

## O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: INSTRUMENTO DE GARANTIA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Juvêncio Borges Silva\*

### RESUMO

A emergência dos direitos sociais e sua constitucionalização fez com que os tribunais fossem acionados na medida em que algumas políticas públicas consideradas essenciais, com lastro na Constituição Federal e nos direitos sociais fundamentais por ela elencados, não se efetivaram. As decisões dos tribunais obrigando as administrações públicas à prestação de obrigações com vistas à realização dos direitos sociais fundamentais resultou em um conflito envolvendo o sistema político e jurídico. A atuação dos tribunais em face do poder político dá ensejo ao surgimento do que se denominou *controle jurisdicional de políticas públicas*, bem como ao fenômeno denominado *judicialização da política*. Se de um lado há que se contemplar o poder discricionário do administrador público quanto à definição das políticas públicas, de outro, há que se considerar que não pode o Estado se furtar às suas responsabilidades no que tange à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Dois princípios jurídicos se contrapõem. No que respeita à administração pública o princípio da *reserva do possível*, informando que a administração pública atua nos limites do orçamento público, de sua disponibilidade econômica; no que respeita aos direitos fundamentais essenciais o princípio do *mínimo ético* informando que há direitos de cuja realização dependem a própria dignidade da pessoa humana, tendo em vista sua essencialidade. É neste contexto que o controle jurisdicional das políticas públicas é analisado como instrumento de garantia de direitos

\* Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos (1992), graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1997), Mestre pela UNICAMP (2000), doutor pela UNESP (2005), pós-doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT (2010), professor do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

no âmbito do Estado Democrático de Direito, devendo ser analisado levando-se em conta a independência dos poderes do Estado.

**Palavras-chave:** Controle jurídico. Constituição. Políticas públicas. Direito.

## JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICY IN BRAZIL: AN INSTRUMENT OF WARRANTY AND EFFECTIVE FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS

### ABSTRACT

The emergence of social rights and its constitutionalization meant that the courts were driven to the extent that some public policies deemed essential, backed by the Federal Constitution and the fundamental social rights listed by it, not achieved. Court decisions requiring the government to provide bonds with a view to achieving the fundamental social rights resulted in a conflict involving the political and legal system. The role of the courts in the face of political power gives rise to the emergence of what is called judicial review of public policies, as well as the phenomenon called legalization of politics. If on one side we have to consider the public administrator's discretion as to the definition of public policies on the other, we must consider that the State can not evade its responsibilities regarding the realization of fundamental social rights. Two legal principles are opposed. With regard to the principle of public administration reserves as possible, stating that the government operates within budget public availability of its economy, as regards fundamental rights essential to the principle of minimum ethical stating that there are rights whose realization depends the very dignity of the human person, in view of its essentiality. It is in this context that the jurisdictional control of public policies is analyzed as an instrument to guarantee rights under the democratic rule of law and must be analyzed taking into account the independence of state powers.

**Keywords:** Control law. Constitution. Public policy. Law.

## 1 INTRODUÇÃO

A relação entre o político e o jurídico tem sido objeto de várias análises, seja no âmbito acadêmico, seja na mídia, uma vez que a atuação do poder judiciário e sua repercussão na esfera política tem despertado o interesse dos meios de comunicação. Inúmeras decisões têm sido tomadas pelo Poder Judiciário, mormente pelo Supremo Tribunal Federal que tem repercutido diretamente no sistema político, como por exemplo a questão da “fidelidade partidária”, o reconhecimento de que o mandato pertence ao partido e não ao parlamentar, a fixação de limites às greves do funcionalismo público, etc.

Há também decisões dos tribunais que têm repercutido diretamente nas políticas públicas, obrigando o administrador público a realizar políticas que não estavam contempladas no orçamento, e para as quais, portanto, não há dotação orçamentária, o que tem ocasionado uma série de dificuldades à administração pública, principalmente na área da saúde, que tem sido objeto de recorrentes decisões por parte dos tribunais, obrigando a administração pública a realizar internações de pessoas enfermas, providenciar medicamentos que não constam da lista da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) etc.

O fato de os direitos sociais terem sido constitucionalizados tem levado os tribunais ao entendimento de que a administração pública tem o dever de efetivá-los, uma vez que se revestem de condição essencial à vida e à dignidade humana, devendo ser tratados como prioritários sobre qualquer outra política pública.

Esta situação conflitiva entre o poder discricionário que tem o administrador público de estabelecer políticas públicas e os direitos fundamentais sociais que devem ser realizados merece ser refletida no campo da teoria jurídica e política, de forma a se buscar equacioná-la. É o que pretendemos realizar no decorrer deste artigo, buscando para tanto aportes reflexivos para uma melhor compreensão da relação entre direito e políticas públicas, e mais especificamente o fenômeno do controle jurisdicional constitucional das políticas públicas como instrumento de garantia de direitos, mormente dos direitos fundamentais.

