

RAFAELA ANDREOLA E CARVALHO

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

CURITIBA

2008

RAFAELA ANDREOLA E CARVALHO

O CONTROLE JURISIDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

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

Orientador: Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2008

Prof.º Egon Bockmann Moreira

- Orientador -

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
1 INTRODUÇÃO	6
2 OS DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS.....	9
3 A PERSPECTIVA OBJETIVA E A PERSPECTIVA SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
4 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS.....	19
5 LIMITES JURÍDICOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	24
5.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E AS QUESTÕES POLÍTICAS.....	24
5.1.1 A EVOLUÇÃO DA DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	24
5.1.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA.....	29
6 LIMITES MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	35
6.1 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	35
6.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	41
7 CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

RESUMO

A Constituição de 1988 consagra os direitos sociais fundamentais em seu art. 6. Todavia, muitos são os entraves encontrados pelo Poder Judiciário na efetivação destes direitos. Isso se deve ao fato de que ao Poder Judiciário não cabe escolher ou executar políticas públicas, porquanto estas são tarefas que competem ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Ademais, a Constituição não estabelece os critérios para a decisão acerca da afetação material dos recursos orçamentários do Estado, de modo que esta tarefa seria função dos órgãos políticos competentes, em especial, do Poder Legislativo.

Nada obstante, a doutrina jurídica se questiona sobre a necessidade de o Poder Judiciário garantir o mínimo existencial, ou seja, as condições mínimas para que um cidadão possa viver com dignidade. Há autores que defendem não haver argumentos que possam se contrapor à legitimidade da atuação jurisdicional no que diz com o controle das políticas públicas quando o que está em debate é o núcleo essencial dos direitos sociais.

Tendo em vista que os estudiosos divergem quanto ao papel do julgador, o qual muitas vezes é considerado como uma atuação política, e outras como mero aplicador da norma ao fato, o presente estudo discorre sobre a legitimidade do Poder Judiciário para atuar no controle das políticas públicas.

Em que pesem os argumentos contrários, este trabalho pretende demonstrar que a atuação jurisdicional está vinculada ao regime democrático, sendo um dos meios através dos quais é possível garantir o regime democrático, com a limitação dos demais poderes e, em decorrência, a vedação do abuso do poder dos demais órgãos do Estado.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, com o advento do Estado Social, são concebidos tanto como direitos de defesa do indivíduo em face do poder estatal, bem como direitos sociais, no sentido de prestações materiais que devem ser garantidas pelos poderes estatais responsáveis ao indivíduo.

Nesse sentido, Canotilho aduz que

“[...] todos estaremos de acordo que o Estado Social – ou melhor, o “modelo social” tal como ele, de forma diversa, ganhou substância na Europa Ocidental – ergueu os direitos sociais a dimensão estruturante da juridicidade e da democracia.”¹

Em decorrência, ganha importância o estudo das políticas públicas no âmbito jurídico, haja vista ser cada vez mais comum se deflagrarem, no Poder Judiciário, demandas entre entidade públicas e particulares, nas quais estes visam obter uma determinação judicial que imponha ao Estado a sua atuação ou omissão, com a finalidade de ser concretizado um direito social.

Veja-se, por exemplo, o caso em que um juiz deve decidir sobre a outorga ou não de um benefício previdenciário à alguém. De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, esta decisão interfere, mesmo que de forma mínima, em uma política pública, uma vez que importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas em situação equivalente.²

Entra em pauta, assim, os problemas concernentes à legitimidade do Poder Judiciário no que diz com o controle das políticas públicas, função cuja competência, de regra, é do legislador.³ Assim, questiona-se se o Poder Judiciário, ao atuar no controle de políticas públicas, no sentido de concretizar os direitos sociais

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora (co-edição), 2008. p. 251.

² ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 777, 19 de ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 09 fev. 2007. Sem página.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*

prestacionais inseridos na Carta Magna⁴, não estaria usurpando o poder que é conferido somente àqueles representantes eleitos pelo povo.

Conseqüentemente, o debate se insere no seguinte ponto: o magistrado que decide impondo ou conformando determinada política pública não estaria violando o princípio da separação dos poderes, insculpido na Constituição⁵ e nela consagrado como cláusula pétrea?⁶

O presente estudo visa analisar justamente se é possível, dentro de um Estado Democrático de Direito, o magistrado participar no controle de políticas públicas e, em caso positivo, quais os requisitos que devem ser considerados pelo julgador em sua decisão, a fim de que não sejam violados os princípios fundamentais dispostos na Constituição.

De início, falar-se-á sobre os direitos fundamentais sociais, em especial os que se apresentam como uma prestação em prol do cidadão. A doutrina frequentemente afirma que os direitos sociais prestacionais carecem de normatividade, uma vez que possuem, de regra, características de normas programáticas, ou seja, normas que definem fins e tarefas a serem perseguidas pelo Estado.⁷

Desse modo, surgem controvérsias no que concerne à aplicabilidade, eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais. Nesse ensejo, importa destacar, com Nagibe de Melo Jorge Neto, que os direitos fundamentais, nos quais se incluem os direitos sociais fundamentais, “decorrem basicamente de um processo interpretativo, acima de tudo, da construção doutrinária e jurisprudencial.”⁸

O estudo seguirá com uma breve análise da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, enfocando, do mesmo modo, os direitos sociais prestacionais.

⁴ Veja-se, por exemplo, o art. 6, da Constituição Federal de 1988.

⁵ Art. 2. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁶ Art. 60, par. 4, inc. III. “Não será objeto de deliberação a emenda tendente a abolir: A separação dos poderes.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 296.

⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 34.

Em seguida, o foco será as políticas públicas e os direitos sociais, na tentativa de demonstrar a ligação entre ambos e o desenvolvimento da doutrina nesta seara.

Por fim, o estudo recairá sobre os limites fáticos e jurídicos acerca do controle jurisdicional das políticas públicas. Estes, por sua vez, serão divididos em separação dos poderes, reserva do possível e mínimo existencial.

2 OS DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Conforme hodiernamente mencionado pela doutrina pátria, os direitos fundamentais sociais enfrentam diversos problemas quanto à sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.

Isso ocorre especialmente quando se trata de direitos a prestações, uma vez que não é com uma mera abstenção do Estado que se podem concretizar estes direitos, tal como ocorre com os direitos fundamentais de defesa. Sendo normas de cunho programático⁹, em princípio, é necessária uma atuação do legislador infraconstitucional ulterior ou uma ação positiva do Estado, no sentido de se ver respeitada a garantia disposta na Constituição.

Canotilho, ao se referir à problemática dos direitos a prestações, salienta que “a consagração constitucional de direitos econômicos, sociais e culturais não acarreta um *modus* de normatização uniforme ou seja, *uma estrutura jurídica homogênea para todos os direitos*.”¹⁰

Segundo o referido constitucionalista, determinados direitos econômicos, culturais e sociais são verdadeiros direitos *self-executing*, (como ocorre por exemplo com a liberdade de profissão e a liberdade sindical), ao passo que outros são *direitos a prestações* dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos.¹¹

Impende destacar, nesse ínterim, a distinção entre direitos sociais dos direitos de defesa. Enquanto estes apresentam como objeto uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere*, os direitos sociais tem por finalidade um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*. Deste modo, os direitos sociais exigem dos poderes públicos prestações positivas de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, a fim de garantir-lhe uma existência digna.¹²

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 296.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 477.

¹¹ *Idem*.

¹² CUNHA, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Salvador: Ius Podium, 2008. p. 695.

