

ALINE RIEGEL NILSON

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE DOS DIREITOS
SOCIAIS**

CURITIBA

2007

ALINE RIEGEL NILSON

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE DOS DIREITOS
SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello.

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE RIEGEL NILSON

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVIDADE DOS DIREITOS
SOCIAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Ms. Thiago Lima Breus

Curitiba, 05 de novembro de 2007.

*A Deus, pelas forças.
A Rubens, presença de luz e cumplicidade
em minha vida.*

*“Agora eu era o rei, era o bedel e era
também juiz
E pela minha lei
A gente era obrigada a ser feliz”
(João e Maria, Chico Buarque)*

SUMÁRIO

Resumo	v
Introdução	1
Capítulo 1 – As políticas públicas como instrumento de realização dos direitos sociais: noções gerais	3
1.1. Dos direitos individuais aos direitos sociais.....	3
1.2. Os direitos sociais: implementação e eficácia progressiva.....	7
1.3. Políticas públicas: por uma definição	12
Capítulo 2 – A atuação do Estado frente às políticas públicas.....	15
2.1. O paradigma do Estado Moderno: a supremacia do Poder Legislativo.....	15
2.2. O advento do Estado Social: por uma nova leitura do princípio da separação dos poderes	17
2.3. O Estado Social e Democrático de Direito	20
Capítulo 3 – A concretização das políticas públicas: entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”	22
3.1. Conteúdo jurídico do mínimo existencial	23
3.1.1. O princípio da dignidade da pessoa humana	26
3.1.2. O princípio da vedação do retrocesso social.....	27
3.2. A reserva do possível.....	30
Capítulo 4 – O papel do Judiciário na implementação de políticas públicas.....	36
4.1. A legitimidade do Judiciário para o controle de políticas públicas frente ao princípio democrático	36
4.2. A postura do juiz face à inexecução de políticas públicas.....	42
4.3. Superação do argumento da discricionariedade administrativa	46
4.4. A admissão do controle judicial de políticas públicas na jurisprudência brasileira.....	50
Conclusão	58
Referências bibliográficas	61

RESUMO

A presente monografia jurídica tem por escopo defender a possibilidade de o Poder Judiciário, ocorrente omissão total ou parcial do Estado, apreciar a execução de políticas públicas, especialmente aquelas vocacionadas a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais. A metodologia adotada para a confecção do trabalho consistiu na revisão de material bibliográfico pertinente ao assunto, bem como na pesquisa jurisprudencial, a fim de verificar como os Tribunais pátrios têm enfrentado a questão. Em princípio, realizou-se um breve estudo acerca dos direitos sociais ou de segunda dimensão - com destaque para as peculiaridades que os diferenciam dos direitos individuais ou de primeira dimensão -, bem como sobre a noção de políticas públicas. Em um segundo momento, procedeu-se a breve retrospecto no que tange ao papel do Estado, passando pelos modelos Liberal, Social e Democrático de Direito, e também pela transformação de sentido sofrida pelo princípio da separação de poderes. A seguir, investigaram-se os limites a que estão sujeitas as políticas públicas voltadas à consecução de direitos prestacionais, limites estes representados pelos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível. Por derradeiro, a parte final da exposição foi dedicada à atuação dos magistrados em sede de políticas públicas, refutando-se argumentos contrários à sua sindicabilidade, como a falta de legitimidade democrática do Judiciário e a discricionariedade administrativa, e, ainda, colacionando decisões judiciais favoráveis ao ativismo no controle das políticas públicas.

INTRODUÇÃO

É corrente atribuir-se à Constituição Brasileira de 1988 a denominação de *Constituição Cidadã*, na expressão original de Ulysses Guimarães. Isso porque, desde o princípio de nossa história constitucional, foi a atual Carta a que se mostrou mais comprometida com a transformação da realidade, na medida em que encampou variadas demandas sociais, em resposta aos graves problemas sócio-econômicos que assolam a população nacional.

Para tanto, o constituinte consagrou extenso rol de princípios e direitos fundamentais, voltados precipuamente à realização da dignidade da pessoa humana, base axiológica sobre a qual se erige a ordem constitucional. Em razão disso, é possível afirmar também que a atual Carta Política engendrou um *Estado Social e Democrático de Direito*, cuja razão de ser repousa justamente na missão de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Entre tais direitos, o presente trabalho traz à evidência os direitos fundamentais sociais, especificamente os prestacionais, estabelecidos nos artigos 6º e seguintes da Constituição da República. Cuida-se, em síntese, dos denominados direitos de segunda dimensão, os quais demandam atuação positiva do Estado para sua implementação, em contraposição aos direitos de primeira dimensão – em regra, uma postura absenteísta de parte do Poder Público é suficiente à observância dos últimos.

Nessa medida, não se pode olvidar que o mero reconhecimento textual dos direitos fundamentais sociais é insuficiente para agregar-lhes eficácia social, de modo que sejam assegurados no plano da realidade concreta. Afinal, após mais de 19 anos da promulgação da Carta Magna, é notório que o Estado Brasileiro não tem dado conta dessa tarefa a contento.

Por óbvio, não seria exigível fossem os direitos sociais implementados instantaneamente, tão logo em vigor a presente Constituição. O que se constata, contudo, é que o Poder Público assume postura diametralmente oposta, ao não envidar

esforços mínimos no sentido de imprimir efetividade a tais direitos, esquecendo-se, inclusive, da *eficácia progressiva* de que são dotados os direitos prestacionais - característica esta que impõe ao Estado a realização contínua e sempre crescente desses direitos.

Nesse contexto, exsurtem as políticas públicas como instrumentos de atuação estatal aptos a atribuir eficácia social aos direitos prestacionais. Mas o que fazer diante da inércia do Poder Público em promovê-las, em inescusável afronta aos objetivos estatuídos na Lei Maior?

Discute-se, assim, acerca da possibilidade de se reivindicar, na via judicial, a implantação de uma política pública, ante a omissão total ou parcial do Estado nessa seara. A nosso ver, as políticas públicas podem – e devem – submeter-se ao crivo do Poder Judiciário, mas é oportuno advertir que a questão, nem de longe, é pacífica.

A tese que se irá defender, embora imprescindível à efetivação dos direitos fundamentais sociais, ainda gera polêmicas e recalitrâncias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entre as várias objeções, merecerão abordagem detida (i) o princípio da separação de poderes, que gera a presunção de que ao Judiciário não é lícito imiscuir-se em matéria afeta ao Executivo; (ii) a problemática da escassez de recursos financeiros, que se compraz com a teoria da *reserva do possível*; (iii) a legitimidade democrática do juiz para atuar em sede de políticas públicas; e (iv) o dogma da discricionariedade administrativa quanto à promoção de políticas públicas.

A permear toda a exposição que segue, subjaz a noção de que o papel do magistrado, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, não pode se resumir à mera atividade de subsunção de fatos a normas. É preciso ir além, permitindo-se que o Judiciário também desempenhe a função de instância crítica e transformadora da realidade social, até porque é missão constitucional desse Poder afastar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (artigo 5º, XXXV, CR/88). Percebe-se, desse modo, que o próprio Texto Constitucional conferiu ao Judiciário amplo espectro de atuação, legitimando a idéia do ativismo judicial, necessária a conferir a máxima efetividade às normas constitucionais.

CAPÍTULO 1 – AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: NOÇÕES GERAIS

1.1. Dos direitos individuais aos direitos sociais

Sem embargo da terminologia adotada¹, a doutrina costuma se referir à existência de, pelo menos, três gerações de direitos fundamentais², compreendidos estes como “o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de cada Estado.”³

A primeira delas compreende os *direitos individuais*, também denominados direitos da liberdade, direitos de defesa ou direitos civis e políticos, na dicção anglo-saxônica. Nessa categoria, enquadram-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei⁴.

Antes de analisar, ainda que sucintamente, as principais características desses direitos, convém realizar uma breve incursão ao momento histórico que deu ensejo à sua positivação.

¹ Tradicionalmente, fala-se em *gerações* de direitos fundamentais. Há autores, porém, que preferem o termo *dimensões*, ao argumento de que este vocábulo, diferentemente do primeiro, traduz a idéia de que o reconhecimento desses direitos insere-se num processo de acumulação e expansão, não caracterizando mera sucessão cronológica. A perfilhar essa última posição, é válido citar, por todos, o ensinamento de Ingo Wolfgang SARLET, para quem “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.” (**A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 49).

² Não obstante refuja aos limites do presente trabalho, é válido mencionar, ainda que *an passant*, que os *direitos de terceira geração*, identificados como direitos de fraternidade ou de solidariedade, dizem com “temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”. (BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, p. 569). Lembre-se, ainda, que renomados juristas, como o citado constitucionalista cearense, sustentam a existência de uma *quarta geração* de direitos fundamentais, da qual seriam exemplos o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. (Obra citada, p. 571).

³ SARLET, I. W. Obra citada, p. 34.

⁴ Frise-se, mais um vez com Ingo Wolfgang SARLET, que os direitos fundamentais de primeira dimensão também englobam, embora em momento histórico posterior, um rol de *liberdades*, como as chamadas “liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitora passiva.” (Obra citada, p. 50).

Com efeito, os direitos individuais são fruto do pensamento liberal-burguês vigente em fins do século XVIII, que preconizava o advento de um novo modelo de Estado, apto a conter a concentração de poderes reinante no absolutismo monárquico e a assegurar a liberdade formal do indivíduo, de um lado, e a economia baseada no livre mercado, de outro.

Nesse mesmo sentido, Ingo SARLET assevera que

“os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.”⁵

Indo adiante, a consagração dos direitos individuais, não é demais lembrar, representou a fase inicial do constitucionalismo ocidental, em que se tornou pacífico o reconhecimento dos direitos fundamentais como núcleo essencial das Constituições. Nessa perspectiva, a gênese dos direitos fundamentais de primeira geração pode ser encontrada nas “declarações de direitos”, quais sejam, a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio a lume na França revolucionária de 1789.

Atestando essa origem, salienta Américo Bedê FREIRE JÚNIOR⁶ que “a construção das declarações de direitos provocou uma importante mudança no eixo das relações sociais da época, posto que, no plano formal, foram alcançados os direitos hoje denominados de primeira geração.”

A nota distintiva dos direitos fundamentais de primeira dimensão reside na conduta que o Estado deve adotar para garanti-los. É que, nesse caso, basta que o Poder Público se pautem por uma postura absenteísta, de sorte a assegurar “uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”⁷.

⁵ SARLET, I. W. Obra citada, p. 50.

⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Controle judicial de políticas públicas**, p. 22.

⁷ Idem, p. 50.

Por conta disso, é corrente afirmar-se que os direitos individuais ostentam um caráter negativo, na medida em que reclamam do Estado não uma prestação positiva, mas, antes, uma abstenção. A corroborar esse posicionamento, Clèmerson Merlin CLÈVE enfatiza que “os fundamentais clássicos são direitos que podem ser, desde logo, exercidos pelo cidadão, prescindindo assim, de uma maneira geral, da atuação do poder público”⁸, vez que essas *posições jus-fundamentais* têm o condão de ser satisfeitas pelo simples atuar de seu titular⁹.

A partir desse *non facere*, dessa não intromissão na liberdade individual, é que se estará conferindo efetividade ao direito fundamental (v.g., o direito à liberdade é garantido quando o Estado não realiza prisões arbitrárias, sem respaldo legal). Note-se que, nessa seara, “ocorrente hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, no geral, uma atuação além da censura judicial à atuação do poder público.”¹⁰

Entretanto, com a evolução econômico-social, representada por fenômenos como a Revolução Industrial, constatou-se que a garantia formal de igualdade e liberdade – a síntese dos direitos de primeira geração - não era suficiente para atenuar o avanço das disparidades materiais entre os indivíduos. De fato, “as imperfeições e opressões do liberalismo no âmbito econômico e social acabaram por gerar inúmeras injustiças e desigualdades sociais que, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado.”¹¹

E assim se passou porque o modelo de Estado liberal não beneficiava a todos. Pelo contrário, a maior parcela da população via-se aviltada pela classe dominante, em condições de trabalho, de moradia e de saúde indignas, o que passava à margem da atuação estatal, já que o papel do Estado, como adrede explanado, era precipuamente de “vigia” da sociedade.

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica nº 22, p. 18.

⁹ CLÈVE, C. M. Idem, ibidem.

¹⁰ CLÈVE, C. M. Idem, p. 21.

¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**, p. 63. *Apud*: FREIRE JÚNIOR, A. B. Obra citada, p. 25.

A gravidade da situação foi alvo de críticas contundentes, como a empreendida por Reinhold ZIPPELIUS ao enfatizar que “a benção de uma economia que se desenvolvesse sem intervenções nem restrições por parte do Estado revelou-se, para os milhares de operários apanhados pela engrenagem das novas fábricas e minas, como sistema de exploração desumana.”¹²

À vista de tal crise, tornou-se necessário que o Estado, em nítida ruptura com o paradigma até então vigente, abandonasse a postura de mero espectador, passando a intervir diretamente na sociedade, por meio de prestações positivas tendentes a assegurar a implementação de uma igualdade material entre os cidadãos.

Destarte, forjou-se o modelo de Estado de bem-estar social ou *Welfare State*, cuja preocupação central era justamente possibilitar a concretização de direitos elementares à pessoa humana, como a vida, a saúde, a moradia e o trabalho digno. Para tanto, foram consagrados direitos fundamentais *sociais*¹³ em diversos ordenamentos jurídicos do Ocidente, pioneiramente nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), espalhando-se, ao depois, para a maioria das Constituições do segundo pós-guerra.

Na esteira desse pensamento, Dirley da CUNHA JÚNIOR frisa que essa transição “significa que, diversamente dos direitos de primeira dimensão, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão-somente ‘atribuídos’ ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais.”¹⁴

É preciso mencionar, outrossim, que os direitos sociais, como bem acentuado por Ingo SARLET¹⁵, compreendem não apenas as prestações materiais a cargo do Poder Público, mas também certas “liberdades sociais”, como o direito de greve, e um rol de direitos fundamentais dos trabalhadores, a exemplo do direito ao salário mínimo.