## 2 A EMERGÊNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Os direitos sociais surgem como reação ao Estado liberal e sua consagração do individualismo. O Estado Liberal de Direito, que teve dentre seus principais mentores teóricos

John Locke (1632-1704), mormente com a publicação de seu livro “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” (1999), estabeleceu-se a partir da concepção da separação de poderes no Estado, da supremacia das leis, e dos direitos individuais. O Estado é percebido por Locke como “sociedade constituída, única e exclusivamente, com o fim de conservar e promover os bens civis dos homens, identificados estes com a vida, a liberdade, a integridade do corpo, a proteção contra a dor e a propriedade dos bens exteriores.” (OTERO, 2009, p. 186).

O moderno constitucionalismo surge com o fito de fundar e legitimar o poder político, bem como constitucionalizar as liberdades. A condição para a garantia das liberdades individuais tem como contrapartida a limitação do poder do Estado Leviatã, ou antes, a sua superação. O liberalismo demarcou a separação entre o Estado e o não-Estado (sociedade religiosa e sociedade civil). Por sua vez o Estado liberal é o Estado burguês que privilegia o indivíduo burguês.

Característica da doutrina liberal econômico-política é uma concepção negativa do estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explicita e aperfeiçoa a própria personalidade. (BOBBIO, 1986, p. 115).

Com a derrocada do *ancien régime* e seu rompimento com as peias da ideologia absolutista, o homem busca a realização de sua individualidade, amparado pela liberdade perante o Estado. A Constituição passa ser concebida, na expressão de Canotilho (1999, p. 48) como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. Assim, a “concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado”. (BOBBIO, 1992, p. 60).

A mudança do paradigma liberal para o paradigma social do direito ocorreu em meio às transformações sociais operadas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, como a situação de pobreza dos trabalhadores fabris, a exploração do trabalho infantil, o excessivo número de horas de trabalho, baixo nível dos salários, ausência de um serviço social de saúde, desemprego em razão do avanço das tecnologias, ausência de previdência, explosão demográfica etc. (GARCIA, 1994, p. 511). Um novo modelo de Estado se fazia necessário. É

nesse quadro social que emerge o Estado Social. Quebra-se a dicotomia Estado/Sociedade que a concepção liberal do Estado alimentara. O Estado abandona a natureza neutral e torna-se parte empenhada no contexto social. Como um empresário ou produtor de bens, luta por obter fins preestabelecidos, por concretizar um projeto. Adquire definitivamente o papel de ator no gigantesco palco social.

Cristina Queiroz (2006, p. 8), observa que a questão social não era desconhecida do liberalismo, mas era relegada à sociedade civil como sendo de caráter meramente moral.

No século XIX, o caráter excepcional dos direitos sociais como direitos a prestações não significou que o poder político não tivesse em consideração ou fosse cego perante a “dimensão prestacional” da relação Estado-cidadão. Diferentemente, o século XIX deve antes ser analisado como uma época de triunfo da ideologia liberal, mas uma época, apesar disso, não alheia às aspirações de cuidado e promoção de bem-estar social. Só que o liberalismo entendia essas aspirações de cuidado e promoção sociais, basicamente, como “obrigações morais” a cargo da sociedade, sem vinculatividade jurídica geral. Essas obrigações ou deveres morais reduziam-se à fórmula consagrada no artigo 2º da Declaração de Direitos de 1789: a “conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. “Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Nesse sentido, o liberalismo recusava o sancionamento jurídico de uma “obrigação positiva” de “fraternidade” ou solidariedade”, numa palavra, a realização dos direitos fundamentais sociais como deveres público-estaduais.

Como bem observou Otero (2009, p. 333)

Se a garantia dos direitos fundamentais do liberalismo assentava na ideia de abstenção do Estado, sendo a propriedade e a liberdade tanto mais garantidas quanto menor fosse a intervenção do Estado, rapidamente se verificou, todavia, que existem direitos fundamentais cuja efectiva garantia exige uma intervenção social ou econômica do Estado”.

Doravante, não bastava uma conduta negativa do Estado, necessário se fazia a realização de uma conduta positiva pelo Estado com vistas a viabilizar a realização de direitos sociais.