Os direitos sociais ganham importância após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado Social, haja vista que, a partir de então, os postulados de justiça social se desenvolvem na sociedade.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, a partir da segunda metade do século XIX, a doutrina jurídica passou a focar as funções do Estado como transcendentais do exercício do poder de polícia no plano interno de cada país.¹³

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, intensificam-se políticas sociais de saúde, seguridade social e habitação, especialmente nos Estados Unidos e nos países da Europa. Assim, pode-se assegurar que o caráter mais expressivo do Estado Social, no qual se desenvolvem e criam alicerces os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos, é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e fiscalização dos agentes públicos e privados.¹⁴

Ao se referir à intervenção estatal na concretização dos direitos sociais, Nagibe de Melo Jorge Neto observa que

“[...] todo direito fundamental exige a intervenção estatal, a implementação de políticas públicas e o gasto público para que sejam minimamente observados. Não há como negar, contudo, que, nos chamados direitos de primeira geração, essa participação é bem menor e, de regra, ela acontece pela disponibilização do Estado de mecanismos institucionais para a proteção desses direitos e não diretamente pela atuação do Estado.”¹⁵

Assim, o autor conclui que todos os direitos fundamentais, ou seja, tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais, são capazes de ditar políticas públicas. Todavia, quando se trata de direitos de defesa¹⁶, as prestações estatais são

¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direitos Administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 133. Brasília. jan./mar. 1997.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁶ Importa ressaltar que o autor utiliza o termo direitos fundamentais de primeira geração ao se referir aos direitos de defesa, característicos do Estado Liberal, preconizado basicamente pelos filósofos iluministas do século XVIII, tal como Locke e Montesquieu. Todavia, em razão dos limites impostos à extensão do presente trabalho monográfico, restringir-se-á a utilizar o termo direitos de defesa, no

eventuais e normalmente ocorrem sob o estabelecimento de mecanismos de regulação e repressão, tais quais leis e outros atos normativos, ou mediante a criação de órgãos que irão exercer o poder de polícia. Por outro lado, os direitos sociais, em especial os direitos sociais prestacionais, exigem prestações estatais direta e estritamente vinculadas ao exercício do direito.¹⁷

Cabe lembrar, ademais, que, enquanto os direitos de primeira geração, também chamados direitos civis e políticos, são característicos do Estado Liberal, que primava, acima de tudo, pela proteção da liberdade, da igualdade e da propriedade, os direitos sociais se referem aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, os quais ganham importância no Estado Social.

Neste sentido, Nagibe de Melo Jorge Neto afirma que:

“A igualdade tutelada pelo Estado Liberal, contudo, era inteiramente passiva, e conformava-se com as diferenças de classe e de nascimento. Somente com o advento do Estado Social, muito embora estas idéias já estivessem presentes no pensamento de Rousseau ao proclamar que os homens nascem livres e iguais, é que a igualdade ganha tons mais veementes. O Estado, além de assegurar a igualdade, passa a promovê-la como ideal de justiça distributiva. É a conquista da segunda fronteira, a fronteira dos direitos sociais ou direitos de igualdade.”¹⁸

Todavia, ainda hoje há autores que classificam os direitos a prestações como *direitos relativos*, ou ainda como *direitos na medida da lei*, negando, destarte, a aplicação imediata desses direitos.¹⁹ Isso ocorre porque o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-lo, bem como porque tais direitos dependem de uma concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, a qual irá conceder a esses direitos densidade normativa.

sentido de direitos civis e políticos, e direitos sociais, como sendo os direitos decorrentes do advento do Estado Social, os quais implicam, de regra, uma atuação positiva por parte do Estado.

¹⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ CUNHA, Dirley da. *Op. cit.*, p. 697.

Ademais, há autores que negam o caráter de direito fundamental aos direitos sociais²⁰, o que não será questionado nesse trabalho, porquanto se limitará a questionar os limites da aplicabilidade dos direitos sociais apontados pela doutrina, partindo-se, destarte, do pressuposto de que os direitos sociais normatizados pela Constituição são direitos fundamentais, a despeito de não estarem arrolados entre os direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5 da Carta Magna.²¹

No tocante aos problemas enfrentados pela doutrina em relação à aplicabilidade dos direitos sociais, Canotilho assevera que:

“[...] os ideólogos liberais partem das seguintes premissas: (i) os direitos sociais não são verdadeiramente direitos porque não possuem a dignidade de direitos subjectivos; (ii) as normas constitucionais consagradoras destes direitos são normas programáticas que, em rigor, não deveriam estar no texto constitucional, pois as suas concretizações dependem das políticas públicas dos órgãos políticos legitimados para as desenvolver; (iii) os bens protegidos por essas normas são, em primeira linha, *bens privados*, cuja proteção só excepcionalmente deve ser confiada as entidades públicas.”²²

Neste passo, cabe demonstrar os ensinamentos de Canotilho, ao estabelecer quatro modelos de positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais²³, quais sejam:

- 1) As normas sociais como normas programáticas: neste modelo, as normas consagradoras de direitos sociais são normas programáticas, tendo apenas conteúdo político, pois servem tão-somente para exercer pressão política sobre os órgãos competentes.
- 2) As normas sociais como normas de organização: neste caso, os direitos sociais seriam as imposições destinadas ao legislador para realização de certos direitos sociais. Assim como ocorre com as

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 267.

²¹ Nesse sentido, veja-se o posicionamento de Robert Alexy, em sua obra *Teoria de los Derechos Fundamentales*. (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 63, *et. seq.*

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Revista dos Tribunais e Coimbra Ed. (co-edição), 2008. p. 261.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474-475.

normas programáticas, as normas de organização também não ocasionam qualquer sanção jurídica caso sejam inobservadas pelo Estado, tendo, destarte, apenas efeitos políticos.

- 3) As normas sociais como garantias institucionais: refere-se a uma imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos.
- 4) As normas sociais como direitos subjetivos públicos: Canotilho afirma, neste sentido, que “há uma grande diferença entre situar os direitos sociais, econômicos e culturais num nível constitucional e com uma dimensão subjetiva, e considerá-los como simples imposições constitucionais, donde derivariam direitos reflexos para os cidadãos.”²⁴

Deste modo, as várias maneiras de positivação dos direitos sociais, segundo Canotilho, podem gerar modos diversos de conceber tais direitos num determinado ordenamento jurídico. Assim, considerando os direitos sociais como meras normas programáticas, por exemplo, os mesmos não passariam de diretrizes políticas, colocadas na Constituição apenas para exercer pressão política.

Canotilho assevera, ainda em relação aos direitos econômicos, culturais e sociais, que há uma dimensão objetiva e outra subjetiva. No que concerne à *dimensão subjetiva*, o autor ensina que “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas.”²⁵

Por outro lado, o autor lusitano se refere à *dimensão objetiva* dos aludidos direitos de duas formas:

“(1) *imposições legiferantes*, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos; (2) *fornecimento de prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais.”²⁶

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibidem*, p. 476.

²⁶ *Ibidem*, p. 476.