¹² ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**, p. 379, *apud* FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Controle judicial de políticas públicas**, p. 24.

¹³ Embora não se desconheça que os direitos fundamentais de segunda dimensão englobam os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos culturais, no presente trabalho enfocaremos o estudo dos *direitos fundamentais sociais*.

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**, p. 206.

¹⁵ SARLET, I. W. Obra citada, p. 52.

Não obstante as críticas enfrentadas pela expressão¹⁶, sobretudo porque ela abrange direitos outros que não aqueles dependentes de uma atuação estatal para sua efetivação, entendemos que é viável adotá-la neste estudo, ressalvando, contudo, que o vocábulo deve ter tomado em sentido estrito, a significar direitos a prestações positivas do Estado.

Tendo em vista que a análise dos direitos sociais constitui um dos objetos centrais do presente trabalho, as particularidades acerca desses direitos serão melhor explanadas em sede própria, a seguir.

1.2. Os direitos sociais: implementação e eficácia progressiva

Inicialmente, as normas constitucionais que contemplavam direitos fundamentais sociais eram consideradas, por boa parte da doutrina, *normas programáticas*, isto é, regras que explicitam *fins* do Estado sem, no entanto, dispor sobre os *meios* para atingi-los.

Em virtude dessa peculiaridade, tais normas careceriam de eficácia, eis que não eram consideradas verdadeiras *normas jurídicas*, mas sim meros lembretes, recomendações ou exortações dirigidas ao legislador infraconstitucional, pelo que “não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, fruível positivamente e exigível quando negada.”¹⁷

Destarte, a equiparação dos direitos sociais às normas programáticas constituiu sério entrave à efetividade¹⁸ destes, já que serviu de argumento para o Estado pudesse

¹⁶ Marcos Maselli GOUVÊA, por exemplo, prefere o termo *direitos prestacionais*, porque o gênero direitos fundamentais sociais inclui direitos não prestacionais, como é o caso do direito de greve, e direitos prestacionais oponíveis não ao Estado, mas sim a particulares, como o direito ao salário mínimo (**O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**, p. 9).

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, p. 120.

¹⁸ Na esteira de Luis Roberto BARROSO, para os fins deste estudo, a efetividade, ou eficácia social, consistirá na aptidão da norma jurídica em produzir efeitos na realidade concreta. Em outras palavras, significa “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.” (Obra citada, p. 85).

postergar a concretização de direitos indispensáveis ao alcance de alguma isonomia material na sociedade¹⁹.

Nesse sentido, oportuna a assertiva de Luis Roberto BARROSO, para quem as Constituições, ainda que mantidas as bases do liberal-capitalismo, incorporaram “a tutela de alguns interesses das classes trabalhadoras e dos desfavorecidos em geral. Obrigada a ceder no plano da superestrutura jurídica, a resistência burguesa se transferiu para a tentativa de minimizar, na prática, o avanço social, inclusive pela negação do caráter jurídico das normas que o propiciavam.”²⁰

A nosso ver, entretanto, as duas premissas não são verdadeiras: as normas programáticas não se encontram despidas de valor jurídico, tampouco os direitos fundamentais sociais a elas correspondem.

Com efeito, hodiernamente, à vista dos postulados da supremacia e da máxima efetividade da Constituição²¹, não mais se concebe a existência, no texto constitucional, de normas desprovidas de eficácia jurídica e social. Logo, todos os comandos constitucionais estão aptos a surtir efeitos; o que varia é o *grau* ou *intensidade* de geração desses efeitos.

Em se tratando de normas programáticas, não há falar na existência, para o indivíduo, de um direito subjetivo de exigir determinada prestação. O que elas engendram, isto sim, é uma espécie de eficácia negativa, de sorte a inibir condutas do Poder Público tendentes a contrariar seus preceitos²².

Como exemplo de tais normas, é possível citar o artigo 226, *caput*, da Constituição da República, que estatui ter a família especial proteção do Estado. De fato, nesse dispositivo podem ser observadas claramente as características das normas

¹⁹ Paulo BONAVIDES prevê com otimismo o futuro dos direitos fundamentais sociais. Para o constitucionalista: “os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.” (Obra citada, p. 579).

²⁰ BARROSO, L. R. Obra citada, p. 108.

²¹ Nesse particular, Ana Paula de BARCELLOS salienta que, do ponto de vista metodológico-formal, o Neoconstitucionalismo se assenta em três premissas básicas: i) normatividade da Constituição; ii) superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica e iii) centralidade da Carta nos sistemas jurídicos. (**Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, abr./jun. 2005, p. 84)

²² A respeito, ver BARROSO, L. R. Obra citada, p. 121.

programáticas: i) o fato de que a tutela da entidade familiar ser um fim a ser alcançado pelo Estado brasileiro; ii) a circunstância de não se indicar, explicitamente, os meios pelos quais se almeja atingir esse desiderato e iii) a não configuração de um direito subjetivo do particular em relação ao Poder Público, e sim de um “dever de abstenção” a ser observado pelo Estado em sua atuação, coibindo a prática de atos contrários ao objetivo estatuído pela norma constitucional.

Indo adiante, é válido afirmar, de outro lado, que os direitos fundamentais sociais não se enquadram na categoria das normas programáticas, mas sim das *normas constitucionais definidoras de direitos*, na expressão de BARROSO. Trata-se, portanto, de verdadeiros *direitos subjetivos públicos*, isto é, de posições jurídicas que geram para seu titular a possibilidade de exigir determinada prestação estatal.

A corroborar essa posição, Eduardo APPIO assevera que “as normas que outorgam direitos subjetivos públicos e que instituem situações objetivamente protegidas não são de natureza programática, mas sim, regras de aplicação imediata e eficácia total, sendo dotadas de plena acionabilidade em juízo.”²³

O embate acerca da natureza jurídica dessa ordem de normas constitucionais, no entanto, é arrefecido quando se considera que, independentemente da nomenclatura ou classificação adotada, é preciso conferir à Constituição a interpretação que retire a máxima efetividade de seus dispositivos. Para melhor elucidar essa idéia, são oportunas as palavras do Desembargador Sergio Paladino:

“Tal discussão [sobre o caráter programático ou definidor de direitos da norma], no entanto, é despicienda, face ao princípio da efetividade ou da eficiência, que rege o Direito Constitucional hodierno, pelo qual a norma constitucional deve ser entendida pela ótica que lhe dê maior eficácia.

Assim, perde relevância serem as normas em análise programáticas ou definidoras de direitos, pois, independente de como se as classifique, têm - em virtude da estrutura que lhes foi dada pelo constituinte, aliada ao princípio da efetividade - aplicabilidade direta e imediata, que corresponde, dentro de limites absolutamente razoáveis de hermenêutica permitidos por ditas normas, à sua mais plena eficácia.”²⁴

²³ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**, p. 103.

²⁴ Construção teórica extraída do voto do Des. Sergio Paladino no acórdão de Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, disponível em <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegraAvancada.do>.

Entretanto, não se pode perder de vista que o simples reconhecimento, no texto constitucional, dos direitos fundamentais sociais²⁵, não é suficiente para garantir-lhes uma eficácia social satisfatória. Nessa ordem de idéias, Dirley da CUNHA JÚNIOR preconiza que “o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos.”²⁶

Igualmente, Andreas KRELL revela a “contradição flagrante a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais.”²⁷

Isso se prende ao fato de que, não obstante as normas constitucionais definidoras de direitos sociais gozem de *aplicabilidade imediata*, a teor do que dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988²⁸, são elas dotadas de *eficácia progressiva*, ou seja, “esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e

²⁵ Nesse aspecto, ousamos discordar de autores que vislumbram, no extenso rol de direitos fundamentais disposto na Constituição de 1988, uma “insinceridade normativa” do Constituinte, sob o argumento de que a materialização desses direitos, especialmente daqueles que demandam uma atuação positiva do Estado, seria uma promessa irrealizável, por conta da escassez de recursos alocados para a satisfação das necessidades de todos os cidadãos. Logo, a positivação dos direitos fundamentais seria apta a mascarar ideologicamente a gritante desigualdade presente na sociedade brasileira. Diferentemente, fazemos coro com o pensamento de Andreas KRELL, para quem “os Direitos Fundamentais Sociais da Carta de 1988 exercem um papel importante, cumprindo, ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e, acima de tudo, *conscientizadora*.” (**Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**, p. 28).

²⁶ CUNHA JÚNIOR, D. da. Obra citada, p. 210.

²⁷ KRELL, Andreas Joachim. Obra citada, p. 18.

²⁸ Sobre a interpretação do referido dispositivo constitucional, Sergio Fernando MORO destaca duas posições doutrinárias: a primeira delas, encabeçada por Ingo Wolfgang Sarlet, compreende a norma como um princípio, um “mandado de otimização” cuja aplicação deve ser sopesada como outras normas constitucionais de mesmo *status*, o que poderia justificar a não incidência de um direito fundamental em um determinado caso concreto, desde que devidamente fundamentada. De outro lado, a segunda posição, literal ou absolutista, entende que as normas definidoras de direitos fundamentais teriam aplicação imediata em todos os casos concretos, independentemente de regulação legislativa. Filiado a essa corrente, ainda que em relação apenas aos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, cita-se João Pedro Gebran Neto. (**Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**, pp. 68 e seguintes).

da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos.”²⁹

Desse modo, é possível afirmar que a concretização dos direitos sociais enfrenta uma série de obstáculos, sobretudo de ordem material³⁰ e legislativa³¹. No primeiro caso, exsurge a noção de *reserva do possível*; no segundo, a idéia de que a efetividade dos direitos sociais é condicionada pela atuação do legislador ordinário.

No que tange a esta última objeção, é pertinente observar que a necessidade de edição de lei, para que melhor se detalhem os meios de implementação dos direitos sociais, não elide a afirmação de que esse rol de direitos não equivale ao que se costumou designar de normas programáticas. Nessa perspectiva, atente-se, uma vez mais com base nos ensinamentos de Luis Roberto Barroso, que “o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática.”³²

A par desses entraves, que serão analisados mais detidamente em momento oportuno, importante consignar que os direitos sociais representam uma “categoria jurídica concretizadora da justiça social, e se viabilizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres.”³³

Dessa forma, sustenta-se que a efetividade dos direitos fundamentais sociais perpassa necessariamente pela análise do principal instrumento jurídico-político que visa à sua consecução: as políticas públicas.

²⁹ CLÈVE, C. M. Obra citada, p. 21.

³⁰ Aqui, o principal óbice aventado é o da escassez de recursos estatais aptos a dar conta de todas as prestações materiais reclamadas pela sociedade, tema que, por sua relevância, será desenvolvido em tópico à parte.

³¹ Isso porque, parte da doutrina afirma ser imprescindível, para a implementação dos direitos sociais, a interposição do legislador infraconstitucional, a fim de densificar o conteúdo do direito previsto na Lei Maior. O argumento utilizado é o de que a previsão constitucional encerra conceitos vagos, que não trazem em si os parâmetros necessários à realização concreta dessa categoria de direitos. Indo de encontro a essa idéia, Marcos Maselli GOUVÊA sustenta que alguns direitos sociais, embora pormenorizados à exaustão pelo legislador ordinário, como os direitos relativos às crianças e adolescentes, aos idosos e aos deficientes físicos, mesmo assim não têm assegurada sua efetividade. (Obra citada, p. 15). Perfilando-se ao entendimento do aludido autor, Andreas KRELL adverte que “a eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público”; (...) “o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.” (Obra citada, pp. 31-32)

³² BARROSO, L. R. Obra citada, p. 122.

³³ CUNHA JÚNIOR, D. da. Obra citada, pp. 205-206.

1.3. Políticas públicas: por uma definição

Como ressaltado ao final do item precedente, entendemos que as políticas públicas constituem o mais importante meio para se assegurar a eficácia social dos direitos fundamentais sociais. Cabível, nesse passo, esboçar uma noção do que sejam as políticas públicas, com arrimo no que a doutrina nacional tem produzido sobre o tema.

Em consonância com as idéias acima esposadas, Américo Bedê FREIRE JÚNIOR afirma que “de um modo geral, a expressão [políticas públicas] pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de *dar efetividade aos direitos fundamentais* ou ao Estado Democrático de Direito.”³⁴ (grifou-se)

No mesmo sentido, Gilberto BERCOVICI acentua que “o próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado.”³⁵

Ainda, percebe-se que os autores, em geral, são unívocos ao conceituar as políticas públicas como uma atividade estatal que visa a modificar a ordem social. A corroborar a assertiva, é válido citar a lição de Eros GRAU, segundo o qual “a expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.”³⁶

Fábio Konder COMPARATO, no vanguardeiro *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*, concebe política a partir da idéia de *policy*, forjada por Ronald Dworkin, isto é, como uma *atividade*, um “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.”³⁷

Em outro artigo, aludido autor consigna ser a política pública “um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim

³⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Obra citada, p. 47.

³⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Políticas públicas e o dirigismo constitucional**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, ano 2003, p. 174.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, p. 22.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.). **Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**, p. 353.

numa *atividade*, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado.” Como tal, toda política pública importa “uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado.”³⁸

Embora com outras palavras, Rodolfo de Camargo MANCUSO repisa a idéia de política pública como atividade do Estado, ao enfatizar que ela “pode ser considerada como a *conduta* comissiva ou omissiva da Administração Pública, *em sentido largo*, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.”³⁹

Por sua vez, Maria Paula Dallari BUCCI, ao tratar do assunto, não dissente das teorizações já expostas, ao asseverar que “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”⁴⁰

Nada obstante subscrevermos a opinião da mencionada doutrina, no sentido de que as políticas públicas são atividades do Poder Público dirigidas à concretização de fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico, mister colacionar a advertência de Thiago Lima BREUS, para quem “visualizando-se as *políticas públicas* como apenas mais uma das modalidade de ação do Estado em razão da dificuldade de sua caracterização por sua natureza jurídico-política, está-se a mitigar a importância de um instrumento de realização dos Direitos Fundamentais.”⁴¹

Por conta disso, o autor frisa que, ao se erigir “as *políticas públicas* como o mecanismo por excelência de ação estatal, estar-se-á divulgando um discurso jurídico

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: CUNHA, Sérgio Sérulo e GRAU, Eros Roberto (orgs.). Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva, p. 248.