A concepção socialista marxista-leninista vê o liberalismo como uma ideologia legitimadora da dominação, das desigualdades, e as leis, o direito e as instituições jurídicas

como instrumentos de dominação a serviço da burguesia em detrimento do proletariado. Como afirmam Marx e Engels ( 1997, p. 85), “as idéias dominantes de uma época sempre foram apenas as idéias da classe dominante”. Para os socialistas, ao final de toda a luta revolucionária, após um período de ditadura do proletariado, o Estado tornar-se-ia desnecessário, devendo ser extinto.

Marx e Engels consideram que o Estado é a forma por meio da qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e na qual se resume toda a sociedade civil de uma época, atuando como mediador de todas as instituições comuns. Assim conclui: “Daí a ilusão de que a lei se baseia na vontade e, mais ainda, na vontade destacada de sua base real – na vontade *livre*. Da mesma forma, o direito é reduzido novamente à lei”. (MARX e ENGELS, 1996, p. 98)

No âmbito religioso o liberalismo sofre veemente crítica por parte da Igreja Católica, através do seu magistério social. Destaca-se a encíclica que teve maior repercussão e que foi incisiva quanto às questões sociais, ou seja, a Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891, editada pelo Papa Leão XII (1878-1903). A *Rerum Novarum* foi editada quando a Revolução Industrial já havia transcorrido mais de um século, trazendo juntamente com o avanço tecnológico no campo da produção, graves problemas de ordem social, face à emergência de uma classe operária expropriada de seus meios de produção e tendo que oferecer sua mão-de-obra aos proprietários burgueses para poder sobreviver.

Otero (2009, p. 292) sintetiza os contornos da *Rerum Novarum*:

A Encíclica *Rerum Novarum* inaugura, deste modo, uma nova fase da Igreja virada para a “questão social”, entendendo que a felicidade das “classes deserdadas” é um dos seus propósitos, privilegiando as pessoas sobre as coisas, já que “a ninguém é lícito violar impunemente a dignidade do homem”, e relativizando o bem-estar terreno à felicidade eterna das pessoas.

Bobbio (1992:32) discorre sobre o processo de transformação do direito até se chegar a uma concepção social do direito.

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a

liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado.

Um grande impulso é dado rumo aos direitos sociais na medida em que são acolhidos pelos Estados ocidentais em suas constituições, transformando-os em direitos fundamentais.

Os direitos sociais constam das constituições dos países ocidentais nos quais vige o Estado democrático de direito. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil trás em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais -, no Capítulo II, artigos 6º a 11, os direitos sociais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 251), referindo-se à emergência dos direitos sociais e econômicos afirma:

Essa nova concepção dos direitos fundamentais encontrou expressão solene principalmente nas primeiras Constituições republicanas alemã e espanhola – a de Weimar de 1919, a espanhola de 1931. Com menor repercussão que elas e caracterizada por um nacionalismo exacerbado está a Constituição mexicana de 1917, talvez a primeira a incorporar essas novas idéias.

Observam igualmente Bobbio e Matteuci (2000, p. 267):

Entre as numerosas Constituições apresentadas pelos países da Europa centro-oriental, báltica e balcânica, mereceram sempre um interesse particular a alemã, de 1919 (Constituição de Weimar), a austríaca e tchecoslovaca, de 1920, e, mais tarde, na península ibérica, a Constituição republicana espanhola, de 1.931. Muitas dessas Constituições tentavam, não só oferecer uma disposição “racionalizada” da organização constitucional, como também garantir, ao lado dos tradicionais direitos à liberdade, os chamados direitos sociais.

Terminado o segundo conflito mundial, uma nova série de Constituições veio confirmar a fidelidade substancial de muitos ordenamentos ao conceito liberal-democrático do Estado. Preocuparam-se em ampliar as garantias sociais, bem como as das autonomias territoriais.

Estas novas constituições instituíram novos direitos, de caráter social, amparadas na ideia de que cabe ao Estado a promoção das condições para a realização do bem-estar individual e coletivo. Assim, do individualismo liberal, do indivíduo que tem a prerrogativa de se voltar contra o Estado para a garantia de seus direitos como indivíduo, tem-se lugar a concepção de que a promoção do homem exige necessariamente a participação positiva do Estado. Bobbio (1992, p. 30-40) elenca, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) uma série de outras declarações como a Declaração dos Direitos da Criança (ONU, 1959), o Pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e o Pacto sobre os direitos civis e políticos, aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1.966, dentre outros, documentos estes que exerceram grande influência sobre os legisladores constituintes dos países membros da ONU.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 251) com muita propriedade considera o acolhimento pelo legislador brasileiro das influências das constituições alienígenas:

A imitação, de um lado, as novas concepções, de outro, imprimiram às Constituições subseqüentes esse novo molde. Em muitas, porém, o reconhecimento desses direitos novos ficou no papel ou nas manifestações de princípios, eloqüentes e inócuas.

