judiciário velar pelo respeito dos demais Poderes à ordem jurídica, negando efeito às leis inconstitucionais e anulando atos administrativos ilegais. Sua legitimidade decorre dos elementos orgânicos da própria Constituição.

No entanto, em respeito ao princípio democrático e ao princípio da separação dos poderes, esse controle deve-se dar nos limites estabelecidos pela Constituição, não sendo permitida a substituição do administrador ou legislador pela vontade do juiz.

Previsto um direito social *prestacional* na Constituição como direito público subjetivo, ou plenamente configurado pela normatividade derivada, não há nenhum óbice para que o titular do direito obtenha tutela jurisdicional no caso de algum embaraço à fruição de seu direito. Nesse caso, a única limitação à decisão judicial será a reserva do possível, devidamente comprovada pelo Poder Público.

A concretização de direitos sociais previstos em normas programáticas diretamente da Constituição, como se direitos originários fossem, levaria a substituir a política, judicialmente fiscalizada, por uma execução da Lei Fundamental, restringindo decisivamente o campo em que se deve formar a vontade parlamentar.

De sorte que somente uma argumentação jurídica e jurídico-constitucional pode e deve servir de fundamento à decisão judicial. Por isso, não se considera legítima uma decisão baseada somente em teorias doutrinárias, tais como o mínimo existencial, que nem se justifica no contexto brasileiro, tendo em vista a positivação de diversos direitos sociais como autênticos direitos fundamentais.

Ademais, boa parte dos direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição já foi objeto de concretização pelo legislador e a dificuldade na materialização desses direitos não está na ausência de regulamentação, mas sim na insuficiência de recursos por parte do Estado, inviabilizando a adoção de políticas públicas que satisfaçam inteiramente e, de imediato, ao comando constitucional.

Argumentos como a relação entre direitos sociais e democracia, a crise de legitimidade dos representantes, a relação dialética do processo ou ainda a fundamentação racional das decisões judiciais também não podem servir de fundamento para uma decisão judicial no âmbito das políticas públicas.

Por fim, dada a textura aberta das normas programáticas, recomenda-se um *self restraint* judicial, uma vez que a eficácia de sentenças envolvendo direitos sociais e políticas públicas dependem do empenho e da eficiência com que o Executivo cumpre suas obrigações, e decisões inexecutáveis desacreditam a função jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Interpretação constitucional: o controle judicial da atividade política”. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Orgs.). *Hermenêutica Constitucional. Homenagem aos 22 Anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 63-75.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; HORBACH, Carlos Bastide e LEAL, Roger Stiefelmann (Coords.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia. Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “O Poder Legislativo na democracia contemporânea. A função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea”. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 168. Brasília, out/dez. 2005, p. 14.

_____. “Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 868, fev. 2008, pp. 53-68.

_____. “Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder?”. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 125-137.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: RT, 1968.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. *A Constituição dos Atenienses*. Tradução e notas de Delfim Ferreira Leão. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ATRIA, Fernando. “El derecho y la contingencia de lo político”. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26. Chile, 2006, pp. 319-345.

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

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russell, 2003.

_____. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XLII. 1915. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1964, p. 170. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&PagFis=25672>. Acesso em 10/11/2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 31-60.

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007.

_____. *Noções Sobre Espécies Normativas*. Disponível em: www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=60. Acesso em 14/08/2005.

_____. *As Políticas Públicas e o Poder Judiciário*. Aula ministrada no Curso de Mestrado da Escola Paulista de Direito – EPD no dia 4 de agosto de 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2001.

BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República. Livro Primeiro*. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

_____. *Os Seis Livros da República. Livro Segundo*. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o Governo dos Piores. Uma Gramática da Democracia*.

Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CONTI, José Maurício. *A Autonomia Financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP, 2006.

CRITSINELIS, Marco Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DAHL, Robert Alan. *Poliarquia. Participação e Oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EDUSP, 1997.

_____. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DARNTON, Robert e DUHAMEL, Olivier (Org.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ENTERRÍA, Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. 5ª ed. Navarra: Thomson Civitas, 2000.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São

Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. et al. *Droit Constitutionnel*. 13^a ed. Paris: Dalloz, 2010.

_____. (Coord.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Tradução de Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O Poder Constituinte*. 5^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Do Processo Legislativo*. 6^a ed., rev. e atual. 2^a tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Sete Vezes Democracia*. São Paulo: Convívio, 1977.

_____. “Democracia e direitos sociais”. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Profa. Maria Garcia*. São Paulo: IOB-Thomson, 2007, pp. 313-316.

_____. “Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Judicialização da Política e Politização da Justiça”. In: *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 189-216.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia. O Guardião das Promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que É Democracia? A Genealogia Filosófica de uma Grande Aventura Humana*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes,

2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HAMILTON, Alexander. “Exame da organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo”. In: *Os Artigos Federalistas 1787-1788*. Artigo LXXVIII. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: Norton, 1999.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5ª ed. atualizada por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. Tradução do alemão de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Daniela e SCHREIBER, Mariana. “Maquiagem infla gastos com saúde em R\$ 12 bilhões”. In: *Folha de São Paulo*. São Paulo, 04 de julho de 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0407201102.htm>.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

_____. “Judiciário, democracia, políticas públicas”. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 122. Brasília, mai/jul 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

_____. “A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 Anos*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 753-798.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II: Constituição. 5ª ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de la Brède e de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. “As sentenças com efeitos aditivos”. In: *As Sentenças Inter-médias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 13-115.

MORENO, Beatriz González. *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim,

2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2010.

PLATÃO. *Diálogos: Protágoras, Górgias, Fédon*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. 2ª ed. Belém: EDUFPA, 2002.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo III (Arts. 73-128). 3ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

_____. *Democracia, Liberdade, Igualdade. Os Três Caminhos*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2009.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil. Perspectivas de Evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. “Controle jurisdicional de políticas públicas. A efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102. São Paulo, jan./dez. 2007, pp. 327-356.

RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas*. Atualizado por Hugues Moutouh. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

ROUSSEAU, Dominique. *Droit Du Contentieux Constitutionnel*. 9ª ed. Paris: Montchrestien, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social. Princípios do Direito Político*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva,

1987.

SALGADO, Joaquim Carlos. “Apresentação”. In: SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. ix.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. “Os direitos sociais fundamentais na Constituição de 1988”. In: *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 1. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 13/09/2008.

_____. “O Estado social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade”. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 13/09/2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. Tradução de Francisco M. da Rocha Filho e de Oswaldo Blois. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

_____. *A Teoria da Democracia Revisitada: Volume 1 - O Debate Contemporâneo*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STARR, Chester G. *O Nascimento da Democracia Ateniense: A Assembleia no Século V*

a.C. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Odysseus Editora, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAYLOR, Matthew MacLeod. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 2. Rio de Janeiro, 2007, pp. 229-257.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lório do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VECCHIA, Rosangela. “O que são políticas públicas?”. In: *Curso de políticas públicas. Módulo básico*. São Paulo: Escola Cepam de Gestão Municipal – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal, 2010. Disponível em: <http://www.cepam.sp.gov.br>. Acesso em 03/05/2010.