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas**. In: MILARÉ, Edis (coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos, pp. 730-731.

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**, p. 241.

⁴¹ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**, p. 173.

de efetivação das normas constitucionais, em especial dos Direitos Fundamentais sociais, haja vista que eles terão um meio adequado e abrangente para serem realizados.”⁴²

Em conclusão, é possível defender que as políticas públicas denotam o programa de ação estatal dirigido precipuamente à realização de objetivos insculpidos na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, entre os quais se afigura mais relevante a implementação dos direitos fundamentais.

⁴² BREUS, T. L. Obra citada, pp. 173-174.

CAPÍTULO 2 – A ATUAÇÃO DO ESTADO FRENTE ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1. O paradigma do Estado Moderno: a supremacia do Poder Legislativo

O modelo de Estado surgido durante o Liberalismo dos séculos XVII e XVIII baseou-se, fundamentalmente, numa tentativa de superação do absolutismo monárquico, em que a vontade do Estado confundia-se com o arbítrio do soberano⁴³.

Para tanto, forjou-se concepção segundo a qual a atuação do Estado haveria de decorrer exclusivamente da lei, já que esta, em tese, por sua generalidade e abstração, refletiria os desígnios da população em geral, ou pelo menos da maioria dela. Em suma, em lugar da vontade do monarca, ganhou vez a “vontade geral”.

Nessa perspectiva, Fábio Konder COMPARATO consigna que “a montagem constitucional do Estado moderno foi feita, inteiramente, com base nessa substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma geral, superior e permanente, isto é, da *lei* no sentido solene que a palavra apresentava em suas origens”.⁴⁴

O Estado Liberal, como bem estabelece Oswaldo Luiz PALU⁴⁵, era sustentado por dois pilares básicos: o princípio da legalidade e a separação de poderes.

Cuidam-se, tais pressupostos, de garantir que a atividade estatal estivesse pautada na dicção da lei, de modo tal que o Estado estaria impedido de agir na ausência de previsão legal e, paralelamente, de assegurar a existência de três funções⁴⁶ estatais distintas: legislativa, executiva e jurisdicional.

Assim, para o pensamento clássico da separação de poderes, a pedra angular da atuação estatal era o exercício da atividade legiferante, donde se pode explicar a

⁴³ Nesse sentido, consultar COMPARATO, F. K. Obra citada, p. 345.

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**, p. 38.

⁴⁶ Preferimos utilizar a expressão “funções” a “poderes”, por entendermos que o poder estatal é uno e indivisível.

primazia conferida ao Legislativo em relação aos demais Poderes naquele momento histórico. Entendia-se, pois, que o principal mister do Estado era desempenhado a contento com a mera edição de normas gerais e abstratas, como bem enfatiza o professor Rodolfo de Camargo MANCUSO:

“na doutrina da tripartição dos poderes, a proeminência então atribuída ao Legislativo levava a admitir que o Estado, ao editar a norma legal (= conduta comissiva ou omissiva a ser observada coercitivamente), já praticamente *cumpria sua missão básica*, podendo, por assim dizer, daí em diante quedar-se em posição inercial, assim remanescendo até que outra iniciativa no campo legislativo se afigurasse necessária. (...) Em síntese, propugnava-se pela preponderância da atividade legiferante, numa verdadeira *nomocracia estática*, nesse sentido de que a edição da norma representava o ponto ótimo e o coroamento da atividade precípua do Estado.”⁴⁷

A idéia de primazia da Lei também implicava um estado de inércia estatal. Explica-se: toda lei é direcionada a perdurar de modo estável no tempo, de sorte que, após a sua edição, nada mais seria exigível do Estado, o qual, então, poderia se acomodar numa situação de repouso, inação⁴⁸.

Demais disso, oportuno salientar ainda que a construção do princípio da legalidade, nos moldes acima delineados, visava a proteger, em última análise, a liberdade individual⁴⁹. Isso porque, ao Estado competiria tão-somente assegurar ao cidadão uma zona de não-intervenção, na qual estaria ele livre para desenvolver suas potencialidades. Trata-se, *mutatis mutandis*, do *laissez faire, laissez passer*, apregoado por Adam Smith no âmbito econômico.

Esse estado de coisas, representado pelo paradigma do Estado Legislativo, é retratado com propriedade por COMPARATO, para o qual “segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. A grande, se não única, tarefa estatal consiste em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual.”⁵⁰

⁴⁷ MANCUSO, R. de C. Obra citada, p. 732.

⁴⁸ MANCUSO, R. de C. Obra citada, p. 732

⁴⁹ Nesse sentido, Oswaldo Luiz PALU adverte que “Montesquieu aproxima de Locke ao vincular a liberdade ao princípio da legalidade, em famosa passagem de seu texto. Claramente, a idéia de liberdade era o motivo condutor de Montesquieu, e também o de Locke, razão pela qual atribuiu como esteio da liberdade o próprio princípio da legalidade, de modo quase indissolúvel.” (Obra citada, p. 47).

⁵⁰ COMPARATO, F. K. Obra citada, p. 350.

2.2. O advento do Estado Social: por uma nova leitura do princípio da separação dos poderes

Após esse período de supremacia da função legislativa, constatou-se a necessidade de que a atividade do Estado não deveria esgotar-se na edição de normas. Era essencial consagrar também, nos diplomas legais, certos objetivos que o Poder Público estava predisposto a alcançar. Trata-se, portanto, do advento do Estado Social⁵¹.

Com efeito, Rodolfo de Camargo MANCUSO atesta essa passagem ao afirmar que “o *Estado nomocrático*, onde a função legiferante parecia bastar à boa gestão da coisa pública e ao bem-estar dos cidadãos, viria a ser paulatinamente suplantado pelo *Estado telocrático*, a saber, aquele que, ao editar uma lei, nem de longe pode considerar cumprida sua tarefa básica, senão que, ao contrário, a partir daí vincula-se ao dever de realização *eficiente* do programa estabelecido na norma objetivo.”⁵²

Dessa forma, a atuação do Estado na esfera legislativa passa a ser considerada apenas o ponto de partida, do qual se irradiam diversos outros deveres do Poder Público, aptos a atingir os fins colimados nas disposições normativas. Em outros termos, é viável supor que ao Estado telocrático incumbe “implementar, *eficazmente*, as declarações contidas nas normas, para que estas desçam do plano teórico ou formal e se convertam em *políticas públicas* idôneas e operantes.”⁵³

Na esteira dessa ilação, COMPARATO reitera que “o Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente, em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas dirigem efetivamente a coletividade para o alcance

⁵¹ Nesse passo, é preciso advertir que o sentido ora utilizado para a expressão “Estado Social” está a significar um modelo de Estado que, não se contentando com as conseqüências meramente formais decorrentes da lei, intenta, a partir dela, traçar determinadas metas a ser atingidas pelo Poder Público, v.g, pleno emprego. Note-se, contudo, que muitas dessas normas-programa hoje são consideradas, em realidade, como verdadeiros direitos subjetivos, oponíveis ao Estado pelo indivíduo, como já se pôde discorrer em item precedente.

⁵² MANCUSO, R. de C. Obra citada, p. 733.

⁵³ Idem, p. 735.

de metas predeterminadas.”⁵⁴ E, adiante, acentua que “quando, porém a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental.”⁵⁵

A corroborar a significativa mudança paradigmática, Eduardo APPIO assevera que “com o advento do Estado social, a normatividade cede espaço à programaticidade. As Constituições dirigentes assumem a incumbência de ordenar a atividade futura do Estado, limitando, de forma sensível, o âmbito de discricionariedade política do legislador.”⁵⁶

Em síntese, é lícito supor que, com o nascimento desse novo modelo de Estado, as atenções do Poder Público voltaram-se, primordialmente, à definição de metas predeterminadas, verdadeiros programas de ação, definidos na Constituição e nas leis ordinárias, viabilizados por intermédio da implementação de *políticas públicas* comprometidas com a melhoria das condições de vida da população.

Diante de tal ordem de coisas, em que “a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo”⁵⁷, premente se torna uma revisão da classificação tradicional dos Poderes estatais, de modo a adequá-la a essa nova realidade.

Pois bem, a doutrina clássica da tripartição de poderes, representada pelo pensamento de iluministas como John Locke e Barão de Montesquieu, atribuía maior importância ao Poder Legislativo⁵⁸, o que era natural, pois a maior preocupação, na época, era a de evitar a concentração de poderes nas mãos do soberano, isto é, no que hoje se pode denominar Poder Executivo.

⁵⁴ COMPARATO, F. K. Obra citada, p. 350.

⁵⁵ COMPARATO, F. K. Obra citada, p. 351.

⁵⁶ APPIO, E. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**, p. 86.

⁵⁷ MANCUSO, R. de C. Obra citada, p. 734.

⁵⁸ Em Montesquieu, por exemplo, quase nada se falou acerca da função jurisdicional. Para ele, segundo o que nos relata Oswaldo PALU, “o poder de julgar (...) é nulo, sendo, obviamente, o mais débil dos três.” Por conta disso, nada propôs acerca de um controle dos poderes pelo Judiciário, até porque alimentava a idéia de que a lei era sempre justa. (Obra citada, p. 50).

Não se pode perder de vista, contudo, que mesmo a teoria de Montesquieu já antevia a necessidade de contenção do poder pelo poder, a fim de se coibir abusos e arbitrariedades. Confirmam-se as palavras do próprio autor:

“a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude necessita de limites. Para que não possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e não fazer as que a lei permite.”⁵⁹

Do excerto acima transcrito, é possível inferir também que Montesquieu idealizava não uma separação absoluta de poderes, mas sim um mútuo controle por meio de uma coordenação de poderes, o que dá ensejo a uma *interdependência* entre as três funções estatais.

Oswaldo PALU⁶⁰ frisa que, em verdade, a propagação da noção de que os três poderes funcionariam como compartimentos estanques decorreu da interpretação que a teoria recebeu na França revolucionária, a qual importou a radicalização da separação dos poderes, transformando-a em irrestrito dogma.

Nos Estados Unidos, porém, a tripartição de poderes assumiu novos contornos⁶¹. Lá é que veio à lume o “judicial review of legislation”, o qual conferiu ao Judiciário a tarefa de controlar o Poder Legislativo, na guarda e defesa da Constituição.

A idéia de balanceamento entre os poderes (freios e contrapesos – *checks and balances*), advinda da experiência estadunidense, consoante a lição de José Reinaldo de Lima LOPES, foi incorporada pela primeira Constituição Republicana Brasileira, promulgada em 1891.

⁵⁹ MONTESQUIEU, **O espírito das leis**, p. 118, *apud* PALU, O. L. Obra citada, p. 48.

⁶⁰ PALU, O. L. Obra citada, pp. 50-51.

⁶¹ A propósito, José Reinaldo de Lima LOPES traça interessante distinção: “Estados Unidos e França apresentavam dois modelos contrastantes de limitação dos poderes. Na França, a separação deveria ser de funções: uma é a de fazer leis, outra a de aplicá-las. As duas funções não deveriam se confundir e o Executivo, a rigor, deveria ser um delegado dos representantes do povo para governar e administrar. Entre as tarefas de aplicação da lei está sua aplicação contenciosa e por isso a magistratura, mesmo sendo um corpo separado de funcionários, não representa um elemento importante ou dinâmico na separação de funções, chamada de separação de poderes. Nos Estados Unidos a ‘separação de poderes’ obedece a outro sentido: é uma realização do governo misto, isto é, aquele governo que combina elementos democráticos (representação, maiorias, temporariedade das funções) com elementos aristocráticos (estabilidade, nascimento, *status* vitalício) (...); a idéia central foi o que chamo se uma ‘soberania compartilhada’: não há exclusiva ou primeiramente uma divisão de funções (e, portanto, uma divisão de poderes), mas um governo misto de soberania compartilhada: as funções de cada um só se completam com a colaboração dos outros.” (**Direitos sociais: teoria e prática**, pp. 16-17).

E é nesse sentido que se deve pensar o princípio da separação de poderes atualmente: como uma relação de coordenação, de mútuo controle, com vistas a evitar que a atuação de algum dos poderes em afronta à Constituição e à lei passe ao largo de qualquer advertência ou sanção.

2.3. O Estado Social e Democrático de Direito

Não obstante sustente Paulo BONAVIDES⁶² que a Constituição Brasileira de 1988, mais do que qualquer outra, atrelou o país ao Direito Constitucional do Estado Social, é possível sustentar que, nos dias atuais, estão superados, ao menos em parte, os modelos de Estado exclusivamente liberal/nomocrático e social/telocrático, pela consagração, em nível nacional⁶³, de um *Estado Social e Democrático de Direito*.

Lenio Luiz STRECK dá conta do surgimento dessa nova concepção de Estado:

“o segundo pós-guerra produz uma terceira forma de Estado de Direito. A preocupação com os direitos fundamentais e a democracia engendra textos constitucionais que avançam nitidamente em relação aos fundamentos do velho liberalismo e à noção puramente intervencionista do Estado Social. **A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo**, donde não pode haver retrocesso.”⁶⁴ (grifou-se)

Com efeito, o artigo 1º da Lei Maior erige o Estado Democrático de Direito à condição de princípio fundamental de nossa República. De tal designação, podemos extrair dois princípios, quais sejam, o do Estado de Direito e o democrático. Pelo primeiro, intenta-se estabelecer limites ao poder, de sorte que nenhuma das funções estatais dele abuse. O segundo, por sua vez, diz com a eleição, pelo povo, das decisões políticas fundamentais, diretamente ou por meio de representantes escolhidos para atuar nas esferas do Governo e do Parlamento.

⁶² BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, p. 519.