Canotilho ressalta que as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos sociais não devem confundir-se, tendo em vista que tais direitos não se dissolvem em uma mera norma programática. Deste modo, cita o autor o exemplo de que o direito à saúde, presente na Constituição portuguesa, é um direito social independentemente das imposições constitucionais destinadas a assegurar a sua eficácia e das prestações fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito.²⁷

Nesse ínterim, questiona-se, especificamente quanto aos direitos sociais, se são direitos subjetivos e, em decorrência, se fariam jus à proteção estatal do mesmo modo que os direitos civis e políticos, os chamados direitos de liberdade. Isso porque os direitos econômicos, sociais e culturais²⁸ são os que ditam, na maior medida, as políticas públicas do Estado.²⁹

Cumprido destacar que há autores que entendem haver uma diferença de estrutura entre os direitos sociais e os direitos civis e políticos, os direitos de primeira geração, tendo em vista que os direitos sociais envolvem um fazer estatal. Assim, esses direitos requerem conquistas econômicas e sociais que somente são possíveis de alcançar progressivamente, o que equivale a dizer que esses direitos não seriam judicialmente exigíveis.³⁰

Todavia, importante ressaltar que a realização dos direitos civis e políticos igualmente depende de uma série de obrigações estatais, como a manutenção de tribunais e serviços de registros públicos, manutenção da polícia, etc. De resto, os direitos de primeira geração, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, apresentam uma conotação social, sendo impossível exercê-los sem uma referência

²⁷ *Ibidem*, p. 477.

²⁸ Denominação que decorre da terminologia adotada pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução n. 2.200, firmada em 19 de dezembro de 1966 e que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976. Cf. JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 41.

²⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 41. Todavia, cabe mencionar que não são apenas os direitos sociais que estabelecem políticas públicas. Isso se deve ao fato de que existem políticas públicas, como política de transporte, indústria, energia, etc, que não se fundam na realização imediata dos direitos sociais. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direitos Administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 133. Brasília. jan./mar. 1997). O presente estudo, dada a limitação do tema, enfocará a análise dos direitos sociais, bem como sua concretização por meio de políticas públicas.

³⁰ *Idem*.

aos direitos sociais. À título exemplificativo, cite-se o direito de propriedade conformado ao princípio da função social da propriedade; a liberdade econômica em face ao meio ambiente.³¹

Contudo, a doutrina aponta diversos obstáculos para a concretização dos direitos sociais, no que diz com a interferência do Poder Judiciário, os quais serão objeto de análise no presente estudo.

Para uma melhor compreensão do tema, falar-se-á, primeiramente, dos direitos fundamentais, especificamente quanto ao duplo aspecto ou dupla dimensão, objetiva e subjetiva, que eles apresentam, conforme mencionado pela doutrina.

³¹ *Idem.*

3 A PERSPECTIVA OBJETIVA E A PERSPECTIVA SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais apresentam a peculiaridade de possuírem duplo aspecto ou dupla camada de significação, de modo que a doutrina distingue entre uma perspectiva subjetiva e outra objetiva referentes a esses direitos.

Neste diapasão, é oportuno esclarecer que o estudo da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais torna-se imprescindível na medida em que este cunho objetivo se perfaz impondo ao Estado um agir capaz de garantir, assegurar e efetivar o gozo dos direitos fundamentais.³² Assim, importa saber se esse agir estatal pode ou não ser objeto de demanda judicial, o que, por decorrência lógica, acabaria por oportunizar ao Poder Judiciário a realização do controle de políticas públicas.

Em relação à perspectiva subjetiva, Hesse ensina que esta apresenta os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos dos cidadãos; por outro lado, a perspectiva objetiva os apresenta como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.³³

Assim, há uma relação de complementaridade entre o caráter de direitos subjetivos e o caráter de elementos da ordem objetiva dos direitos fundamentais. Isso ocorre porque se vislumbra, nos direitos fundamentais, uma situação ímpar, que se dá conforme um círculo virtuoso: quanto mais os cidadãos exigem a efetivação, mais o Estado se vê obrigado a efetivá-los, fortalecendo assim a dimensão objetiva desses direitos, e quanto mais o Estado os protege ou assegura a sua proteção, tanto mais os direitos subjetivos são exercidos.

A doutrina menciona que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais passa a ser objeto de estudo a partir da decisão proferida pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, em 1958, no caso conhecido como *Lüth*:

Os direitos fundamentais não se limitam a função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-

³² HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 228.

³³ *Ibidem*, p. 239-240.

objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.³⁴

Nesse diapasão, Luño assevera que:

Os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.³⁵

Assim, vislumbra-se que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado a consecução de certos fins e valores constitucionalmente proclamados.³⁶

Aqui importa também analisar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, uma vez que neste trabalho questiona-se a legitimidade ou não de intervenção do Poder Judiciário na concretização da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, em especial no tocante aos direitos sociais fundamentais.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, há diversos desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Para os fins do presente estudo monográfico, destacam-se: a eficácia dirigente sobre os órgãos públicos para a concretização e realização dos direitos fundamentais³⁷; serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais³⁸; possui eficácia irradiante, na medida em que os direitos fundamentais funcionam como parâmetro para a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, inclusive para a esfera das relações privadas³⁹; impõe ao Estado o dever de proteção contra as agressões públicas ou particulares aos direitos fundamentais⁴⁰; são parâmetros

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 168.

³⁵ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 26.

³⁶ LUÑO, Antonio E. Perez. *Op. cit.*, p. 25.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 172.

³⁸ *Ibidem*, p. 173.

³⁹ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 175.

para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento.⁴¹

Conforme aduz Sarlet, o processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais provocada principalmente pela transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito. De outro lado, houve na coletividade a conscientização de que uma concepção dos direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos de defesa é insuficiente para garantir uma liberdade efetiva para todos.⁴²

Deste modo, as perspectivas objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais encontram-se inter-relacionadas. A partir destas constatações, questiona-se se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais abarca os direitos transindividuais, ou seja, aqueles que não são titulados por apenas uma pessoa em particular ou por grupo determinável de pessoas, tal como ocorre com grande parte dos direitos sociais prestacionais.

Para responder esta questão, o presente estudo passará a analisar a relação entre os direitos fundamentais sociais e as políticas públicas, uma vez que estas são maneiras de concretizar os direitos fundamentais,⁴³ tanto em sua perspectiva objetiva quanto subjetiva.

⁴¹ *Ibidem*, p. 176.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 177.

⁴³ *Idem*.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS

Na seara jurídica, apenas recentemente – há cerca de duas décadas – a doutrina passou a demonstrar interesse pelo estudo das políticas públicas. Conforme suscitado por Maria Paula Dallari Bucci, isso ocorre porquanto não se trata de um tema ontologicamente jurídico, mas pertencente, originariamente, à teoria política.⁴⁴

Bucci menciona que o instrumental jurídico de análise centrado na norma e no ordenamento jurídico – o qual foi consagrado no Estado Liberal – não é o mais adequado para captar o caráter eminentemente dinâmico e funcional das políticas públicas⁴⁵. Segundo a autora, isso ocorre em virtude de o Estado Liberal ser mais voltado à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo. Neste diapasão, a autora aduz que:

“As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a administração assume hoje.”⁴⁶

Segundo Fábio Konder Comparato, o interesse dos juristas pelas políticas públicas surge somente após o início da Revolução Industrial, haja vista que anteriormente não havia razão que o justificasse.⁴⁷

Isso porque durante o Estado Liberal, o qual atingia o ápice antes da Revolução Industrial, a maior preocupação concentrava-se na segurança, tanto física quanto jurídica, dos cidadãos, de maneira que o Estado deveria ser estático e

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direitos Administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 133. Brasília. jan./mar. 1997.

⁴⁶ COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (organizador). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 345-346.