No Brasil, a primeira Constituição a adotar, em seu texto, essa nova inspiração foi a de 1934, no que foi seguida pelas posteriores. As anteriores – 1824 e 1891 – como era de se esperar, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais.

De 1934 até 1988, em nosso Direito Constitucional, o reconhecimento dos direitos “econômicos e sociais” vinha sendo feito sob a forma de princípios, catalogados em capítulo sobre a “Ordem econômica e social”. A atual Constituição inseriu no Capítulo II do Título II – Dos direitos e garantias fundamentais – o capítulo sobre os Direitos Sociais.

A Constituição Federal de 1988 se ocupou em tutelar os direitos sociais, bem como o legislador ordinário cuidou de criar os instrumentos necessários à sua realização. Tais direitos se encontram insculpidos nos artigos 6º a 11, sendo que o *caput* dos artigos 6º e 7º da Constituição Federal assim dispõem:

**Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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. (Redação

dada pela Emenda Constitucional 64 de 4 de fevereiro de 2.010 que acrescentou o direito à alimentação).

**Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Os direitos dos trabalhadores estão elencados nos 34 incisos que compõem o art. 7º, sendo que o artigo 8º trata da liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador e o artigo 9º trata do direito de greve, além dos artigos 10 e 11 que tratam da participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos e nas empresas com mais de duzentos empregados. Observa Chimenti (2004, p. 116) que “na forma como disposto na Constituição Federal, os direitos sociais são muito mais que normas programáticas; são direitos subjetivos do indivíduo, oponíveis ao Estado, que devem fornecer as prestações diretas e indiretas que a Constituição garante”. (Chimenti, 2004, p. 116).

Questão de interesse é a discutida por Bobbio quanto à enunciação dos direitos sociais e sua efetiva realização:

O campo dos direitos do homem -, ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros? E, além do mais, a esmagadora maioria de normas sobre os direitos do homem, tais como as que emanam de órgãos internacionais, não são sequer normas programáticas, como o são as normas de uma Constituição nacional relativas aos direitos sociais. Ou, pelo menos, não o são enquanto não forem ratificadas por Estados particulares. BOBBIO (1992, p. 78)

A questão posta por Bobbio continua atual, tendo em vista que continua havendo um distanciamento enorme entre o preconizado nas normas constitucionais no tocante aos direitos sociais e sua efetiva aplicação. Isto leva Bobbio (1992, p. 79) a concluir sua análise nos seguintes termos:

Partilho a preocupação dos que pensam que chamar de “direitos” exigências (na melhor das hipóteses) de direitos futuros significa criar expectativas, que podem não ser jamais satisfeitas, em todos os que usam a palavra “direito” segundo a linguagem corrente, ou seja, no significado de expectativas que podem ser satisfeitas porque são protegidas.

Por prudência, sempre usei, no transcorrer desta minha comunicação, a palavra “exigências” em vez de “direitos”, sempre que me referi a direitos não constitucionalizados, ou seja, a meras aspirações, ainda que justificadas com argumentos plausíveis, no sentido de direitos (positivos) futuros.

Se por um lado, é forçoso reconhecer o avanço na prática efetiva dos direitos sociais no Brasil, sua aplicabilidade, por outro há que se reconhecer que a aplicabilidade efetiva do disposto nas normas constitucionais acima exaradas, mormente no que tange ao disposto no artigo 6º da Constituição Federal, ainda está longe de corresponder à realidade social brasileira, tendo em vista a enorme desigualdade social reinante no Brasil e à precariedade da prestação por parte do Estado na esfera da saúde pública, educação, segurança, alimentação, moradia etc.

Assim, a discussão acerca da aplicabilidade imediata do disposto na norma constitucional e a obrigação do Estado de torná-las efetivas devem fazer parte da discussão jurídico-constitucional até que tal discrepância seja superada.

Na esfera do direito constitucional, ao tratar da aplicabilidade das regras constitucionais, foram as normas classificadas em: 1) eficácia plena; 2) eficácia contida; 3) eficácia limitada e 4) programáticas. (CHIMENTI, 2004, p. 28-31). Exemplo das primeiras seriam as que garantem a inviolabilidade de domicílio, previstas no art. 5º, XI da Constituição Federal. As segundas podem ser exemplificadas pelo § 1º do artigo 9º da CF, que autoriza a lei infraconstitucional a definir os serviços essenciais e, quanto a eles, restringir o direito de greve, ou o art. 5º, XIII, que declara ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão mas autoriza que a lei imponha qualificação profissional para algumas atividades. As terceiras consistem nas normas constitucionais acerca das quais a constituição emprega expressões tais como “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “a lei disporá”, “a lei regulará”

etc., evidenciando não ter aplicabilidade imediata. A norma de princípio programático “é aquela que estabelece um programa a ser desenvolvido pelo Estado, mediante a regulamentação, pelo legislador ordinário, do direito nela previsto”. (CHIMENTI, 2004, p. 30).