⁶³ Se, na análise dos modelos anteriores, primou-se por uma explicação teórica não necessariamente adstrita à realidade brasileira, entendemos ser imprescindível, para a compreensão do Estado Social e Democrático de Direito, a referência às especificidades previstas na Constituição de 1988, vez que há diversas passagens do texto constitucional que nos permitem inferir a adoção dessa concepção de Estado.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, p. 112.

É de se observar, todavia, que a acolhida do princípio democrático, nas Constituições Contemporâneas, está atrelada, indelevelmente, à consagração de direitos fundamentais, pois só se pode considerar que há democracia onde se garantam a liberdade e a igualdade, escopos últimos daqueles. Nesse sentido, Peter HÄBERLE assevera que “a democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do Monarca”.⁶⁵

E, tendo em vista que a Constituição de 1988 encartou, de forma analítica, um extenso rol de direitos fundamentais, resta evidente que não deixou de lado a opção por um Estado também social, voltado à promoção de justiça distributiva entre as diversas camadas da população, de sorte a reduzir as gritantes desigualdades sociais.

Logo, consagrados em nossa ordem constitucional, os direitos fundamentais estão. Nesse passo, o principal desafio que se impõe a nosso Estado Constitucional, em especial no que tange aos direitos sociais, é transpô-los do mundo jurídico ao mundo fático, a fim de propiciar condições dignas de vida, sobretudo aos cidadãos mais carentes. Cuida-se, como aduz Oswaldo Luiz PALU, de concretizar os princípios constitucionais, alicerces de “uma constituição axiológica fundada na Justiça em sentido material.”⁶⁶

E, para cumprir esse desiderato, como já se adiantou no capítulo anterior, a implementação de *políticas públicas* representa o instrumento por excelência de atuação estatal. Nota-se, pois, que a preocupação com a eficácia social dos direitos fundamentais está na ordem do dia, como bem se pode constatar pelas incisivas palavras de Andreas KRELL, ao advertir que,

“encontram-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais.”⁶⁷

⁶⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Fabris, p. 383, *apud* PALU, O. W., obra citada, p. 281.

⁶⁶ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela Jurisdição**, p. 355.

⁶⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**, p. 18.

Necessário, portanto, nessa altura da exposição, definir os contornos a partir dos quais as políticas públicas serão hábeis a assegurar a efetividade dos direitos sociais.

CAPÍTULO 3 – A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ENTRE O “MÍNIMO EXISTENCIAL” E A “RESERVA DO POSSÍVEL”

3.1. Conteúdo jurídico do mínimo existencial

Defende-se, como fundamentado alhures, que as políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais devem obedecer a um padrão mínimo, aquém do qual não é possível considerar a existência de uma proteção idônea e adequada à efetividade de tal ordem de normas constitucionais.

Nesse aspecto, sustenta-se a posição de que esse parâmetro corresponde ao que a doutrina constitucionalista brasileira costumou designar *mínimo existencial*. Trata-se, como retrata Andreas KRELL⁶⁸, de construção teórica forjada a partir da interpretação que a Corte Constitucional Alemã atribuiu à Lei Fundamental⁶⁹ daquele país, extraíndo daí o direito a um “mínimo de existência”, pela combinação sistemática entre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, I, LF), o direito à vida e à integridade física e o princípio do Estado Social (art. 20, I, LF). Chega-se a aventar, inclusive, que a jurisprudência germânica concebe a existência de um verdadeiro direito fundamental a um mínimo vital⁷⁰, idéia que, segundo Marcos Maselli GOUVÊA, é esposada também pela quase unanimidade da doutrina nacional⁷¹.

⁶⁸ KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**, p. 42.

⁶⁹ Por oportuno, observe-se que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, não previu expressamente um rol de direitos fundamentais sociais, o que se deveu especialmente ao fato de as disposições previstas na Constituição de Weimar serem consideradas, pela maior parte dos autores germânicos, utopias não realizáveis pelo Estado. A despeito disso, calha lembrar que a não inclusão explícita de direitos de segunda dimensão na Lei Fundamental de Bonn não autoriza concluir que o ideário ínsito a tais direitos foi refutado, pois “o conceito do ‘Estado Social’ (artigo 20, LF) representa uma ‘norma-fim de Estado’ (*Staatszielbestimmung*)”. (KRELL, A. J. Obra citada, p. 48).

⁷⁰ TAMER, Sergio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais**, p. 215.

⁷¹ Com efeito, ressalta o doutrinador que “mesmo autores refratários à idéia de que os direitos sociais possam ser direitos fundamentais compartilham do entendimento de que o mínimo existencial é um direito fundamental.” (Obra citada, p. 258).

Segundo Sergio Victor TAMER, o mínimo existencial “tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público”⁷², ou seja, pode ser invocado como fundamento para que o indivíduo possa exigir do Estado a adoção de determinada providência como, por exemplo, o fornecimento de medicamento necessário à manutenção de sua saúde. Corroborando esse pensamento, válido destacar, com Ingo Wolfgang SARLET, que o mínimo existencial demanda prestações mínimas do Estado, eis que considerado o “núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações”⁷³.

Sobre o tema, merecem ser transcritas as enfáticas palavras de Clèmerson Merlin CLÈVE, segundo o qual,

“o conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia (...).”⁷⁴

Nada obstante seja complexa a elaboração de um conceito acerca do que é o mínimo existencial, é preciso traçar os delineamentos de seu conteúdo, a fim de que se possa averiguar, diante de um caso concreto, se certa atividade do Poder Público atende a contento, ou não, esse patamar.

Em nosso entendimento, o mínimo existencial não corresponde apenas e tão-somente a um padrão que torna viável a mera *sobrevivência* do ser humano, vez que, nesse sentido, cingir-se-ia à satisfação das necessidades fisiológicas primárias ou elementares do indivíduo⁷⁵. Deve-se, além disso, garantir as condições básicas para que o homem possa usufruir de uma *existência digna*, propiciando “as condições psíquicas que o tornem apto a valer-se, de acordo com suas aptidões e preferências,

⁷² TAMER, S. V. Obra citada, p. 216.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, p. 112.

⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho n° 22, p. 27.

⁷⁵ TAMER, S. V. Obra citada, p. 218.

das oportunidades que a sociedade oferece”⁷⁶. Não basta sobreviver; é necessário viver dignamente⁷⁷.

No mesmo sentir, esclarece Sérgio Cruz ARENHART que “a preservação de um *mínimo vital* (direito fundamental mínimo), correspondente ao mínimo razoavelmente exigível para a satisfação de uma vida digna”⁷⁸.

Note-se, ainda, que a satisfação do mínimo existencial pode ser compreendida como condição de possibilidade para o exercício dos direitos de liberdade. Sim, porque sem a conquista de condições materiais elementares, é impossível considerar o ser humano plenamente livre.

Não destoia dessa concepção Marcos Maselli GOUVÊA, ao consignar que,

“consiste o **mínimo existencial** de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal.”⁷⁹

Dito isso, fica clara a estreita ligação entre o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, a nosso ver, constitui o principal norte de aferição daquele. Em outras palavras, a tutela do mínimo existencial é pressuposto para que homem desfrute de uma vida condigna.

Ademais, compactua-se com a idéia de que as prestações essenciais levadas a efeito pelo Estado em favor da sociedade não podem ser reduzidas, e ainda mais suprimidas, sem que haja a implementação de ações outras, mais vantajosas do que as primeiras. Logo, é forçoso admitir que a manutenção do mínimo existencial é fator impeditivo à consecução de medidas de cunho retrocessivo, aplicando-se, nessa seara, o princípio da vedação do retrocesso social.

⁷⁶ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**, p. 263.

⁷⁷ Nesse sentido, Marcos Maselli GOUVÊA preceitua que “quando o mínimo existencial é compreendido apenas como um *mínimo vital* (abrangendo as condições para a mera sobrevivência, como alimentação mínima, alguns cuidados médicos e abrigo), certamente o problema é minorado, já que se passa a ter um critério objetivo de fixação de seu espectro. Entremontes, a teoria dos direitos fundamentais não almeja apenas a sobrevivência, mas sim a existência condigna”. (Obra citada, p. 261).

⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: Mazzei, Rodrigo e Nolasco, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**, p. 522.

⁷⁹ GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 257.

3.1.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

Como explicitado anteriormente, verifica-se uma íntima conexão entre o direito ao mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo crível afirmar, até mesmo, ser aquele uma concretização ou desdobramento deste. Sobreleva, nesse passo, analisar, ainda que de maneira sucinta, o significado e o alcance deste princípio fundamental da República Federativa do Brasil⁸⁰.

Pois bem, não obstante o valor fundamental da pessoa humana consagrar-se nas Constituições apenas na segunda metade do século XX, após a previsão expressa da Declaração Universal da ONU de 1948⁸¹, é preciso advertir, na esteira de Ingo SARLET⁸² que as origens do princípio remontam ao pensamento clássico e à ideologia cristã, época em que a *dignitas* representava um atributo ínsito ao ser humano, que o diferenciava dos demais seres. A idéia de dignidade do homem também não passou despercebida aos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, a exemplo de Immanuel Kant, para quem a dignidade é corolário da autonomia ética do ser humano, de sorte que o homem deve ser tido sempre como *fim*, e nunca como *meio* ou mero objeto, pois se toma como ponto de partida que ele, “em virtude tão-somente de sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado.”⁸³

É cediço, portanto, que a dignidade é um elemento indissociável de todo e qualquer ser humano. O mais tormentoso, nessa seara, é tentar definir, *a priori*, o conteúdo do princípio, vez que, em se tratando de uma noção axiologicamente aberta, é mutável no tempo e no espaço. Por conta disso, defende-se que o âmbito de proteção

⁸⁰ No Título I da Constituição de 1988 (Dos princípios fundamentais), lê-se que: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ...III – **a dignidade da pessoa humana.**” (grifou-se)

⁸¹ No art. 1º da referida Declaração, estatuiu-se que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

⁸² SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 103.

⁸³ SARLET, I. W. Obra citada, p. 105.

da dignidade da pessoa humana há de ser definido em função das vicissitudes de cada caso concreto.

Contudo, mister estabelecer parâmetros mínimos de alcance do princípio, fora dos quais se pode vislumbrar, com alguma segurança, a violação à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, na hipótese em que o homem é rebaixado de seu *status* de sujeito de direitos, configurada está a ofensa a sua dignidade. Melhor explicando, a dignidade da pessoa humana implica necessariamente o respeito aos direitos fundamentais, pois

“onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”⁸⁴

Ademais, como já lembrado, a dignidade da pessoa humana insere-se no rol dos princípios fundamentais de nossa Constituição. Logo, é norma constitucional dotada de eficácia, valor jurídico fundamental a servir de vetor não só aos direitos fundamentais, como a toda a ordem constitucional, pelo que deve orientar a atuação do Poder Público na elaboração de políticas públicas destinadas a assegurar direitos sociais que possibilitem, ao menos, uma existência digna à população.

3.1.2. O princípio da vedação do retrocesso social

Além de ter como escopo o princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamental que a garantia do mínimo existencial seja protegida contra medidas que visem a solapar direitos prestacionais, resultados de avanços sociais conquistados historicamente pela sociedade brasileira.

Em outras palavras, não se pode admitir que haja retrocesso social, seja em decorrência da atuação do Legislativo ou do Executivo, sob pena de comprometer-se a efetividade dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de inviabilizar-se a fruição de uma vida digna por parte de seus titulares. Constata-se, assim, que as ações de cunho

⁸⁴ SARLET, I. W. Obra citada, p. 110.

retrocessivo podem ser levadas a cabo por meio da edição de uma lei⁸⁵, bem como por conta de atos praticados pelo administrador público⁸⁶.

A respeito, válido transcrever o entendimento de Ingo Wolfgang SARLET acerca da proibição de retrocesso:

“a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (...), mas também não dispensa (...) uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos.”⁸⁷

Nessas hipóteses, é viável que a medida seja atacada pela invocação do princípio da vedação do retrocesso social, o qual, embora não esteja explícito em nosso ordenamento jurídico, pode ser inferido do sistema constitucional, porque decorrente do direito fundamental à segurança jurídica, insculpido no art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988⁸⁸. Assim, uma vez materializado o conteúdo do direito fundamental social, assevera José Joaquim Gomes CANOTILHO assumir ele a feição de garantia constitucional, refugindo da “(plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança.”⁸⁹

⁸⁵ Exemplificativamente, podemos citar como ofensiva ao princípio do retrocesso social a Lei nº 9494/97, que previu novos requisitos para a propositura de ações coletivas contra o Poder Público, os quais tendem a dificultar o acesso à Justiça da sociedade civil organizada. *In verbis*:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.

⁸⁶ Pense-se, por exemplo, em uma decisão que suspende o fornecimento de determinado medicamento, ou que diminuiu o número de vagas nas escolas de ensino fundamental.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, p. 98.

⁸⁸ “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

⁸⁹ *Apud* SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa**

Com a mesma percepção, Luis Roberto BARROSO assinala que a regulamentação de um dispositivo constitucional institui verdadeiros direitos adquiridos, cuja supressão não se pode admitir, tendo em vista a incorporação dessas posições jurídicas subjetivas ao “patrimônio jurídico da cidadania”.⁹⁰

A propósito, Marcos Maselli GOUVÊA também se posiciona no sentido de que a aplicação do princípio seria hábil a evitar que houvesse regressão na conteudização de uma situação jurídica disciplinada pela Constituição, de sorte que, alcançado certo patamar, a proibição de retrocesso impediria que “obrassem o Legislativo ou o Executivo no sentido de reduzir as prerrogativas previamente definidas.”⁹¹

Contrariamente, a inexistência de qualquer mecanismo assecuratório dos direitos fundamentais frente a recuos sociais perpetrados pelo Poder Público acarretaria vilipêndio ao texto constitucional, na medida em que, não obstante inexoravelmente vinculados aos preceitos da Lei Maior, aos agentes públicos, parlamentares ou administradores, abrir-se-ia a possibilidade de determinar, a seu arbítrio, o maior ou menor grau de concretização dos direitos sociais. Dito de outro modo:

“em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição.”⁹²

Destarte, a observância da vedação do retrocesso social implica que os atos retrógrados emanados das funções legislativa e executiva sejam embasados por uma fundamentação razoável, demonstrativa de que a medida foi ponderada face aos demais direitos, bens, valores e interesses instituídos pela Constituição. Além disso, as medidas retrocessivas devem abster-se por completo de implementar indevidas restrições ao *mínimo existencial*, pois, como explanado ao início do tópico, entendemos

julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 106.