⁴⁷ *Idem.*

conservador. Para isso, era necessária a criação de leis gerais e abstratas, sempre ligadas à “vontade geral⁴⁸”, tarefa esta conferida ao Poder Legislativo.

Destarte, ao Estado não cabia intervir na esfera individual, de maneira que as políticas públicas não eram objeto de preocupação no âmbito das teorizações dos juristas.

Entretanto, cabe frisar que o cerne dos conceitos jurídicos que hoje utilizamos, tais como direito subjetivo, propriedade, autonomia da vontade, contrato, etc, foram forjados pelos filósofos iluministas, no século XXVIII.

Estes conceitos, centrados no individualismo preconizado pelo Estado Liberal, surgem ligados à idéia de Estado Legislativo, no qual o poder legislativo é o poder supremo⁴⁹. Todavia, tais conceitos não são mais suficientes para o Estado Social, pois se torna necessária a busca constante de finalidades coletivas, e não mais impera a hegemonia do Poder Legislativo, mas do Poder Executivo, a quem cabe a tarefa primordial de viabilizar as políticas públicas.

Neste sentido, Comparato assevera que:

“Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. A grande, senão única, tarefa estatal consiste em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual. Compete a cada indivíduo fixar suas finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmoniosa de escolhas individuais. Em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade – o que representa o mais novo critério de sua qualidade democrática –, certos objetivos predeterminados.”⁵⁰

Destarte, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, tornou-se imprescindível o estudo das políticas públicas, o que será alvo de análise neste trabalho.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *Op. cit.*

O autor pioneiro no estudo das políticas, enquadradas na ciência do direito, foi Ronald Dworkin. Nesta tarefa, o aludido autor estabeleceu uma distinção entre princípios e políticas, sendo estas:

“[...] aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil.”⁵¹

Segundo Dworkin, políticas visam uma finalidade coletiva, enquanto os princípios tendem a estabelecer um direito individual.

De outro lado, no intuito de construir um conceito de política que seja operacional na interpretação do direito, Fábio Konder Comparato aduz que política trata-se, primordialmente, de *atividade*, ou seja, um conjunto organizado de atos e normas tendentes à realização de um objetivo determinado.⁵² Neste viés, o autor assinala que política não é uma norma nem um ato; distingue-se nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudentia* romana.⁵³

Nagibe de Melo Jorge Neto afirma, entretanto, que o conceito de políticas públicas definida como atividades pressupõe algo bastante amplo, uma vez que se pode considerar como “qualquer fazer, qualquer atuação ou atividade estatal que tenha por escopo implementar os fins do Estado, oferecer aos cidadãos os bens da vida e os serviços que cumpre ao Estado fornecer.”⁵⁴

Destarte, o referido autor estabelece que o conceito de política pública está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais.⁵⁵ Cabe mencionar que, segundo o autor, política pública não se confunde com programa de governo ou

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. [Tradução: Nelson Boeiras]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*

⁵⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Op. cit.*

⁵⁵ *Idem.*

metas pré-definidas a alcançar, uma vez que as ações que formam uma política pública podem ser adotadas sem qualquer planejamento prévio.⁵⁶

Assim, segundo o autor, as políticas públicas são toda e qualquer atuação do Estado, por meio da Administração Pública, que tenha por fim efetivar os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, assim como a não atuação estatal que interfira na concretização desses direitos.⁵⁷

Ao se debruçar sobre a análise do fundamento das políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci assevera que o fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado.⁵⁸

Neste sentido, a autora menciona que os direitos individuais, direitos de primeira geração, consistem em liberdades, enquanto os direitos de segunda geração, os direitos sociais, consistem em poderes que, segundo Bobbio, “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.”⁵⁹

A atuação do Estado na realização dos direitos sociais, como ocorre com a educação, saúde, habitação, previdência, por exemplo, legitima-se pela consciência presente na sociedade de que tais direitos são necessários.

Neste sentido, a supramencionada autora ensina que:

“A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – a saúde, a habitação, a previdência, a educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.”⁶⁰

Por outro lado, existem políticas públicas, tais como a política de energia, política industrial, de transportes e outras, que não se fundam na realização imediata

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 21.

⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.* p. 90.

de direitos sociais. Bucci assevera que, nestes casos, trata-se de políticas setoriais inseridas numa política de desenvolvimento, tendo como fundamento o próprio conceito de desenvolvimento⁶¹. Essas não serão objeto de análise no presente estudo, que terá como foco o fundamento mediato das políticas públicas, ou seja, a concretização dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.

O controle das políticas públicas analisado nesta dissertação tem como foco as prestações a cargo do Estado Social, que são devidas pelo Estado por força dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões consagrados pela Constituição.

Tendo em vista a delimitação do tema acima, podem ser notados os problemas que decorrem da efetivação do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, o que esbarra em obstáculos como a teoria da separação dos poderes, uma vez que a escolha das políticas públicas cabe ao poder legislativo, bem como o princípio da reserva do possível, os quais serão enfocados nos capítulos seguintes.

⁶¹ Conceito de desenvolvimento segundo Fabio Konder Comparato: “processo de elevação constante e harmônica do nível de vida e da qualidade de vida de toda uma população”. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direitos Administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**. n.133. Brasília. jan./mar. 1997. p. 90.)

5 LIMITES JURÍDICOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

5.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E AS QUESTÕES POLÍTICAS

5.1.1 A EVOLUÇÃO DA DOUTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas encontra como argumento contrário, entre outros, o princípio da separação dos poderes, o qual é disposto na Constituição, em seu artigo 2⁶², e nela consagrada como cláusula de pedra⁶³, isto é, que não pode ser objeto de emenda pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

Como exemplo do uso da tripartição dos poderes na jurisprudência nacional como argumento contrário ao controle jurisdicional das políticas públicas⁶⁴, basta observar a Súmula 339, do Supremo Tribunal Federal, que proíbe a atuação do juiz como legislador, nos seguintes termos: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”⁶⁵

Em vista desta afirmação, deve-se recordar a origem da teoria da separação dos poderes, a qual foi construída, sobretudo, com base nas idéias de Locke e Montesquieu⁶⁶, filósofos iluministas do século XIX.

⁶² Artigo 2. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁶³ Artigo 60, parágrafo 4, inciso III: “Não será objeto de deliberação a emenda tendente a abolir: a separação dos poderes.”

⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Tavares afirma que há controvérsias na doutrina quanto aos precursores da doutrina da separação dos poderes, em vista de que alguns autores consideram John Locke o filósofo que difundiu a referida doutrina, com a ressalva de que na sua concepção não havia ainda a idéia de um poder judicial autônomo e o equilíbrio entre os vários poderes do Estado em um sistema de freios e contrapesos,

A principal preocupação dos pensadores iluministas era em oferecer respostas ao absolutismo monárquico, o *Anciën Regime*. Por conseguinte, em face da premente necessidade filosófica à época, qual seja, de se opor ao regime absolutista e às suas tradições jurídicas, foram criadas as bases do Estado Liberal de Direito, o que foi feito mediante a despersonalização do poder, porquanto a lei, e não mais o déspota monárquico, firmava sua primazia.

A lei pode ser considerada, neste período, o ato administrativo supremo, ao qual não se poderia opor nenhum direito mais forte⁶⁷. Assim, os Poderes Executivo e Judiciário, bem como os cidadãos, deveriam se subordinar ao Poder Legislativo, tendo em vista ter sido legitimado, por meio do princípio da representatividade, para criar normas gerais e supremas de conduta, não sujeitas a alterações ou adaptações da conjuntura.⁶⁸

Tavares assinala que a doutrina da separação dos poderes é signatária de duas idéias anteriores, a *rule of law* e a doutrina do *balance of powers*, as quais foram concebidas no século XVII, durante as lutas políticas inglesas⁶⁹. Enquanto aquela objetivava assegurar a supremacia da lei sobre os demais poderes, esta adotava a separação e independência dos poderes como instrumento de seu controle recíproco.