Reis Friede (2005, p. 23) classifica as normas constitucionais como sendo: 1) de eficácia jurídica plena; 2) eficácia extrínseca ou eficácia jurídica (auto-aplicáveis ou auto-executáveis e não-auto-aplicáveis ou não-auto-executáveis).

Em termos simples, as *normas auto-aplicáveis* (normas de eficácia plena) são aquelas que, independentemente de qualquer condição, por serem completas e definidas quanto à hipótese e à disposição, são passíveis de imediata aplicação. Já, as normas *não-auto-aplicáveis* são caracterizadas por um tipo específico de regramento constitucional que não pode ser auto-executável (ou seja, não podem possuir aplicação imediata), considerando a necessidade de posterior *regulamentação* (por serem *incompletas* (eficácia limitada) ou *condicionadas* (eficácia contida) ou por serem essencialmente *programáticas* (eficácia limitada quanto aos princípios programáticos). (FRIEDE, 2005, p. 23).

Um problema quanto a esta forma de compreensão é suscitado pela própria Constituição Federal que dispôs no § 1º do inciso LXXVIII do artigo 5º que – “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, seria correto deduzir que, uma vez que os direitos sociais, elencados nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal, e que estão inseridos no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata?

A discussão, portanto, sobre os direitos sociais e as garantias constitucionais, não podem ser realizadas tão somente na seara jurídica, necessário se faz que a discussão se realize também na seara política, passando por todo o plexo social, pois em última instância, as mudanças jurídicas exigem também uma mudança social, e de igual forma a atuação jurídica tem reflexos sociais. Entendemos, portanto, que há a necessidade de uma ação dialética entre o jurídico-político-social, na construção de uma sociedade mais justa e, portanto, realizadora de justiça social.

### 3 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) conceitua política pública:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Segundo este conceito as políticas públicas consistem em ações governamentais, previamente planejadas (programa), que se realizam no contexto de um processo ou conjunto de processos levados a efeito segundo leis previamente fixadas, judicialmente definidas e administrativamente realizadas, com objetivos sociais relevantes e determinados politicamente. Tais objetivos devem ser orientados axiologicamente, segundo uma escala valorativa de prioridades, bem como o provimento de meios para sua realização, e a previsão temporal de sua efetivação.

As políticas públicas, segundo esta definição contempla os elementos previsão, programação, planejamento, sistematização, coordenação, definição, objetivação, provisão, ação, realização, execução.

As políticas públicas surgem na esteira dos direitos sociais, com a superação do liberalismo político. É através das políticas públicas que o Estado objetiva dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. Assim, direitos fundamentais sociais e políticas públicas constituem realidades indissociáveis, uma vez que é através das políticas públicas que se busca garantir a concreção dos direitos sociais.

O Estado, tendo em vista a sua funcionalidade, encontra-se estruturado em três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Ambos estão interligados à estrutura de poder do Estado, logo, são poderes políticos. Entretanto, foi cunhada ao longo do tempo a ideia do Poder Judiciário como um poder neutro e imune às influências políticas. Neste sentido a análise de Campinlongo (2002, p. 27):

Num mundo que atravessa acelerado processo de transformação social, tecnológica e institucional, o debate em torno do Poder Judiciário – até hoje muito marcado pela repetitiva crítica à insuficiência de meios materiais (escassez de recursos) ou pela denúncia de uma atividade viciada pelo descompasso entre as leis e os fatos (excesso de formalismo) – também passa por mudanças profundas. No interior do sistema jurídico forjado pelo liberalismo, a legislação sempre ocupou um papel central. A partir de uma distinção aparentemente bem demarcada entre legislação e jurisdição, o Poder Judiciário cunhou a imagem de um Poder Neutro e imune às influências políticas, econômicas ou de qualquer outra natureza que pudessem corromper sua fidelidade interior aos sistemas normativos (nos países de tradição romano-germânica) ou aos precedentes jurisprudenciais (nos países de “common Law”). Por outras palavras: o Judiciário foi identificado como uma organização burocrática e fechada a pressões de seu ambiente externo. Ainda que essa não fosse uma descrição realista da atuação da magistratura, era o modelo concebido pelo liberalismo político.