⁹⁰ BARROSO, L. R. Obra citada, p. 158.

⁹¹ GOUVÊA, M. M. Obra citada, pp. 25-26.

⁹² SARLET, I. W. Obra citada, p. 112.

que o princípio em comento é apto a assegurar a vida humana digna⁹³. E, em se tratando de dignidade da pessoa humana, não há como fazer concessões.

3.2. A reserva do possível

Se, de um lado, é certo que as políticas públicas tendentes à concretização dos direitos fundamentais sociais devem, necessariamente, corresponder a programas de ação governamental que atendam ao *mínimo existencial*, de outro, não se pode olvidar que a efetividade dos direitos prestacionais está condicionada à *reserva do possível*, aqui tomada como o máximo que se pode exigir do Poder Público nesta seara. Restamos, portanto, definir nosso entendimento acerca da noção, em princípio assentada na jurisprudência alemã⁹⁴, mas que, posteriormente, sofreu alterações em seu significado⁹⁵, passando a relacionar-se diretamente com o “custo dos direitos”.

⁹³ Na mesma ordem de idéias, Ingo SARLET estabelece que “uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas.” (Obra citada, p. 123).

⁹⁴ Com propriedade, relata Andreas KRELL que “essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.” (**Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**, p. 52)

⁹⁵ Ana Carolina Lopes OLSEN enfatiza que a noção de reserva do possível adotada pelos Tribunais pátrios guarda mais relação com o custo dos direitos do que o conceito forjado na Alemanha. Segundo a autora, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha aplicou a reserva do possível pioneiramente no acórdão *numerus clausus*, em que se discutiu a constitucionalidade da norma que restringia o número de vagas nos cursos de Medicina. A Corte, valendo-se de um juízo de ponderação, acabou por decidir que não era razoável exigir-se da sociedade que mantivesse tantas vagas quantos interessados em ingressar na referida faculdade. Nesse sentido, “verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável. A questão central, entretanto, não parece ter sido financeira, no sentido de escassez absoluta de recursos. Mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo tribunal alemão, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse dos limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental. Não se poderia exigir o comprometimento de programas vinculados à satisfação de outros interesses fundamentalmente protegidos, para o fim de tornar o acesso ao ensino superior possível a absolutamente todos os indivíduos que assim o quisessem. (...) Esta, entretanto, não parece ser a aplicação que a reserva do possível tem sofrido pelos tribunais brasileiros. Há que se ponderar que na grande maioria dos casos, não se pode admitir que o Estado tenha feito, efetivamente, tudo que estava ao seu alcance para satisfazer os direitos fundamentais do cidadão.

No Brasil, por influência da doutrina norte-americana desenvolvida a partir da década de 1970⁹⁶, a idéia de reserva do possível costuma ser remetida à constatação de que a implementação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais⁹⁷, depende da aplicação de recursos financeiros do Estado, fato que acabou por conferir ao instituto ares de “reserva do financeiramente possível”, para utilizar a feliz expressão de Ana Carolina Lopes OLSEN⁹⁸. E, como é cediço, o dinheiro é finito, de sorte que nunca seria possível atender plenamente a todos os direitos prestacionais.

Em outras palavras, essa teoria parte do pressuposto de que os bens disponíveis são escassos, o que implica, por conseguinte, a impossibilidade inarredável de satisfazer a todas as necessidades humanas, porquanto infinitas. Destarte, não sendo viável o atendimento da totalidade dos direitos sociais, é preciso que o Estado realize escolhas, isto é, determine para quais fins, e em que extensão para cada um deles, serão destinados os recursos públicos.

O problema da alocação de recursos, que se agrava quando está em jogo a manutenção da vida humana, não passou despercebido a Gustavo AMARAL:

“Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. As decisões alocativas são (...) escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte.”⁹⁹

Marcos Maselli GOUVÊA também externa sua preocupação com a destinação dos recursos públicos ante a situação de miserabilidade que assola grande parcela da população brasileira, nos seguintes termos:

Ainda assim, a reserva do possível tem sido invocada como um limite fático ‘intransponível’ diante de uma alegada ‘escassez de recursos absoluta’”. (**A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, pp. 232-235).

⁹⁶ A obra paradigmática dessa vertente é a de Cass SUSTEIN e Stephen HOLMES, intitulada *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*.

⁹⁷ Embora o enfoque do trabalho esteja voltado aos direitos de segunda geração, não se ignora que também os direitos de primeira geração, exigentes, *prima facie*, de uma abstenção estatal, acarretam dispêndios. Como exemplo, numa cidade do porte de Curitiba, não é possível imaginar-se o pleno gozo do direito de liberdade – aqui tomado no sentido de direito de locomover-se livremente, de “ir e vir” – sem a existência de uma rede de transporte coletivo, cujo funcionamento, por óbvio, reclama maciços investimentos públicos.

⁹⁸ OLSEN, A. C. L. Obra citada, p. 280.

⁹⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 147.

“É nos países pobres que a questão da alocação de recursos traduz-se, efetivamente, numa *escolha dramática*, em que deliberar a realização de uma determinada despesa, contemplando certo projeto, importa reduzir ou suprimir os recursos necessários para outra atividade. Estas escolhas dramáticas, envolvendo uma deliberação de **prioridades** que, em princípio, não comportaria critério objetivo, deveriam incumbir às autoridades eleitas.”¹⁰⁰ (grifos no original)

Nesse contexto, é de se observar que, na esteira do apregoado por SUSTEIN e HOLMES, o limite imposto pela reserva do possível seria imanente ao próprio direito subjetivo, o que significa dizer que o custo estaria embutido na noção do direito. Assim, inexistindo aportes financeiros suficientes para a concretização do direito social, estar-se-ia negando a existência do direito em si. Sem recursos, portanto, impossível o reconhecimento de direitos subjetivos.

Segundo Ana Carolina Lopes OLSEN:

“na medida em que os direitos fundamentais implicam a realização de despesas por parte do Estado para se tornarem efetivos, esta dimensão de despesa passaria a fazer parte do próprio conceito de direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido. A escassez de recursos seria elemento a inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais.”¹⁰¹

Entretanto, o fato de os direitos fundamentais sociais serem dotados de eficácia progressiva não autoriza concluir que a falta de recursos suficientes para efetivá-los integralmente seja determinante para a própria existência do direito. Afinal, no direito brasileiro, a positivação dos direitos fundamentais na Constituição, por si só, atesta que esses direitos “existem”; a dimensão financeira é cogitada no plano da efetividade.

Válido transcrever, mais uma vez, a opinião da aludida autora:

“Os direitos não existem porque há recursos disponíveis. Sua mera existência determina, por si só, a alocação dos recursos necessários à sua realização. Ainda que não se possa perder a dimensão da realidade, é válido ter em consideração que **os direitos fundamentais sociais primeiramente existem, foram reconhecidos como tais, e por essa razão devem ser concretizados, de modo que impõem a alocação dos recursos necessários a esta concretização.**”¹⁰²(grifou-se)

¹⁰⁰ GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 20.

¹⁰¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 194.

¹⁰² OLSEN, A. C. L. Obra citada, p. 226.

É lícito supor, portanto, que a reserva do possível, vista sob a ótica do custo dos direitos, não pode ser considerada condição para a própria existência do direito. Nesse particular, perfilha-se ao entendimento esposado por Ana Carolina Lopes OLSEN, para quem a reserva do possível é uma *condição de realidade*, vale dizer, um dado fático que influencia diretamente a efetividade das normas jurídicas, mormente daquelas que obrigam os Poderes Públicos à realização de prestações materiais.

Expresso em outros termos, em relação às normas constitucionais que encartam direitos fundamentais sociais, a reserva do possível constitui um “dado concreto de que tais situações jurídicas demandam, para sua efetivação, o dispêndio de recursos financeiros que o Estado, sabidamente, detém de forma limitada”.¹⁰³

No mesmo sentir é o escólio de Giovanni BIGOLIN:

“(...) a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do Judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas públicas vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários. Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe”.¹⁰⁴

Indo adiante, imperioso que a argüição da escassez de recursos seja interpretada com reservas. Isso porque o óbice da reserva do possível não pode ser tomado como uma verdade absoluta, no sentido de que o Estado, inexoravelmente, não dispõe do numerário necessário para concretizar a contento a integralidade dos direitos fundamentais sociais.

Nesse passo, conveniente estremar duas situações diversas: uma, em que a fruição do direito por parte de todos dos indivíduos mostra-se absolutamente inviável, e outra, na qual a falta de recursos é resultado de uma decisão política do Poder Público, que optou por destinar a verba a outros objetivos.

Na primeira hipótese, está-se diante de impossibilidade lógica de o Estado esgotar as prestações materiais exigidas para conferir efetividade aos direitos sociais titularizados pela população, por conta da insuficiência de receitas aptas à completa

¹⁰³ GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 19.

¹⁰⁴ BIGOLIN, Giovanni. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**, p.

satisfação desse desiderato. Ainda assim, é preciso que o argumento da real escassez de recursos seja devidamente sopesado no caso concreto, com vistas a aferir se a impossibilidade de concretizar o direito fundamental é factível. Adotada tal cautela, diminuem as chances de o Poder Público furtar-se, sem justificativa de porte, ao cumprimento do que constitucionalmente estabelecido.

Na esteira desse pensamento, Marcos Maselli GOUVÊA é categórico: “para que o não-reconhecimento do direito prestacional seja legítimo, deve o juiz basear-se não em uma dificuldade presumida, mas sim na comprovação cabal da absoluta insuficiência do Erário.”¹⁰⁵

Já no segundo caso, observa-se que a falta de recursos econômicos para a efetivação dos direitos sociais configura uma escassez artificial¹⁰⁶, conseqüência de uma escolha política do Estado, que decidiu alocar o numerário para fazer frente a outras despesas públicas. Logo, cuida-se de impossibilidade contingencial, que pode ser atribuída a deficiências na gestão dos recursos públicos.

Sucedo que, dada a fundamentalidade dos direitos sociais, imprescindível que o Estado – especialmente os Poderes Executivo e Legislativo – a eles confira primazia quando da implementação de escolhas alocativas de recursos, até como forma de prestigiar o princípio da máxima efetividade da Constituição. Assim é que, entre investir na criação de leitos em hospitais públicos ou abater os juros da dívida junto ao Fundo Monetário Internacional, por exemplo, parece óbvio que a melhor escolha é aquela que prioriza o direito fundamental à saúde.

Importante notar também que o próprio Texto Constitucional prevê limites materiais¹⁰⁷, os quais devem servir como balizas a conformar as opções financeiras tomadas pelo Estado. O descumprimento desses parâmetros, como no próximo capítulo se explanará, é motivo suficiente para autorizar o Poder Judiciário a intervir nessa seara, afastando a muitas vezes falaciosa alegação formulada pelo Poder Público, no

¹⁰⁵ GOUVÊA, Marcos Maselli. Obra citada, p.88.

¹⁰⁶ Adotou-se a terminologia utilizada por Ana Carolina Lopes OLSEN, com esteio na classificação de Jon ELSTER. (Obra citada, pp. 200-201).

¹⁰⁷ V.g., cabível mencionar o art. 212 da Constituição da República, *in verbis*: “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

sentido de que escassez de recursos obsta ao atendimento mínimo dos direitos prestacionais.

Afinal, ainda que as circunstâncias fáticas determinadas pela dimensão econômica dos direitos inviabilizem, em princípio, a consecução de políticas públicas hábeis à plena concretização dos direitos sociais, é inadmissível que se compactue com a deliberada omissão do Estado nesta senda, sustentada pela sempre discutível insuficiência de aportes financeiros.

Corroborando esse ponto de vista, Américo Bedê FREIRE JÚNIOR destaca:

“se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública. Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Obra citada, p. 74.

CAPÍTULO 4 – O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1. A legitimidade do Judiciário para o controle de políticas públicas frente ao princípio democrático

Em regra, é possível afirmar que a execução das políticas públicas incumbe à Administração Pública, objetivamente considerada como “a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos.”¹⁰⁹

Essa constatação não escapa da acurada análise de Ana Paula de BARCELLOS, ao consignar que “a definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais.”¹¹⁰

E assim é porque se entende que a implementação dessa atividade governamental deve ser levada a cabo pelo administrador público, eis que escolhido por meio de um processo eleitoral democrático, condição que lhe conferiria legitimidade. Dito de outro modo, ao membro do Poder Executivo caberiam primariamente as decisões acerca dos programas de ação voltados à garantia dos direitos sociais, pois seus desígnios representariam a vontade mesma do povo, ou melhor, da maioria eventual responsável por sua consagração nas urnas. Logo, parte-se do pressuposto de que a escolha efetuada pelo administrador, em sede de políticas públicas, condiz com os desejos – e sobretudo com as necessidades – da população.

Por conta disso, ocorrente falha do administrador – omissão total ou parcial da política pública – não haveria como compeli-lo a executar a atividade estatal, isto é, a cumprir o mandamento constitucional impositivo de direitos fundamentais sociais, pois a

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 61.

¹¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, abr./jun. 2005. Rio de Janeiro, Renovar, p. 92.

decisão por ele tomada, em tese, estaria amparada pela sociedade, no exercício do sufrágio político.

Nesse sentido, aventa-se que as escolhas políticas formuladas pelo Poder Executivo, e bem assim pelo Legislativo,¹¹¹ porquanto pautadas pelo *princípio democrático*, adquiririam ares de intangibilidade. Destarte, até mesmo as opções que fossem de encontro ao Texto Constitucional estariam imunes a qualquer tipo de controle, especialmente do Poder Judiciário.