Já no século XVIII, a Declaração dos Direitos dos Homens, de 1789, proclamará em seu artigo 16, que “toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”⁷⁰, demonstrando, assim, o ápice da evolução da teoria da separação

enquanto outros afirmam ter sido Montesquieu o principal filósofo iluminista a propagar a idéia da separação dos poderes. (Cf. TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado**. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política. Ano 7. n 29. out-dez/1999. p. 66-71).

⁶⁷ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999. p. 24.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 345-346.

⁶⁹ TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado**. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política. Ano 7. n 29. out-dez/1999. p. 69.

⁷⁰ Traduzido para o vernáculo: “Toda sociedade na qual não é assegurada a garantia de direitos e não é determinada a separação de poderes, não tem uma constituição.” (Cf. NAGIBE, Melo Jorge Neto. *Op. cit.* p. 61).

dos poderes, quando ocorrerá a substituição do governo dos homens pelo governo das leis.⁷¹

Contudo, Griesbach afirma que a teoria da separação dos poderes concebida por Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, preconizava “uma teoria de equilíbrio em que o poder seria limitado pelo poder, resolvendo, de uma vez por todas, o problema do uso e abuso do poder”.⁷²

Assim, não teria o filósofo francês teorizado acerca de uma divisão estanque entre as funções estatais, mas sim criado um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, de modo a evitar os abusos ocorridos na França pré-revolucionária.

A doutrina da separação dos poderes, porém, foi amplamente difundida durante as Revoluções Burguesas, como forma de impedir a intromissão dos juízes nas questões administrativas e legislativas, fato corriqueiro no Estado Francês à época pré-revolucionária.

Em contraponto, o constitucionalismo norte-americano teve como base o sistema de *checks and balances*, no qual, conforme assevera Griesbach, um poder pode assumir as tarefas típicas de outro, com vistas às garantias das liberdades dos cidadãos, em última análise.⁷³

Importa ressaltar, com Zaffaroni, que o Estado Liberal baseava-se na hegemonia do Poder Legislativo no intuito de impedir qualquer criatividade judicial, reduzindo, assim, o juiz a mero reprodutor literal das palavras da lei.⁷⁴ Em contraponto, o referido autor refere-se à evolução ocorrida em diversos países, entre os quais se inclui o Brasil, em que o Estado de Direito *legal* é convertido em Estado de Direito *constitucional*.⁷⁵ Agregou-se, destarte, ao princípio da legalidade um conteúdo substancial, com o que a lei passou a submeter-se aos ditames constitucionais.

⁷¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Ius Podium, 2008. p. 61.

⁷² GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 229.

⁷³ *Ibidem*, p. 223.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 52.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 76.

Logo, o Poder Judiciário não mais se encontra em patamar inferior ao do Poder Legislativo. De outro lado, todos os poderes do Estado passam a estar subordinados à Constituição, de modo a serem exercidos com vistas a dar a máxima aplicabilidade aos direitos e garantias constitucionais.

Arenhart aduz que a idéia de separação dos poderes como rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo está superada, não tendo mais aplicabilidade em nenhum país do mundo. Tal argumento, atualmente, tem antes caráter retórico do que concreto, diante das diversas situações reais em que não é aplicado.⁷⁶

A propósito, este é o entendimento de Riccardo Guastini:

“No modelo de separação de poderes, os juízes não podem controlar a legalidade dos atos do executivo, nem anular ou privá-los de eficácia (o controle da legalidade sobre atos da administração é atribuído aos próprios órgãos da Administração). Ao contrário, no modelo do balanceamento dos poderes, os atos do executivo são sujeitos a controle jurisdicional da legalidade, e os atos administrativos ilegais podem ser anulados (ou, ao menos, desaplicados) pelo juiz⁷⁷.”

Segundo Arenhart, não se aplica ao Brasil o sistema da separação dos poderes, mas sim o do “balanceamento dos poderes”⁷⁸. Para ele, o direito pátrio não proíbe o Poder Judiciário de realizar o controle das atividades de outros poderes, podendo exercer tanto o controle negativo, negando força às atividades dos demais poderes, quanto o controle positivo, impondo-lhes condutas⁷⁹. Desse modo, o Judiciário tem a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais.⁸⁰

O aludido autor prossegue nos ensinamentos mencionando que a atuação do Poder Judiciário impõe-se sempre que a atividade dos demais poderes mostre-se

⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.*

ilegal ou contrária às diretrizes principiológicas presentes na Constituição.⁸¹ Compete ao Judiciário coibir esta ilegalidade e apontar a atividade estatal que mais se adeqüe ao ditames constitucionais, quer seja vedando certa conduta, quer seja ainda impondo-a.⁸²

Surge, todavia, a seguinte constatação: a atuação do Poder Judiciário, ao fazer prevalecer os ditames constitucionais sobre as escolhas políticas, pode ser considerada uma atuação política, correndo-se o risco de ocorrer uma *politização da justiça*, malferindo, assim, o regime democrático, do qual se infere que as decisões políticas deverão ser tomadas por representantes eleitos pelo povo – e não por um grupo seletivo de pessoas, que não respondem politicamente por suas decisões.⁸³

A partir desta constatação, torna-se imprescindível a análise da matéria atinente à separação dos poderes e à jurisdição constitucional, e o modo pelo qual se relacionam com o regime democrático.

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Idem.*

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 236

5.1.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

De início, insta salientar que, no presente estudo monográfico, ao se referir à jurisdição constitucional, estar-se-á fazendo menção ao seu sentido amplo, isto é, à atuação de todo o Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis e na implementação dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Tal ressalva é feita tendo em vista que no direito pátrio, jurisdição constitucional pode ser entendida como controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, o que – como visto acima – não será objeto de análise no presente estudo.

Conforme mencionado alhures, a doutrina questiona a legitimidade do Poder Judiciário ao se imiscuir em questões políticas, ou seja, quando o magistrado decide em casos que deveriam ser objeto de decisões restritas à Administração Pública, como fornecimento de medicamentos, benefícios previdenciários, saneamento básico, moradia, etc.