O Poder Judiciário foi concebido para ser este poder “neutro”, que tinha como função dar unidade ao sistema, e para tanto se exigia que ele fosse infenso a qualquer ideologia, não obstante fosse produto de uma ideologia. Durante muito tempo o Poder Judiciário se manteve numa “torre de marfim”, distante das grandes questões sociais, e voltado tão somente para a resolução de conflitos interindividuais. Entretanto, com as mudanças operadas no seio da sociedade em decorrência do fenômeno da Revolução Industrial, da expansão do capitalismo, da globalização, o direito haveria necessariamente de sofrer mudanças, inflexões, tendo em vista a perda de centralidade dos Estados Nacionais como pólos do poder político:

Do prisma econômico, a chamada globalização representa pelo menos um brutal esvaziamento da territorialidade. Do ponto de vista político, a formação de grandes blocos e os organismos supranacionais relativizam a soberania. Finalmente, do prisma jurídico, o direito do mercado globalizado flexibiliza o direito positivo estatal em todos os planos (direitos individuais, políticos e sociais). Essa transformação paradigmática na função do Estado submete o Judiciário a uma pressão terrível e que, em última análise, põe em discussão não apenas a utilidade, mas a necessidade e a razão de ser de um Judiciário modelado nos termos concebidos pelo liberalismo e, depois, ajustado ao Estado social. (CAMPINLONGO, 2002, p. 29).

Conclui Campinlongo (2002, p. 30) que

[...] a história do Judiciário, que pode ser descrita como a de uma instituição inicialmente concebida para proteger o cidadão do Estado e depois para garantir a eficácia dos direitos coletivos junto ao Estado, agora vê-se diante de um contexto em que o Estado perde parte de sua importância.

Esta perda de importância do Estado decorre em grande medida do processo de globalização, mormente da globalização econômica. Ocorre que a globalização teve como consequência a relativização da soberania do Estado-nação, uma vez que nenhum Estado é auto-suficiente em termos de produção econômica, nem tampouco existe alheio aos demais Estados e organizações internacionais. O fato de participar de organizações internacionais, como p. ex. a ONU (Organização das Nações Unidas), de depender de financiamentos de instituições econômicas como p. ex. o FMI (Fundo Monetário Internacional), fazendo dos Estados signatários de tratados internacionais, relativiza sua soberania. A esse respeito considera José Eduardo Faria (2004, p. 177-178):

Este é, justamente, o momento histórico em que o Estado assume suas feições eminentemente *neoliberais*. Ao contrário do Estado-liberal clássico, com sua estrutura político-institucional assentada na centralidade e exclusividade da produção legislativa e na divisão dos poderes, e do Estado intervencionista ou “providenciário”, voltado à realização e consecução de um projeto sócio-econômico bem definido, este Estado assume uma dimensão organizacional mais reduzida, enxuta ou compacta e passa a ser pautado e condicionado pelo mercado e por seus atores dominantes – conglomerados empresariais transnacionais, instituições financeiras internacionais, organismos supranacionais, entidades de classe, câmaras de comércio, associações de consumidores, corporações profissionais, institutos públicos, semipúblicos e privados, sindicatos etc. No âmbito do Estado *neoliberal*, em outras palavras, é a economia que, efetivamente, calibra, baliza e pauta tanto a agenda quanto as decisões políticas e jurídicas.

Estas mudanças operadas no âmbito da sociedade, das relações econômicas, faz emergir um novo tipo de Estado, não mais o Estado soberano como compreendido no pensamento político clássico, mas um Estado que não consegue dar conta de todos os problemas sociais, porque não tem mais poder para fazê-lo, uma vez que o poder econômico é supranacional.

Não obstante os limites que caracterizam atualmente o Estado há que se reconhecer que ele ainda é a única instituição que pode fazer frente ao mercado no sentido de assegurar os interesses públicos e sociais. A esse respeito considera Eros Roberto Grau (2011, p. 144):

Em suma, ainda no que respeita ao nosso caso, cujo capitalismo não prescinde de *regulação*, qualquer política de *desregulamentação* haveria de estar calcada sobre a construção de um *novo modelo de regulação*. Não se perca de vista o fato de que o movimento em prol da desregulação, tal como postulado entre nós – “menos governo, menos miséria” -, conduz ao enfraquecimento do Estado; mas o Estado, apesar de todos os pesares, é ainda, entre nós, o único defensor do interesse público, não sendo inviável a visualização de momentos de legitimidade, nele, em que venha (o interesse público) a se confundir com o interesse social. A destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduzem, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social.

O Estado continua sendo, de fato, o grande defensor do interesse público, não obstante as mazelas e deformidades de que padece o Estado brasileiro. Se por um lado a economia interfere na política e no direito, estes por sua vez interferem na economia.