Calha observar que um dos principais argumentos sustentados em oposição à atuação jurisdicional no campo das políticas públicas diz justamente com a legitimidade do magistrado para o exercício de tal mister. Melhor explicando, é corrente pensar-se que o juiz carece de legitimação democrática para averiguar a execução de políticas públicas, pelo fato de sua investidura no cargo não decorrer do processo eleitoral.

Sobre essa posição, discorre com propriedade Marcos Maselli GOUVÊA:

“Juizes são escolhidos, em países como o Brasil, através de concurso público; este procedimento objetiva a seleção dos candidatos mais capacitados segundo seu *conhecimento técnico-jurídico*, e não segundo suas *posições político-ideológicas*. Um juiz *ativista*, que se propusesse a invadir a órbita originariamente destinada aos demais ramos, estaria subvertendo o princípio democrático, pelo qual prevalecem as posições políticas da maioria da população.”¹¹²

Outrossim, há que se considerar que o aludido ponto de vista encontra suas raízes no debate que permeia o atual estágio do Constitucionalismo, envolvendo procedimentalistas *versus* substancialistas. Em breve síntese, sustentam os adeptos do Procedimentalismo – corrente encabeçada por Jürgen Habermas – que a atuação do Poder Judiciário voltada ao controle dos atos emanados dos demais poderes causa sério prejuízo à democracia, idéia que repisa a falta de legitimidade democrática direta dos magistrados.

Além disso, consoante relata Ana Carolina Lopes OLSEN¹¹³, o filósofo alemão, ao considerar que o Judiciário pauta-se pelo discurso de aplicação das leis, ao passo

¹¹¹ Não se ignora que os membros do “Parlamento”, ou seja, os representantes do Legislativo no âmbito dos três entes federativos (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores) também são empossados ao cargo porque eleitos. Obedecem, portanto, ao princípio democrático.

¹¹² GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 21.

¹¹³ OLSEN, A. C. L. Obra citada, p. 291 e ss.

que o Legislativo segue o discurso político de justificação das leis, critica a possibilidade de o juiz interpretar criativamente as normas jurídicas, em uma palavra, *a politização do Judiciário*, pois tal postura implicaria ofensa não só ao citado princípio democrático, mas também à separação de poderes. Desse modo, restringe-se sensivelmente o âmbito de competência da Jurisdição Constitucional, uma vez que a ela não caberia “decidir sobre a validade das leis, nem determinar o comportamento do Executivo, obrigando-lhe a adotar certas condutas, pois isso significaria (...) uma invasão (‘colonização’) da vida pelo Direito.”¹¹⁴

O papel dos Tribunais, nessa perspectiva, cingir-se-ia a assegurar a elaboração democrática do Direito, vale dizer, a garantir que os cidadãos, em igualdade de condições, chegassem a um consenso acerca das condutas e dos valores comungados pela sociedade.

Todavia, em que pesem as relevantes ponderações da teoria procedimentalista, sufraga-se o entendimento de que sua aplicação não é adequada ao contexto nacional. E assim é porque, no Brasil, não é crível imaginar-se que as deliberações oriundas do jogo democrático sejam suficientes para o alcance da almejada justiça social, com a efetiva concretização dos direitos fundamentais para todas as camadas da sociedade.

Afinal, num país em que, lamentavelmente, é considerável o contingente de pessoas que não têm acesso à educação e à cultura, parece um tanto quanto despropositado pensar-se que a população estaria preparada para tomar decisões que, de fato, atendessem a interesses públicos. Com isso, cresce o risco de que os “consensos”, em verdade, respaldem a consagração de interesses escusos daqueles cuja missão seria representar a vontade do povo.

A corroborar a opinião de que o Procedimentalismo deve ser analisado *cum granum salis* no Constitucionalismo pátrio, Andreas KRELL enfatiza que “na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas

¹¹⁴ Idem, *idibem*.

constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica.”¹¹⁵

De outro lado, portanto, situa-se a perspectiva substancialista, segundo a qual o papel precípua da Constituição não se limita a garantir a lisura do processo democrático. A Carta Magna, ao consagrar direitos fundamentais sociais, trouxe normas de cunho axiológico-material que retratam os valores supremos eleitos pela sociedade brasileira. Porque situados no ápice do ordenamento jurídico, cumpre tornar factíveis esses mandamentos axiológicos, ou seja, conferir efetividade aos direitos prestacionais.

Nessa medida, não basta ao Judiciário assegurar que os cidadãos tenham voz e vez no jogo democrático. É preciso, antes de mais nada, tratar de concretizar o conteúdo material da Constituição, condicionante do agir político estatal. Assim, considerando que é missão constitucional do Poder Judiciário coibir qualquer lesão ou ameaça a direito¹¹⁶, com ainda mais zelo deve atuar o magistrado em face dos direitos fundamentais, a fim de barrar condutas do Poder Público que ofendam os dispositivos constitucionais.

Perfilhando-se a esse entendimento, Andreas KRELL salienta que “as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.”¹¹⁷

¹¹⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**, p. 70.

¹¹⁶ Observe-se, por oportuno, que Luiz Guilherme MARINONI considera o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, verdadeiro direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, norma que confere a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva. Confira-se: “o direito à tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas, como se dirige à obtenção de uma *prestação do juiz*. Esse *prestação do juiz*, assim como a lei, também pode significar, em alguns casos, *concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais*. A diferença é que a lei é resposta abstrata do legislador, ao passo que a decisão é resposta do juiz diante do caso concreto. Ou seja, há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de normas de direito material de proteção, assim como de normas de direito instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar efetiva proteção. Mas o Estado-juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais.” (**Técnica processual e tutela dos direitos**, pp. 186-187).

¹¹⁷ KRELL, A. J. Obra citada, p. 55.

Ana Paula de BARCELLOS também não discrepa dessa posição, ao asseverar que “se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais dispositivos são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico.”¹¹⁸

Com fulcro nos ensinamentos de Inocêncio Mártires COELHO, Ana Carolina Lopes OLSEN engaja-se na defesa da legitimidade do magistrado para apreciar demandas que envolvam a efetividade dos direitos sociais, *verbis*:

“É legítima a invocação de outros valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade, e não apenas ou preferencialmente o valor democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa em sentido forte. Nestas condições, em virtude da abertura dos princípios jurídicos que informa os textos legislativos, e, em especial, o texto constitucional, devem os juízes lhes conferir a necessária concretização.”¹¹⁹

Consoante a teoria substancialista, é certo, pois, que a legitimidade do Judiciário para interferir na seara das políticas públicas advém da própria Constituição, porquanto a Lei Maior outorga ao juiz o relevante mister de garante dos direitos fundamentais. Por isso, o fato de os magistrados serem escolhidos por concurso público e não por voto popular não tem o condão de tornar ilegítima a atuação jurisdicional relativa às políticas públicas. Afinal, “não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por critérios outros que não o sufrágio político.”¹²⁰

Em consonância com o exposto, Marcos Maselli GOUVÊA assim se pronuncia:

“a investidura popular não outorga ao Legislativo e ao Executivo uma legitimidade maior do que a do Judiciário. Instituições democráticas não se caracterizam necessariamente pelo provimento por eleição. Ao passo em que diversas ditaduras ao longo da história foram instauradas por sufrágio, muitos outros critérios vêm sendo propostos para qualificar um regime de democrático: o respeito pelos direitos individuais, o respeito à lei, a promoção de oportunidades de expressão e participação popular.”¹²¹

¹¹⁸ BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 92.

¹¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 83; *apud* OLSEN, A. C. L. Obra citada, p. 297.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, p. 138.

¹²¹ GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 194.

Ícone maior da corrente substancialista, Mauro CAPPELLETTI apóia a “criação judiciária do direito”, anotando que o óbice imposto pelo princípio democrático constitui, nos dias de hoje, muito mais um argumento retórico do que um efetivo empecilho à justiciabilidade das políticas públicas. A respeito, pertinente transcrever as palavras do autor:

“dissipou-se em grande parte a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos poderes ‘políticos’ de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos da sua maioria. Os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa.”¹²²

Além de o controle judicial de políticas públicas encontrar respaldo no texto constitucional, a atividade do magistrado adquire maior legitimidade na medida em que observa o que Mauro CAPPELLETTI denominou “limites procedimentais para a atividade jurisdicional.” Com isso, quer-se dizer que a decisão proferida em um processo judicial deve atender aos princípios da inércia da jurisdição, da imparcialidade do juiz e do contraditório¹²³.

Atendidos os citados princípios do processo, e com fulcro na legitimidade constitucional atribuída ao Judiciário para tutelar os direitos fundamentais, mostra-se plenamente viável que o juiz adentre na análise das políticas públicas, pois “embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão

¹²² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, p. 94.

¹²³ Veja-se o excerto de lavra do eminente processualista: “Milênios de sapiência humana encontram-se concentrados, na verdade, para além da rotina, nas chamadas regras fundamentais da ‘justiça natural’ ou ‘*natural justice*’, que antecederam ao próprio nascimento dos sistemas de ‘Common Law’, e que encontraram a sua mais incisiva expressão em dos aforismas do antigo saber latino ‘*nemo iudex in causa propria*’ e ‘*audiatur et altera pars*’. Essas regras exigem que o juiz seja *super partes* e, portanto, que não decida sobre qualquer relação ou ‘status’ do qual seja ele mesmo partícipe, livre das pressões das partes. Elas impõem, ainda, o caráter contraditório do processo, isto é, que todas as partes da relação ou estado objeto do juízo, pessoalmente ou por meio de seus representantes, tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial. Uma terceira regra, provavelmente implícita nas duas primeiras, mostra-se igualmente fundamental; também ela foi esculpida no bronze ideal de uma máxima latina, expressão do seu conteúdo de antiga civilização. Trata-se da regra segundo a qual ‘*ubi non est actio, ibi non est iurisdictio*’, vale dizer, com palavras diversas mas com igual significado, ‘*nemo iudex sine actore*’. Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional.” (CAPPELLETTI, M. Obra citada, pp. 75-76).

atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.”¹²⁴

4.2. A postura do juiz face à inexecução de políticas públicas

Indo adiante, cabível proceder à importante distinção quanto ao que se entende por *controle judicial de políticas públicas*, vale dizer, os limites a que o magistrado está adstrito ao apreciar pedidos que envolvam a implementação de políticas públicas. Assim, se é certo que o Judiciário é instância legítima para controlar a execução de políticas públicas, a afirmativa não é válida em se tratando do processo de formulação de políticas públicas.

Explica-se: embora possa o magistrado aferir se as decisões tomadas por agentes eleitos, na aplicação de políticas públicas, compatibilizam-se com os parâmetros estabelecidos na Constituição e nas leis ordinárias, a ele não é dado definir, de *per si*, quais políticas públicas devem ser formuladas, tendo em vista que tal escolha, por sua natureza política, está sujeita ao crivo da representação popular. A fim de melhor elucidar a diferença entre os dois momentos, segue-se integralmente a tese esposada por Eduardo APPIO:

“O processo de formulação de políticas públicas está diretamente relacionado com a prioridade que se deve conferir a programas sociais e econômicos, ou seja, a opção entre construir uma estrada ou um hospital, entre criar linhas de financiamento em bancos públicos ou programas de subsídio e fomento às empresas locais. Bem por isto, este processo tradicionalmente está relacionado à representação popular, uma vez que os custos de obras e serviços são compartilhados por toda a sociedade na forma de cobrança de impostos, e não seria adequado retirar do cidadão sua capacidade de participação. Já o *processo de execução ou aplicação de políticas públicas* se mostra absolutamente distinto, na medida em que decorrem de decisões tomadas por agentes públicos eleitos diretamente pelo voto universal e obrigatório. A intervenção judicial, através das ações coletivas, surge como um importante instrumento de preservação da supremacia do texto constitucional, especialmente no que tange à densificação de princípios constitucionais de textura aberta (...). Trata-se, por conseguinte, de interferir na maneira como uma política pública prevista na lei ou na Constituição vem sendo

¹²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Obra citada, pp. 509-510.

executada, de molde a garantir a observância destes limites por parte da Administração Pública. Neste caso, a intervenção judicial pode se dar com o intuito de anular a forma como uma política pública vem sendo executada ou mesmo, através de uma aplicação construtiva, compatibilizar seu conteúdo com a Constituição.”¹²⁵

Em outras palavras, pode-se dizer que “não se atribui ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão-só de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias.”¹²⁶ O juiz, portanto, não está autorizado a formular a política pública, mas sim a conformá-la de acordo com o preceituado na ordem jurídica, de sorte a coibir eventuais omissões ou ilegalidades perpetradas pelo administrador público. Simplesmente, “verifica o Judiciário se o ato é correto, e não qual o ato correto.”¹²⁷

Nessa averiguação, “sempre que a atividade dos outros ‘poderes’ se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológicas da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, *seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a*, quando verificada a omissão.”¹²⁸

Aqui, é cabível incluir as hipóteses, anteriormente referidas, em que a própria Constituição prevê limites materiais norteadores da consecução de políticas públicas, como, por exemplo, porcentagens mínimas de recursos destinados à saúde (art. 198, §2º, CR/88). Constatando o magistrado que os patamares exigidos pelo Texto Constitucional não foram atingidos, deve ele adequar a política pública, fazendo-a consentânea com as prioridades arroladas pelo constituinte.

A respeito, são precisas as palavras de Ana Paula de BARCELLOS:

“Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema

¹²⁵ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**, pp. 118-119.

¹²⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**, p. 94.

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, p. 162.

¹²⁸ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 514.

integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais”¹²⁹

Ao pautar-se por tais critérios, não corre, o Judiciário, o risco de sua atuação ser taxada de ilegítima, porque imiscuída em tarefas a cargo de outros Poderes do Estado. Não é outra a conclusão a que chega Sérgio Cruz ARENHART:

“Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos - pautados nas determinações constitucionais a respeito - não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representando de outra função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não estará se colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida”¹³⁰

Sob outro enfoque, não se pode perder de vista que a justiciabilidade das políticas públicas pressupõe, necessariamente, adote-se uma nova perspectiva acerca das funções desempenhadas pelo magistrado. Com isso, quer-se ressaltar que o Judiciário não mais se presta apenas ao papel da subsunção lógica dos fatos ao Direito; além disso, deve engajar-se como agente de transformação social, eis que suas decisões, em maior ou menor intensidade, acabam por repercutir na esfera jurídica dos cidadãos.