Pode-se afirmar que tais decisões colocam em xeque a democracia, conforme ensina Celso Fernandes Campilongo, o qual ressalta que não existe democracia sem uma separação entre os sistemas político e jurídico. Dessa forma, as decisões políticas não podem ser alvo de controle judicial, nem as decisões jurídicas devem ser condicionadas à aceitação do povo.⁸⁴

Campilongo, em que pese admitir que as decisões políticas podem ser objeto de controle judicial no caso de inconstitucionalidade, assevera que o grande risco da sobreposição dos sistemas é a imposição ao corpo social de opções necessárias em detrimento do direito e da própria liberdade⁸⁵, dessarte contrariando a tarefa da democracia, qual seja, de manter elevada a taxa de complexidade da sociedade atual, que se caracteriza por uma pluralidade quase infinita de alternativas.⁸⁶

Por outro lado, Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que a interferência de um poder sobre o outro torna-se admissível quando objetiva garantir a atuação

⁸⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 30. jan. 2000. *Apud* JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Op. cit.*

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

harmônica entre os poderes, de modo que a receita política de Montesquieu evolui de um estrita separação dos poderes , “para uma separação atenuada pelos freios e contrapesos, desembocando numa terceira fase de interferências, mais ou menos acentuadas, mas sempre limitadas, entre os poderes.”⁸⁷

Zaffaroni afirma que o Poder Judiciário não poderia deixar de ser considerado um poder político, uma vez que seria um contra-senso falar de um poder de Estado que não seja político, de modo que a participação judicial no governo não é um acidente.⁸⁸

Nesse sentido, Arenhart aduz que o papel do juiz na atualidade alterou-se de mera *boca da lei* para “verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas.”⁸⁹

De acordo com Capelleti, a expansão do Poder Judiciário, com a assunção de novas tarefas, é inevitável, sendo necessário impor limites a esta tendência, o que seria feito por meio do sistema de *checks and balances*.⁹⁰

Contudo, a interferência do Poder Judiciário nos demais poderes do Estado é considerada, por diversos autores, lesiva ao princípio democrático. Conforme ensina Dworkin, as decisões políticas devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente pela mesma maneira.⁹¹

Assim, a jurisdição constitucional, bem como a implementação dos direitos fundamentais, quando necessária para a efetivação dos direitos sociais, corresponde a suprimir a participação popular, corroborando com uma violação ao princípio democrático.

O Poder Judiciário, todavia, possui legitimidade formal para controlar políticas públicas. Isso ocorre porquanto a Constituição confere ao Poder Judiciário ampla função jurisdicional, ainda que em se tratando de demandas judiciais em que o

⁸⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. O Poder Legislativo de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 17-18.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 94.

⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*

⁹⁰ CAPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 52.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. (Tradução: Luis Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

debate seja concernente aos direitos sociais prestacionais, conforme decorre do art. 5, inc. XXXV.

Nada obstante, Dworkin afirma que somente cabe ao Judiciário se pronunciar acerca dos argumentos de princípio, que tendem a estabelecer um direito individual, sendo assim impedido de utilizar-se de argumentos de política, que visam uma finalidade coletiva.

Dworkin assevera que o juiz não tem o papel de agradar a sociedade com suas decisões, de modo que se utiliza somente do argumentos de princípio. Os argumentos de políticas servem para justificar uma decisão política e, quando tomados pelo julgador no exercício jurisdicional, estará usurpando um poder que não lhe foi conferido pelo povo.⁹²

Assim, questões políticas devem ser decididas somente por aqueles que foram eleitos pelo povo, por meio do sufrágio universal, e não por um grupo seletivo de pessoas, tal como os magistrados, os quais devem se restringir ao uso de argumentos de princípios,

Cabe mencionar, entretanto, que, a partir da assimilação pela doutrina da força normativa da Constituição, que se deu ao longo do século XIX, tem início a discussão sobre a relação entre democracia e jurisdição constitucional. Isso ocorre tendo em vista que a força normativa da Constituição implica controle do parlamento e do Poder Executivo, na medida em que estão submetidos à Constituição.

Conforme o argumento da democracia, criado por Dworkin, a Constituição não pode ser interpretada por quem não foi eleito pelo povo para tanto. Assim, o Poder Judiciário não tem legitimidade para exercer o controle das políticas públicas, uma vez que este não representa os interesses do povo, o que somente ocorre com o Executivo e Legislativo.

Tal raciocínio tem fulcro nos ensinamentos de Montesquieu, o qual aduz que o Judiciário é um “poder neutro”, tendo como função a de auxiliar na resolução de conflitos.⁹³

Sobre o tema, cabe destacar que a democracia, na modernidade, não está dissociada da idéia de jurisdição constitucional. Neste ínterim, destaca-se que

⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. (Tradução: Nelson Boeiras). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁹³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Op. cit.*, p. 76.

democracia não significa simplesmente o exercício do poder estatal por meio dos representantes do povo.

A idéia clássica de democracia, originariamente pertencente aos gregos, implica em uma pretensão de universalidade, na qual todo homem, sem distinção de classe, tem o direito a influir na condução dos rumos do Estado por meio do voto, caracterizando-se, dessarte, o sufrágio universal.

De igual modo, a livre manifestação do pensamento é condição para a democracia, uma vez que não existe poder do povo se os cidadãos não puderem livremente manifestar suas opiniões e influir na opinião de seus pares.

A atuação do Poder Judiciário não pode estar dissociada dos ideais democráticos. Pelo contrário, a atuação e o fortalecimento do Judiciário é corolário do Estado Democrático e, sem ele, não há democracia.⁹⁴

Neste passo, a jurisdição constitucional conduz à possibilidade de uma participação direta do cidadão no processo de interpretação e efetivação das normas constitucionais, bem como impõe limites aos poderes conferidos aos representantes do povo.

Isso se deve ao princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual nenhum juiz atua sem ser demandado. Assim, quando o juiz atua, é o próprio povo quem, por meio dele, o faz; sem embargo de que os juízes não são eleitos pelo povo, não há dúvidas de que o poder que exercem emana do povo e em seu nome deve ser exercido.⁹⁵

Segundo Muller, o povo legitima o sistema democrático quando está no pólo ativo, de onde emana o poder do Estado. De outro passo, a legitimação da democracia ocorre por meio do povo, principalmente, enquanto destinatário das prescrições, deveres, direitos e funções de proteção dispensadas pelo Estado.⁹⁶

Deste modo, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário – visto como garantia de efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente

⁹⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Op. cit.*

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*

assegurados – pode ser considerado uma necessidade para legitimação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.⁹⁷

Insta, pois, citar os ensinamentos de Muller:

Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o “povo” permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má-qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, “povo de um país” [“Staatsvolk”] de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo “povo” enquanto instância de atribuição global.⁹⁸

Assim, considerando que certos direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia, “então ao Poder Judiciário, enquanto seu guardião, compete também a tarefa de concretizá-los nas situações em que se presencia a inércia dos demais ramos do Estado no cumprimento deste dever.”⁹⁹

Luís Flávio Gomes aduz que o Poder Constituinte concebeu duas formas de legitimação democrática: a representativa – típica dos altos cargos políticos – e a legal, inerente à função jurisdicional. Esta, por sua vez, tem como fontes a legitimação formal, que se refere à vinculação do juiz à lei e à Constituição, e a legitimação substancial, que reside na função e capacidade da jurisdição de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁰⁰

Insta salientar, ademais, que a legitimidade democrática da atividade judicial se distingue da legitimação política representativa, não sendo, porém, hierarquicamente inferior a esta, haja vista que uma instituição não deixa de ser democrática pelo simples fato de não provir de eleição popular; uma instituição será democrática quando for necessária à continuidade do sistema democrático.¹⁰¹

Por derradeiro, cumpre mencionar, conforme ensina Arenhart, que os tribunais não estarão substituindo as funções do Poder Executivo quando atuam implementando os direitos fundamentais prestacionais. Isso porque a função do

⁹⁷ MULLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. [Tradução : Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides] 3 ed. São Paulo: Max Limonad.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 63-64.

⁹⁹ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma construção teórica à luz do princípio democrático. In: **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 52.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 120.

¹⁰¹ *Idem*.

Judiciário, neste diapasão, será apenas de apontar o caminho a ser seguido pelo Estado, sem determinar o *modus operandi* da medida.