As políticas públicas são clara expressão da atuação do Estado na busca da realização dos direitos sociais, dos interesses públicos. Direito e política, portanto, ainda que sendo sistemas distintos, fazem parte do sistema social. “Isso equivale a dizer que esses sistemas não podem ser pensados separadamente da sociedade. Ao contrário, estes dois sistemas são partes integrantes e inseparáveis do sistema social”. (CAMPILONGO, 2002, p. 70).

O direito se volta cada vez mais para a consecução de finalidades sociais, para assegurar interesses da coletividade, para garantir as condições de um meio-ambiente saudável etc. E de igual forma, o Poder Judiciário tem atuado para além dos estritos limites definidos pelo Positivismo Jurídico para fazer frente às questões sociais. Neste sentido, como observa José Guilherme de Souza (1991, p. 84), não há que se falar em neutralidade ideológica do Poder Judiciário:

A neutralidade ideológica do judiciário, portanto, é um mito, e, como mito, não é factível, em face da realidade concreta do social; além de ser a condição ideológica algo imanente ao social, a apontada neutralidade somente serve, como salientei, para manter a integridade, a coerência e a estabilidade do sistema, escamoteando, ao mesmo tempo, os conflitos de classes existentes.

A ideia de um Judiciário neutro é uma construção do pensamento liberal, e condição para dar estabilidade ao sistema político, cuidando tão somente da resolução de conflitos entre os indivíduos. Ora, afirmar que o Poder Judiciário é ideologicamente neutro é uma falácia (SOUZA, 1991, p. 81). Cabe ao Poder Judiciário aplicar o direito ao caso concreto, valendo-se do instrumental legal-normativo-constitucional para o desempenho de sua função jurisdicional, fazendo-o, não abstratamente, mas numa situação determinada, num contexto sócio-histórico determinado, e que exige uma interpretação e aplicação do direito que seja socialmente relevante. O ato de interpretação e aplicação do direito não é mecânico, nem tampouco totalmente objetivo, mas contempla a consciência do julgador como alguém que está inserido em um determinado contexto social.

O que se percebe é um Poder Judiciário mais atuante, exercendo a função de controle dos demais poderes do Estado. Como bem observa Campinlongo (2002, p. 42):

O constitucionalismo moderno permite um exame das relações entre decisão judicial e sistema político não apenas sob a ótica da divisão de poderes, mas também a partir de uma discussão sobre o Estado de Direito. Estado de Direito não significa exclusivamente observância dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais. Significa, igualmente – e, para os efeitos aqui buscados, esse é o aspecto fundamental – controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo. Evidentemente, esse controle só pode ser compreendido como uma projeção aplicativa dos princípios da legalidade e da publicidade. Mas é exatamente nesse ponto, ou seja, no controle jurisdicional dos demais Poderes, que reside o caráter eventualmente político da decisão judicial.

Tem sido recorrentes as decisões do Poder Judiciário determinando que o Poder Executivo adote medidas para tornar eficazes os direitos constitucionalmente assegurados. Muitas são as ações propostas pelo Ministério Público exigindo do poder público o oferecimento de medicamentos, escolas, creches etc.

Vejamos excerto do Recurso Extraordinário (RE-393175) DE 01/02/2006, do qual foi relator o Min. Celso de Mello.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>. Acesso em 25 de agosto de 2012.

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RECONHECIDO E PROVIDO. O presente recurso extraordinário busca reformar decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 94): "CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 2. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA." (grifei) Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. (...) Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade 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 direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência 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 INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS

CARENTES.- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF."(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 131/132), conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, restabelecendo, desse modo, por inteiro, a r. sentença proferida pelo magistrado estadual de primeira instância (fls. 64/69). Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator

O Poder Judiciário tem tomado decisões que tem reflexos diretos nas políticas públicas. Como se pode observar na jurisprudência supra o Estado do Rio Grande do Sul foi condenado a fornecer medicamentos a pacientes portadores de patologias decorrentes de esquizofrenia e quadros maníacos-depressivos sob a alegação de que os interesses econômicos não podem prevalecer sobre o direito à saúde e à vida. Ao tomar decisões desta natureza o STF interfere diretamente na condução das políticas públicas levadas a efeito pelos governos, uma vez que tais decisões terão impactos econômicos nas finanças do Estado. Assim, ao obrigar os governantes a implementar políticas públicas previstas na Constituição, o Poder Judiciário nada mais faz do que cumprir sua função de dar efetividade às normas constitucionais. O que o STF fez foi simplesmente garantir que a Carta Política fosse cumprida, uma vez que a saúde é um direito fundamental social. Neste sentido o RE em Mandado de Segurança nº 11183/PR, no voto do Relator Ministro José Delgado:

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

Ora, nos parece totalmente inequívoco externar que o direito à saúde é um direito fundamental social, visto que, é possuidor de todas as características inerentes a estes direitos, haja vista o art. 5º, § 1º da CF/88, que insere a saúde no rol dos direitos fundamentais explicitamente. E caso surgisse alguma controvérsia a

respeito, podíamos nos socorrer a norma do art. 5º, § 2º da nossa Lei Maior de 1988, ao qual, desencadearia o direito à saúde, embora não-escrito, como um direito fundamental implícito. (LEAL, 2006, p. 1528).