Nesse sentido, veja-se o seguinte excerto:

“o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera ‘boca da lei’, como queria o liberalismo clássico, para verdadeira agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar. Não há dúvida de que um juiz, que deve decidir sobre a outorga ou não de certo benefício previdenciário a alguém, interfere, mesmo que de forma mínima, em uma política pública. Sua decisão importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoa em situação equivalente”.¹³¹

Cuida-se, portanto, de preconizar-se que o juiz, na constante tarefa interpretativa inerente à sua profissão, esteja pautado pelas normas constitucionais, de sorte a

¹²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**, pp. 90-91.

¹³⁰ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 509.

¹³¹ ARENHART, S. C. Obra citada, pp. 505-506.

garantir a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e, de conseguinte, prestigiar a máxima efetividade da Constituição.

E assim é porque, “no Estado constitucional, os juízes se sentem diretamente vinculados à Constituição e não à vontade do Poder Legislativo, razão pela qual ampliam seu espaço interpretativo, especialmente ao buscarem a concretização dos valores constitucionais.”¹³²

Por conta disso, não é lícito que o Judiciário furte-se de averiguar a aptidão de uma política pública para a concretização dos direitos sociais, sob pena de compactuar com eventual afronta ao Texto Constitucional. Afinal, “o juiz constitucional tem enorme importância neste contexto, porque responsável direto pela concretização dos valores constitucionais. De sua (injustificável) omissão não raro resulta a ineficácia absoluta do dispositivo constitucional, com a agravante de restringir a atividade legislativa e legitimar a omissão do Estado.”¹³³

Note-se bem, não se quer apregoar seja forjado um Juiz Legislador, nem seja o Executivo substituído pelo Judiciário, mas sim se intenta enaltecer a importância “de um Juiz intérprete da Constituição Federal, que deve estar em sintonia com as demandas dos diversos setores da sociedade em que vive e trabalha.”¹³⁴

Assim, presente o dever de o Poder Público implementar prestações positivas com vistas a tornar factíveis os direitos fundamentais sociais, é possível que o administrador trilhe diversos caminhos. Idealmente, haveria a hipótese de a execução das respectivas políticas públicas esgotar o seu objetivo, ou seja, assegurar que todos os brasileiros usufruam satisfatoriamente dos direitos prestacionais. O que se observa na realidade nacional, contudo, é que ou o Estado realiza as políticas públicas de maneira insuficiente, ou simplesmente mantém-se inerte, omitindo-se quanto à realização da política pública.

Configurada a omissão estatal, é mister que o Judiciário se imiscua nessa seara, de molde a impor que a Administração Pública despenda maiores esforços com vistas

¹³² APPIO, E. Obra citada, p. 22.

¹³³ Idem, p. 33.

¹³⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**, p. 103.

ao atingimento das metas constitucionais. Com efeito, dada a eficácia progressiva dos direitos fundamentais sociais, mesmo que a política pública não tenha o condão de engendrar a realização plena dos interesses a que se destina, é imprescindível que o Estado não se mantenha inerte, isto é, adote alguma postura tendente a efetivar tal ordem de normas constitucionais.

No mesmo sentir, Clèmerson Merlin CLÈVE atesta que “não há como possa o Estado resolver *de uma vez* um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.”¹³⁵

Isso porque “uma interpretação fulcrada no imperativo da máxima efetividade (...) deve reconhecer que, embora não se possa pleitear uma determinada prestação estatal, pode-se em dúvida exigir que o Estado articule **alguma** política (...)”¹³⁶, e numa extensão dotada de um mínimo de eficiência, apta a garantir, ao menos, o mínimo vital à população.

4.3. Superação do argumento da discricionariedade administrativa

Comumente, a oposição à sindicabilidade das políticas públicas é reforçada pelo *topos* argumentativo representado pela idéia de discricionariedade. Em outros termos, sustenta-se que ao Judiciário seria vedado analisar tais programas de ação governamental, porquanto os atos componentes destes estariam inseridos numa margem de liberdade conferida pela lei ao administrador, de sorte que a ele, e somente a ele, competiria decidir acerca da aplicação, ou não, de determinada política pública.

Para enfrentar esse suposto entrave, necessário, de início, esclarecer o que se entende por discricionariedade no presente trabalho. Pois bem, sabe-se que as atividades estatais, mormente as administrativas, preordenam-se ao cumprimento das normas estatuídas no Texto Constitucional e na lei. Apregoa-se a idéia,

¹³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho nº 22, 2003, p. 25.

¹³⁶ GOUVÊA, M. M. *Obra ciatda*, pp. 77-78 (grifos do autor).

consubstanciada em célebre frase, de que o “Direito Administrativo é Direito Constitucional concretizado.”¹³⁷

Desse modo, em consonância com o pensamento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, advoga-se a tese de que o agir do Poder Público está condicionado ao atendimento de finalidades estatuídas pelo ordenamento jurídico. Logo, “a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de *dever* (antes do que ‘poder’), caracterizando uma *função*, em sentido jurídico.”¹³⁸

Por conta disso, o chamado “poder” discricionário nada mais é do que mero instrumental necessário ao cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Como corolário da idéia de função, não é demais lembrar que toda conduta da Administração Pública deve ser animada pelo atendimento de um interesse alheio que lhe compete prover, vale dizer, pela satisfação dos interesses da coletividade.

Partindo-se desse pressuposto, o insigne administrativa aduz que a discricionariedade, a rigor, diz com a margem de liberdade conferida ao administrador para escolher, entre pelo menos duas condutas igualmente idôneas à luz do caso concreto, aquela que atenda com exatidão à finalidade legal prevista na norma, quando impossível reconhecer de modo objetivo qual comportamento melhor se coaduna àquele fim.

Nos casos de discricionariedade, portanto, o administrador encontra-se “perante o dever jurídico de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.*”¹³⁹ Se não adotada a solução ótima na situação concreta que se lhe apresenta, estar-se-á diante de afronta à norma jurídica, o que abre espaço ao controle judicial.

Nas palavras do autor, “a conduta que não atingir de modo preciso e excelente a finalidade legal, não é aquela pretendida pela regra de Direito. Se não é aquela

¹³⁷ Pensamento atribuído a Fritz WERNER, citado por Germana de Oliveira MORAES (**Controle Jurisdicional da Administração Pública**, p. 16).

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 13.

¹³⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 33.

pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal e quando alguém atua em desconformidade com a finalidade legal, o *ato é inválido*.”¹⁴⁰

No que tange aos direitos sociais, é certo que a previsão genérica consagrada pela Constituição dá azo a pensar-se que o Poder Público dispõe de amplo leque de opções para assegurar-lhes a efetividade. Nesse contexto, Marcos Maselli GOUVÊA afirma que “a norma definidora do direito prestacional, a não ser que especifique minuciosamente a medida a ser adotada para atingimento daquele direito, faculta à Administração uma gama de procedimentos aptos a assegurá-los, um ‘campo de ação’ dentro do qual se move a discricionariedade do agente público.”¹⁴¹

Na esteira da lição de Robert ALEXY, “os direitos prestacionais, que ordenam promover algo, não significam uma ordem para que o Estado pratique todas as ações protéticas e promocionais concebíveis. Existe, normalmente, uma pluralidade de meios de atingimento destes direitos, sendo suficiente que o Administrador opte por um deles.”¹⁴²

Contudo, apregoa-se, com fulcro nos ensinamentos de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que, diante de um caso concreto envolvendo direitos fundamentais sociais, é lícito que o administrador trilhe apenas um caminho, qual seja, aquele que aponte para a adequada satisfação do interesse público. Afinal, há de haver exata correspondência entre o fim a ser almejado – a concretização do direito social - e o meio a ser adotado – a implementação de determinada política pública.

Daí vai que “entre uma medida que realiza o direito fundamental, e outra que não o faz, não há discricionariedade possível: o Estado deve escolher a medida que torna factível o direito fundamental em questão”¹⁴³

Somente na hipótese de haver mais de uma conduta que atenda fielmente à finalidade da norma é que se admite maior maleabilidade nas escolhas do Poder Público. E, nessa seara, é inviável a intromissão do Judiciário, pois que atinente ao

¹⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 36.

¹⁴¹ GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 18.

¹⁴² GOUVÊA, M. M. Obra citada, p.

¹⁴³ BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 279.

mérito do ato administrativo, conceituado como “o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.”¹⁴⁴

Germana de Oliveira MORAES, por sua vez, corrobora o entendimento de que tão-somente o mérito estaria infenso ao controle judicial. Para a jurista, essa porção insindicável dos atos corresponde aos “processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados”¹⁴⁵, representados pelo binômio oportunidade e conveniência, o qual revela a aptidão do ato para satisfazer o interesse público.

Logo, infere-se que, havendo alguma baliza positivada, seja ela regra ou princípio, é lícito ao Judiciário aferir a idoneidade dos atos praticados pelo Poder Público, em compasso com que se afirmou linhas atrás, no sentido de que “o Juiz limita-se a aferir se o ato impugnado é ou não compatível com a regência principiológica constitucional, todavia, se concluir pela incorreção do ato, deve abster-se de determinar injuntivamente seu conteúdo, limitando-se a invalidá-lo.”¹⁴⁶

Destarte, é crível supor que o juiz, ao averiguar a execução de uma política pública, não está adstrito apenas aos parâmetros da legalidade. Em sua apreciação, é preciso levar em conta, igualmente, se a conduta adotada pelo Poder Público condiz com os princípios constitucionais. A esse fenômeno, Germana de Oliveira MORAES denominou “controle de juridicidade”.

Consoante a autora, “cabe ao Poder Judiciário, além da aferição da *legalidade* dos atos administrativos – de sua conformidade com as regras jurídicas, o controle de *juridicidade* – a verificação de sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública, para além da legalidade, a qual se reveste do caráter de

¹⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 38.

¹⁴⁵ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 50.

¹⁴⁶ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 52.

controle de constitucionalidade dos atos normativos, pois aqueles princípios se encontram positivados na Lei Fundamental.”¹⁴⁷

Seguindo esta linha de raciocínio, Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN vaticina que “os atos da administração visando a implementação de políticas públicas, não diferem dos demais atos administrativos, estando vinculados ao princípio da legalidade (e obviamente à constitucionalidade) e à legitimidade (o interesse público, que é a finalidade de qualquer ato administrativo)”¹⁴⁸.

E não podia ser diferente, na medida em que “o administrador judicial jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com os princípios constitucionais do sistema.”¹⁴⁹ Por conta disso, subscreve-se na totalidade a argumentação de Eduardo APPIO, segundo o qual “não existe, pois, discricionariedade política por parte da Administração Pública e o controle judicial se revela indispensável para assegurar a supremacia da Constituição. Caso contrário, bastaria ao Administrador alegar que se trata de uma política pública, baseada em um poder discricionário, para revogar um dispositivo constitucional, o que se revela incompatível com os parâmetros definidos pelo Estado constitucional.”¹⁵⁰

4.4. A admissão do controle judicial de políticas públicas na jurisprudência brasileira

Como tópico derradeiro do trabalho, é pertinente colacionar alguns julgados que trazem em seu bojo a discussão acerca da sindicabilidade das políticas públicas. Não obstante se possa afirmar que boa parte dos Tribunais pátrios ainda se mostre refratária à possibilidade de o Judiciário atuar nessa senda, alguns de nossos magistrados acenam para uma postura mais favorável ao ativismo, assumindo que o juiz ocupa papel central no processo de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

¹⁴⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**, p. 16.

¹⁴⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**, p. 90.

¹⁴⁹ Idem, p. 42.

¹⁵⁰ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**, p. 106.

Luis Roberto BARROSO sinaliza essa nova atitude, ao consignar que “o que se extrai com certa nitidez da vasta jurisprudência que se tem produzido na matéria, inclusive nos tribunais dos Estados e Regionais Federais, é a disposição em dar efetividade à norma, superando por via judicial as omissões do Poder Público, mesmo ao custo de um ativismo judicial que não tem raízes profundas na tradição brasileira, mas que vem em boa hora.”¹⁵¹

Marcos Maselli GOUVÊA¹⁵², tratando do direito à saúde (art. 196 da Constituição da República), assevera que o tratamento jurisprudencial da temática oscilou ao longo do tempo. Em um primeiro momento, era corrente negar-se provimento, v. g., a pedidos de percepção de medicamentos, sob o argumento de que a norma constitucional relativa à saúde tinha caráter programático, pelo que não seria apta a produzir efeitos jurídico-positivos.

A partir de meado da década de 1990, porém, o Superior Tribunal de Justiça modifica seu posicionamento anterior, passando a acolher as pretensões tocantes ao direito à saúde. Para exemplificar, veja-se o aresto RMS 11.183/PR, relatado pelo Ministro José Delgado¹⁵³:

“1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma

¹⁵¹ BARROSO, L. R. Obra citada, p. 111.

¹⁵² GOUVÊA, M. M. Obra citada, pp. 347 e ss.

¹⁵³ Cópia fiel do texto original, disponível no sítio do STJ (www.stj.gov.br).

regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196).

5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos."

Também o Supremo Tribunal Federal, embora até o final do ano 2000 só tenha admitido o fornecimento de remédios para o tratamento da AIDS (pormenorizado pela Lei nº 9.313/96), estendeu a efetividade do direito à saúde para o combate de todas as enfermidades. A título ilustrativo, a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS merece ser transcrita¹⁵⁴:

"o direito subjetivo público à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como um direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional."