Assim, o Poder Judiciário deve se mostrar imperativo sempre que a atividade dos outros poderes apresentarem-se de modo ilegal ou contrário às diretrizes principiológicas da Constituição, fulminando a ilegalidade e indicando o caminho a ser trilhado, quer vedando certa conduta, quer impondo-a, nos casos de omissão.¹⁰²

¹⁰² ARENHART, Sergio Cruz. *Op. cit.*

6 LIMITES MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

6.1 A RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos sociais a prestações, além dos limites jurídicos aludidos anteriormente, encontram entraves nos limites materiais condizentes à escassez de recursos do Estado.

Canotilho assegura que:

“ [...] ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.”¹⁰³

A Constituição não estabelece os critérios para a decisão acerca da afetação material dos recursos, de modo que esta tarefa seria função dos órgãos políticos competentes, em especial, do Poder Legislativo.¹⁰⁴

Neste diapasão, a doutrina aponta para a dimensão economicamente relevante dos direitos fundamentais sociais, quando referentes a direitos a prestações, muito embora todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica¹⁰⁵, conforme já dito anteriormente.

Sobre o tema, impende destacar os ensinamentos de Sarlet:

“[...] no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que

¹⁰³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 769.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 305.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 301.

aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.”¹⁰⁶

Sarlet aduz que os direitos sociais a prestações encontram-se na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação, de modo que se valem da disponibilidade efetiva de seu objeto.¹⁰⁷ Ademais, tais direitos dependem ainda da possibilidade jurídica de disposição, uma vez que o Estado também deve ter a capacidade jurídica, isto é, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.¹⁰⁸

Insta salientar, contudo, que o aludido autor distingue três aspectos principais na denominada reserva do possível, quais sejam: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, em decorrência, da sua razoabilidade.¹⁰⁹

Canotilho, ao se referir ao pressupostos econômico-financeiros do Estado Social, assevera que os direitos sociais são caros, e que “algumas prestações indispensáveis à efectivação desses direitos devem ser asseguradas pelos poderes públicos, de forma gratuita, ou tendencialmente gratuita.”¹¹⁰

Neste passo, o autor lusitano expõe quatro condições básicas para que o Estado Social possa desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade, quais sejam:

“1 – provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tribuária; 2 – estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); 3 –

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 303.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2 ed. Coimbra: (Co-Edição) Coimbra Editora, Editora Revista dos Tribunais. p. 253.

orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; 4 – taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3%, pelo menos ao ano).”¹¹¹

Destarte, Canotilho prossegue afirmando que as condições supramencionadas exprimem dificuldades ao Estado Social, tendo em vista que: 1) o modelo indicado exclui os países em desenvolvimento, pois refere-se a um modelo de países ricos; 2) mesmo em países ricos, surgem problemas, como o crescimento incontrolável das despesas com alguns serviços.

Por essas razões, desde os anos noventa do século XX, o tema em voga passou a ser o da *sustentabilidade do modelo social*, acirrando-se, pois, a crítica ao Estado Social e às constituições programático-sociais, eis que uma significativa parte dos políticos e economistas corroboram com uma reorientação das políticas das finanças e da despesa pública.¹¹²

A reserva do possível torna-se, assim, o ponto nevrálgico da discussão a respeito do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, no sentido de efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Nessa esteira, cumpre citar a decisão da Corte Constitucional da Alemanha, de 1972, a qual deu ensejo, pela primeira vez, à idéia da reserva do possível. Esta decisão, ao se posicionar frente ao conflito entre o direito constitucionalmente assegurado a todos os alemães de livremente escolherem os locais de ensino para sua formação e a limitação imposta ao número de vagas para o ingresso no curso de medicina da Universidade de Hamburgo e Munique, estabeleceu que:

“[...] mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.”¹¹³

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.*

¹¹³ Cf. JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 148.

Destarte, a idéia de reserva do possível foi concebida de modo a se vincular, também, ao princípio da razoabilidade, de maneira que Sarlet aduz que “a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exibibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.”¹¹⁴

Sergio Fernando Moro aduz que o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário deve considerar a *reserva de consistência*, a qual, normalmente, refere-se ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, de maneira que “a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar.”¹¹⁵

Assim, o controle de políticas públicas, no sentido de controle da ação estatal que visa concretizar os princípios constitucionais, deve ocorrer tal como no controle dos atos normativos, no qual o julgador deverá apresentar argumentos substanciais de que o ato normativo – ou, no caso, a política pública – impugnado é incompatível com a Constituição.¹¹⁶

Nesta esteira, impende destacar os ensinamentos de Ronald Dworkin, ao distinguir entre “argumentos de procedimentos políticos” e “argumentos de princípios políticos”.¹¹⁷ O autor assevera que aqueles são utilizados pelo julgador ao decidir acerca de uma questão particular na qual se verifique a promoção do bem-estar geral ou do interesse público. Nestes casos, a decisão estaria no âmbito da discricionariedade do legislador e dos administradores, uma vez que relacionadas com a noção de conveniência e oportunidade das políticas públicas.

De outro lado, os argumentos de princípios políticos se referem aos argumentos de moralidade política e de procedimento político, os quais asseguram os direitos individuais dos cidadãos. Estes devem ser utilizados pelo julgador quando se deparam com violação dos direitos individuais, de modo à restabelecê-los com base no argumento de princípios, deixando à margem as escolhas e decisões que estabeleceram as políticas públicas para o caso.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p 304.

¹¹⁵ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 221.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Cabe destacar que Dworkin, ao estabelecer a distinção entre argumentos de procedimento político e argumentos de princípios políticos trata especificamente dos direitos individuais, olvidando, assim, os direitos difusos e coletivos. Entretanto, também nestes casos o Judiciário não é a área adequada para os argumentos de procedimento político.¹¹⁸

Deste modo, ainda que o Poder Judiciário atue assegurando políticas públicas, bem como limitando-as ou conformando-as, não estará questionando as políticas públicas em si mesmas, mas apenas os direitos que elas visam assegurar.¹¹⁹ O julgador não poderia, assim, negar o direito pleiteado com base em argumentos meramente econômicos e de políticas públicas, mas somente com base em argumentos de princípio, porquanto somente estes fazem parte de sua esfera de atuação.

Acerca da reserva do possível, Sarlet afirma que se trata de uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, em que pese o fato de que poderá atuar como garantia dos direitos fundamentais, em casos, por exemplo, quando se cuidar da invocação da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.¹²⁰

Deste modo, o autor nega que a reserva do possível, em seus diversos aspectos adrede mencionandos, possa servir como barreira intransponível para a garantia dos direitos sociais prestacionais.

Cumprido observar que a decisão jurisdicional acerca do controle de políticas públicas, ao se deparar com a escassez de recursos orçamentários, deve ter em conta, conforme Sarlet, que a decisão sobre a aplicação dos recursos públicos, por sua direta implicação orçamentária, incumbe em primeira linha ao legislador.

Canotilho leciona, nesta esteira, que a norma contida no artigo 5, parágrafo primeiro, da Constituição, não pode, na esfera dos direitos sociais prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada, constituindo, na verdade, postulado objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

¹¹⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Op. cit.*, p. 99.

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 305. Cabe a ressalva de que o referido autor observa, sempre, os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos.

Todavia, questiona-se até que ponto o Judiciário pode interferir nos recursos provenientes do orçamento público a fim de concretizar os direitos sociais prestacionais. Neste ponto, a doutrina aponta para o conceito de mínimo existencial, que será objeto de exame no tópico infra.