A despeito de a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar em ADPF nº 45/DF) haver sido julgada prejudicada pela perda de objeto, oportuno citar trecho da decisão monocrática de lavra do referido Ministro, porquanto defende, com sólidos argumentos, a atuação jurisdicional para concretização dos direitos prestacionais:

"Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e

¹⁵⁴ Cópia fiel do original, disponível no sítio do STF (www.stf.gov.br).

culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”

Em outra decisão (RE 195.192-3/RS), relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, posiciona-se o STF no sentido de que o direito à saúde, por ter assento constitucional, deve sobrepor-se a alegações de falta de aportes financeiros ou de dotação orçamentária. Desse modo, “[o] Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.”¹⁵⁵

Já na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1456/DF, que versava sobre a compatibilidade entre o valor do salário mínimo e os direitos que com ele devem ser usufruídos, é possível constatar que a Corte Superior, ao rechaçar as omissões do Poder Público em sede de direitos fundamentais, mostra-se favorável à intervenção do Judiciário, no afã de garantir o cumprimento da Constituição. É elucidativa a ementa do citado processo:

“A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. **A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.” (grifou-se)**

¹⁵⁵ GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 357.

De outro viés, observa-se que os Tribunais também têm mantido acirradas discussões quanto à realização dos direitos das crianças e adolescentes, previstos nos artigos 227 e seguintes da Constituição de 1988 e pormenorizados pela Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Questiona-se, sobremaneira, se é dado ao Judiciário impor a concretização de políticas públicas, como a construção de abrigos para menores em conflito com a lei.

Marcos Maselli GOUVÊA atesta com clareza essa dissensão, ao frisar que “a despeito do *status* prioritário que a Constituição e o Estatuto atribuem à matéria menorista, há profunda divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de implementação de prestações positivas neste campo.”¹⁵⁶

E assim é porque, enquanto a supremacia da vida e da saúde é fato incontestável, os direitos dos menores, embora gozem de *absoluta prioridade*, na dicção do constituinte, nem sempre têm sua efetividade assegurada. Nessa senda, percebe-se com mais ênfase a utilização do argumento da discricionariedade administrativa, como artifício para afastar a possibilidade de o juiz determinar a execução de políticas públicas voltadas à consecução dos interesses menoristas. Veja-se, a esse respeito, excerto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Cível nº 12.495/99, relator Desembargador Maurício Gonçalves de Oliveira):

“De fato, os fundamentos da respeitável sentença residem na circunstância de que é defeso ao Judiciário adentrar na questão do mérito administrativo.

(...)

E tem mais, assim como é vedado ao Judiciário penetrar no mérito da questão administrativa, do mesmo modo o tema político deve ser respeitado.

Sendo assim, se o objetivo desta ação é obrigar o administrador ao cumprimento das diretrizes constitucionais e legais previstas, há que malograr a postulação de iniciativa do Ministério Público em face dos fundamentos retro explicitados.”¹⁵⁷

Em oposição ao entendimento do tribunal carioca, é oportuno registrar os termos de recentíssima sentença, prolatada em 10 de setembro do corrente ano pelo Juiz de

¹⁵⁶ GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 351.

¹⁵⁷ Extraído do site www.tj.rj.gov.br em 08/10/07.

Direito da 28ª Vara Cível – Infância e Juventude da Comarca de Maceió/AL, Fábio José Bittencourt Araújo, a qual, acolhendo parcialmente os pedidos formulados em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público alagoano, em conjunto com o Ministério Público do Trabalho atuante naquele estado – que visavam, em suma, a elaboração e execução de políticas públicas aptas solucionar a violação dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais de crianças e adolescentes na Orla Lagunar de Maceió – determinou a adoção das seguintes providências:

“1- formar uma **comissão multidisciplinar** de profissionais do Município, a serem acompanhados pelos autores ou profissionais por eles indicados ou ainda pelo respectivo Conselho Tutelar da região, não componentes da estrutura deste Juízo, para realizar um **perfil sócio-econômico das crianças e adolescentes** da comunidade da Orla Lagunar, no prazo de **90 (noventa) dias**, identificando cada criança e adolescente pelo nome, idade, endereço, nome dos pais, se possuem registro de nascimento ou qualquer outro documento de identificação, como sobrevivem, se passam fome, se já sofreram violência doméstica, se são vítimas de violência sexual, se estão na escola, se saíram da escola e por quê, se trabalham, se passam o dia na rua, se usam drogas, se seus pais são dependentes químicos, entre outras necessárias à identificação exata da situação de risco em que se encontram;

2- oferecer condições adequadas, no prazo de **60 (sessenta) dias**, para o funcionamento do Conselho Tutelar das Regiões I e II, dentre as quais: segurança, combustível em quantidade suficiente, computadores em perfeito estado, verba de custeio, pessoal de apoio e **número telefônico gratuito (0800)** para recebimento de denúncias de abuso, exploração e violência contra crianças e adolescentes, **em caráter ininterrupto** (24 horas), para que, o referido Conselho possa exercer adequadamente suas atividades de proteção das crianças e adolescentes das regiões em que atuam, inclusive na comunidade da Orla Lagunar;

3- apresentar um cronograma, **em 30 (trinta) dias**, para que seja **ampliada a rede municipal de proteção à criança e ao adolescente, com a abertura de ABRIGOS para crianças e adolescentes, de ambos os sexos, em situação de risco, com ATÉ 18 ANOS INCOMPLETOS**, com capacidade de atendimento das situações emergenciais identificadas no diagnóstico requerido no item 1 e deferido, a funcionar no prazo máximo de **180 (cento e oitenta) dias a partir do diagnóstico**;

4- ofertar **creche** em horário integral e **educação infantil**, em quantidade suficiente a atender à população de **0 a 6 anos** da referida comunidade, apresentando o Município cronograma de abertura das unidades necessárias e critérios para preenchimento das vagas à medida da abertura, em até **30 (trinta) dias e com prazo estipulado para funcionamento em no máximo 180 (cento e oitenta) dias**;

5- assegurar as matrículas de todas as crianças e adolescentes em idade escolar de ensino fundamental, que não estejam matriculadas, **imediatamente, a partir do levantamento inicial**;

6- apresentar propostas de políticas públicas a serem implementadas pelo Município com abrangência suficiente e ofertando soluções de curto, médio e longo prazo para a

referida população, no prazo de **90 (noventa dias) após o resultado do perfil apresentado;**

7- incluir no Projeto de Lei Orçamentária de 2008, as verbas necessárias para implementação das políticas públicas a serem executadas no ano, bem como nos anos seguintes, observando-se as reais necessidades da população infanto-juvenil;

8- utilizar a reserva de contingência do Município, caso este não apresente rubrica orçamentária diversa para fazer face às despesas com o cumprimento das medidas liminares, ora concedidas;

9- implementar ações visando à expedição de registros de nascimento das crianças, adolescentes e pais residentes na região para incluí-los em Programas Sociais e transformá-los em Cidadãos;

10- promover campanha permanente de conscientização, por intermédio dos mais diversos meios de comunicação, acerca da proibição do trabalho infantil, inclusive o doméstico, da prostituição infantil e males à saúde causados por drogas e, ainda, a importância do papel da sociedade na denúncia destes temas ao Conselho Tutelar da Região, explicitando que o Conselho Tutelar para cumprir o seu papel deve encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança e do adolescente, dentre outros, assim considerado o trabalho infantil, nos moldes do art. 136, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90).¹⁵⁸

Ao conferir primazia aos direitos das crianças e adolescentes, refuta o magistrado o argumento da discricionariedade administrativa, *ipsis literis* da fundamentação da decisão:

“a vida é o maior de todos os direitos, é inestimável e deve ser valorado pelo Poder Público, através de medidas públicas que proporcionem, entre outros, os serviços de saúde, educação, esporte, trabalho, lazer e cultura, tudo que possa colaborar para o desenvolvimento sadio e digno de infantes e jovens. É nesse contexto, que não paira qualquer dúvida acerca do bem estar e da vida de crianças e adolescentes, pois tais seres em desenvolvimento, são mais importantes que orçamentos e conveniências do Poder Público e gozam de prioridade absoluta no ordenamento jurídico pátrio.”

Ademais, mister salientar que as decisões judiciais que ousam analisar a compatibilidade entre as políticas públicas desenvolvidas pelos agentes públicos e os ditames constitucionais e legais relativos aos direitos sociais, além de prestigiarem a efetividade destes, contribuem sobremaneira para que o Estado adquira consciência de que tem o dever de implementar esses direitos, denotando o que se pode chamar de *função educativa da sentença*.

Com efeito, esclarece Marcos Maselli GOUVÊA que

¹⁵⁸ Extraído do site www.tj.al.gov.br. Ação Civil Pública nº 4.830/07.

“muitas ações civis públicas versando a implementação de programas para menores não chegam às barras dos tribunais superiores, precisamente, porque após anos de discussões, sentença e acórdão favoráveis ao Ministério Público, o ente réu já se conscientizou da relevância da providência pleiteada e resolveu, espontaneamente, implementar o programa em questão ou firmar termo de ajustamento de conduta para esse fim.”¹⁵⁹

No mesmo sentido, assevera Andreas KRELL que “é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais econômicas, sociais e culturais; essas sentenças assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade.”¹⁶⁰

Dessa forma, revela-se significativa a contribuição que o Poder Judiciário pode oferecer à promoção dos direitos fundamentais sociais. Decisões reiteradas, convergindo no sentido de que as políticas públicas implementadas pelo Estado devem estar em conformidade com os ditames constitucionais, têm o condão de, ao menos, compelir o Poder Público a atuar mais incisivamente na concretização de prestações positivas em favor da população brasileira. Eis aí uma louvável “pressão”, até mesmo política, pela estrita observância de nossa Lei Maior.

¹⁵⁹ GOUVÊA, M. M. Obra citada, p. 381.

¹⁶⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**, p. 87.

CONCLUSÃO

Ao longo da exposição, procurou-se demonstrar que os direitos sociais, ditos de segunda dimensão, diferem dos direitos individuais, ou de primeira dimensão, mormente pelo fato de que a garantia de efetividade, em cada qual, reclama postura diversa de parte do Estado. Enquanto nestes exige-se tão-somente a abstenção estatal, de molde a não intervir na esfera de autonomia individual, naqueles, ao contrário, é preciso que o Poder Público assuma um comportamento ativo, com vistas à promoção da igualdade material entre os cidadãos. E foi sob este enfoque, de direitos cuja eficácia social depende de prestações materiais, que os direitos sociais foram apresentados no decorrer do trabalho.

Além disso, constatou-se também que as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais sociais não mais podem ser vistas sob a ótica de normas programáticas, pois que não constituem meros lembretes à margem do texto legislativo, mas se inserem na categoria das normas jurídicas, aptas a surtir efeitos, tanto no mundo normativo, quanto no mundo dos fatos. Por isso, enquadram-se no rol das normas definidoras de direitos, isto é, aquelas cuja relação jurídica comporta, de um lado, um dever estatal e, de outro, um direito subjetivo público de o indivíduo exigir, até mesmo pela via judicial, o cumprimento da prestação a que está obrigado o Poder Público. Não obstante dotados de eficácia, observou-se que os direitos sociais possuem uma especial característica, a da *eficácia progressiva*, consoante a qual a satisfação desses direitos é sempre crescente, de acordo com as contingências enfrentadas pelo Estado.

Igualmente, sufragou-se que o principal instrumento jurídico-político de ação estatal, hábil a conferir efetividade aos direitos sociais, é representado pelas *políticas públicas*, compreendidas como programas de ação governamental voltados precipuamente à concretização dos objetivos constitucionais, com absoluta primazia aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, fez-se perceber que a preocupação com as políticas públicas denotou importante mudança na própria concepção de Estado. Com efeito, se no Estado Liberal, de paradigma legislativo, a atribuição do Poder Público se esgotava com a edição da lei, em sentido formal, no Estado Social as funções vão além, na medida em que são incorporados certos objetivos cujo atingimento lhe incumbe. Essa passagem da normatividade à programaticidade, rememore-se, perpassa também por uma nova visão acerca do princípio da separação de poderes, agora pautado pela interdependência e pelo mútuo controle entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Atualmente, é cabível afirmar que a Constituição de 1988, de viés notadamente axiológico, optou por num Estado Social e Democrático de Direito, alicerçado no binômio democracia e direitos fundamentais.

Demais disso, forçoso reconhecer que as políticas públicas voltadas à consecução dos direitos prestacionais devem obedecer a dois parâmetros: o mínimo existencial e a reserva do possível. De um lado, é necessário que se atenda a um padrão mínimo que propicie uma existência digna, e não a mera sobrevivência do indivíduo, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. De outro, porém, não se pode olvidar que a implementação dos direitos sociais demanda gastos financeiros; daí estar condicionada aos limites da reserva do possível.

Refutou-se, outrossim, o argumento de que o juiz, por não tomar posse no cargo em função do sufrágio político, careceria de legitimidade para a averiguação das políticas públicas, ao se consignar, na linha da corrente substancialista, que sua legitimação decorre diretamente do Texto Constitucional, na medida em que atua como garante dos direitos fundamentais.

Atacou-se, ainda, a idéia de que os atos componentes das políticas públicas, por encerrados no âmbito da discricionariedade do administrador, restariam infensos ao controle judicial. Como se viu, a atuação da Administração Pública deve cingir-se aos fins colimados pela lei. Assim, se às normas constitucionais que versam sobre direitos sociais aplica-se o princípio da máxima efetividade, as condutas do Poder Público que se afastam desse objetivo, porquanto inválidas, podem – e devem – submeter-se à aferição do Judiciário.

Por fim, o trabalho foi enriquecido com a contribuição da jurisprudência acerca da temática exposta. Em diversos julgados, observou-se a tendência – que deve ser vista com aplausos – de que, paulatinamente, o Judiciário nacional, ao apreciar demandas que envolvam políticas públicas, tem assumido uma postura mais ativa, comprometida com a transformação da sociedade e, em última análise, com o estrito cumprimento da Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas do Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: [s.n.], 2003.

BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre: [s.n.], n. 53, maio/set. 2004.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Curitiba, 2006, 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**. Curitiba: [s.n.], n. 22, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional** – Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA Jr., Dirlei da. **Controle Judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

FREIRE JR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público**. Editora Max Limonad, 2000.

GOUVEA, Marcos Maselli. **Controle Judicial das omissões administrativas**. Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006, 379 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAMER, Sergio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