6.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL

A atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas encontra-se vinculada a limites fáticos e jurídicos, conforme acima se pretendeu demonstrar. Acerca destes limites, a doutrina majoritária costuma afirmar não se tratarem de obstáculos intransponíveis, mas que, todavia, não podem ser olvidados pelo magistrado ao decidir acerca de questões referentes às políticas públicas.¹²¹

Considerando o pressuposto de que o Estado social de Direito consagrado pela Constituição de 1988, reclama a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, questiona-se até que ponto existe a obrigação dos poderes públicos no que diz com a realização da justiça social, assim como qual será o *quantum* em prestações sociais que pode ser judicialmente reclamado pelos particulares.¹²²

Neste íterim, o princípio da dignidade da pessoa humana¹²³ é vislumbrado pela doutrina como parâmetro da decisão jurisdicional, sendo relacionado às condições existenciais mínimas por meio das quais se possa falar em vida humana digna.

Sobre o tema, Sarlet assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.¹²⁴

¹²¹ *Ibidem*, p. 327. Nesse sentido, o autor afirma que “com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis.

¹²² *Ibidem*. p. 372.

¹²³ Em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana merecer maiores considerações, não será objeto de análises aprofundadas, dada a limitação do objeto referente ao presente estudo. Inobstante, destaca-se a definição feita por Ingo Wolfgang Sarlet: “temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006).

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 375.

No mesmo sentido, posiciona-se Ana Paula de Barcellos, ao ensinar que a consagração constitucional da dignidade, e da mesma forma das condições que formam o seu conteúdo, teve e tem sobretudo o propósito de formar um limite à atuação, ou omissão, dos poderes constituídos, em garantia das minorias e de todo e qualquer indivíduo.¹²⁵

Impende mencionar que onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido.¹²⁶

Alexy propõe um modelo teórico em que os direitos a prestações podem ser reconhecidos nas seguintes circunstâncias: 1) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; 2) quando o princípio da separação dos poderes, incluindo a competência orçamentária do legislador, assim outros princípios materiais, em especial concernentes a direitos fundamentais de terceiros, foram atingidos de forma relativamente diminuta.

Deste modo, o autor demonstra que deve haver uma ponderação entre princípios, a fim de que, no caso concreto, seja analisada a possibilidade, ou não, de se reconhecer um direito social a prestação. Todavia, Alexy argumenta que as condições para o reconhecimento de direitos sociais a prestações se verificam sobretudo nos que correspondem a um padrão mínimo, como direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.¹²⁷

Importa ressaltar que, tal como ocorre na teoria de Alexy, a doutrina majoritária se refere à noção de um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, evitando, dessarte, o esvaziamento da liberdade pessoal e garantindo uma liberdade real.¹²⁸ Porém, não se vislumbrou nenhuma teoria geral que assegurasse quais são os direitos a prestações que

¹²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 192.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 375.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 369.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 369.

geram um direito subjetivo ao seu titular, de tal sorte que se faz necessária uma análise casuística, á luz das circunstâncias do caso concreto.¹²⁹

Nada obstante, Ana Paula de Barcellos, ao analisar a Constituição de 1988, aduz que o mínimo existencial pode ser concebido a partir da identificação dos dispositivos constitucionais que afetam diretamente o núcleo material da dignidade da pessoa humana.

Assim, a autora propõe a seguinte sistematização de direitos que compõem o mínimo existencial: direito à educação fundamental, à saúde básica e de assistência aos desamparados, os quais apresentam natureza material; e o direito ao acesso à justiça, este de caráter instrumental.¹³⁰

Nestes casos, segundo a supramencionada autora, não há que se falar em reserva do possível ou violação da separação dos poderes a fim de questionar a legitimidade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

Importa mencionar que a força normativa da constituição, princípio hermenêutico imanente¹³¹, também se aplica, por óbvio, aos direitos sociais. Assim, cabe ao Poder Judiciário assegurar a máxima efetividade possível às normas constitucionais, incluindo, por óbvio, os direitos sociais fundamentais.

Nessa esteira, cabe ressaltar que o art. 5, par. 1, da Constituição, estabelece que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. Inobstante, no que diz com os direitos sociais, esta norma não assume uma dimensão de tudo ou nada, mas sim postulado objetivando a maximização dos direitos fundamentais. Isso porque, como já dito alhures, a decisão sobre a aplicação dos recursos públicos incumbe, em primeira linha, ao legislador.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 258.

¹³¹ GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

7 CONCLUSÃO

Os direitos sociais surgem a partir do Estado Social, porquanto decorrem das providências que este tem o dever de adotar, a fim de possibilitar uma vida minimamente digna aos seus cidadãos.

A Constituição de 1988 consagra, em seu Capítulo II, diversas normas que estabelecem direitos sociais. Veja-se, por exemplo, o artigo 6, o qual dispõe que *“são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”*

Em que pesem todos os limites impostos à decisão jurisdicional, a atuação do Poder Judiciário deve ter, dentre outros, o escopo de efetivar os direitos sociais. Nesse sentido, Canotilho afirma que *“o direito continua a ser um instrumento fiável e incontornável de comando numa sociedade.”*

Destarte, inobstante os direitos sociais encontrarem obstáculos como a reserva do possível e a separação dos poderes, os quais não devem ser desconsiderados – sob pena de se olvidarem aspectos de grande relevância, tanto de natureza fática quanto jurídica – a conclusão que se extrai do presente estudo é de que os tribunais não podem ficar alheios à concretização judicial das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais.

Daí decorre que a reserva do possível, enquanto limite material fático ao controle jurisdicional das políticas públicas, deve ser observado pelo julgador na medida em que impõe a aplicação dos princípios hermenêuticos constitucionais, quais sejam, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, *mas nunca ser considerada um obstáculo em si mesma para a concretização dos direitos sociais prestacionais.*

Neste ensejo, cabe ressaltar, de acordo com Hesse, que a interpretação da Constituição está submetida o princípio da ótima concretização da norma, a qual tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição.¹³²

As políticas públicas, embora não sejam competência do Poder Judiciário, podem e devem ser objeto de controle judicial quando o que está em questão é o

¹³² GEBRAN NETO, João Pedro. *Op. cit.*, p. 71.

mínimo existencial, ou seja, o núcleo material da dignidade da pessoa humana, ainda que, conforme aduz Canotilho, não se possa neutralizar a liberdade de conformação do legislador.¹³³

Assim, no que concerne ao *núcleo essencial de prestações sociais*¹³⁴, omissões legislativas e executivas não podem tornar ineficazes os direitos sociais e o princípio da dignidade humana sob o argumento de uma reserva do possível ou do regime da separação dos poderes.

Impende ressaltar, novamente, os ensinamentos de Canotilho:

[...] o juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que, perante ele, reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos.¹³⁵

Deste modo, não há que se pensar, atualmente, numa separação rígida dos poderes, mas sim num sistema de independência entre os poderes como instrumento para seu controle recíproco, conforme preconizado pela doutrina do *balance of powers*,¹³⁶ de maneira que o princípio da separação dos poderes tenha a finalidade que lhe foi ori

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2 ed. Coimbra: (Co-Edição) Coimbra Editora, Editora Revista dos Tribunais.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 777, 19 de ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 09 fev. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direitos Administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 133. Brasília. jan./mar. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora (co-edição), 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Porto.) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (organizador). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUNHA, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. (Tradução: Nelson Boeiras). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**. O Poder Congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MELO JORGE NETO, Nagibe de. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2008.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma construção teórica à luz do princípio democrático. In: **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado**. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política. Ano 7. n 29. out-dez/1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.