O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República federativa do Brasil seja parte”.

A Constituição é uma Carta Política, e cabe ao Poder Judiciário fazer que ela seja efetivamente aplicada, quando o Poder Público se omite. Neste sentido, não é possível separar o jurídico do político. É o que se depreende do magistério de Luís Roberto Barroso (2010, p 115):

A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política, como assinalam os autores mais ilustres.

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais acaba por estabelecer uma relação direta entre as esferas jurídica e política, exigindo que o Poder Judiciário interfira nas políticas públicas objetivando a efetivação dos direitos sociais, d’outra sorte os governantes poderiam fazer o que quisessem e o povo ficaria de mãos atadas sem ter a quem recorrer. É assim que após discorrer sobre os vários valores teleológicos dispostos na Constituição Federal como construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação conclui LEAL (2006, p. 1529):

Na verdade, esses postulados estão dispersos ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos,

nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a esses indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isso é verdade, quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no país.

Isso me leva a crer na existência daquilo que vou chamar de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria. Considerando ainda crer, no particular, não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídico pátrio, resulta claro que a responsabilidade de que estamos falando aqui é, diferenciadamente, pró-ativa dos poderes instituídos, merecendo imediata implementação.

Em razão de estarem os direitos sociais fundamentais elencados na Constituição Federal, a partir do momento em que se constitui uma omissão ou mesmo uma insuficiência na implementação de políticas públicas, justifica-se, nas palavras de Garcia (2007, p. 104) a sua judicialização e efetivo controle pelo Poder Judiciário para a preservação de direitos, destacando-se como forma de postulação destes a Ação Civil Pública, lastreando-se tal postulação no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que prevê que a lei não excluirá de seu controle qualquer lesão ou mesmo ameaça a direito.

Dentre os princípios instrumentalizados pelo Poder Judiciário no controle de políticas públicas destacam-se os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade (BARROSO, 2010, p. 374-375)

O princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o

instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.

O Poder Público, por sua vez, procura rechaçar a possibilidade de controle de políticas públicas invocando a chamada “reserva do possível”, a qual para Freire Júnior (2005, p. 73), se encontra dividida em um aspecto fático, caracterizado por um limite das possibilidades materiais do Estado, e um aspecto jurídico, fundamentado na necessidade de previsão orçamentária prévia para a implementação de políticas públicas.

Neste sentido merece destaque o posicionamento de Gonçalves (2007, p. 65):

Logo, o que deveria ser uma exceção termina por se consolidar como regra, ou seja: o princípio constitucional da reserva do possível, que só deveria justificar a contenção de gastos públicos para além do básico, termina por servir de justificativa para políticas de assistência social pouco comprometidas com a redistribuição de riquezas, alicerçadas em programas minimalistas, residuais e afastados da s diversidades culturais e pessoais de cada família.

A existência ou não de recursos públicos gerou o desenvolvimento da teoria da “reserva do possível”, segundo a qual a realização e implementação dos direitos sociais estaria condicionada à dependência dos recursos econômicos existentes, configurando a carência desses recursos “verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais” (KRELL, 2002, p. 51).

Analisando a possibilidade e o poder de disposição do Estado quanto à alocação e aplicação de recursos, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 301) sustenta uma “dimensão tríplice” para a designada reserva do possível, no sentido de que a prestação reclamada pelo indivíduo frente ao Estado deve corresponder ao que razoavelmente pode ser exigido, mesmo que o Estado tenha disposição orçamentária. Para ele, essa dimensão deve abranger: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para e 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, e que, além disso, reclama equacionamento no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

O vínculo financeiro, subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado e à implementação gradual dos direitos sociais é uma realidade. Entretanto, a “reserva do possível” não pode ser considerada de forma absoluta, tendo em vista o que se convencionou chamar de “mínimo existencial”. Tal se depreende do voto proferido pelo eminente ministro Celso Bandeira de Mello na ADPF n. 45 MC / DF – Distrito Federal de 19/04/2004<sup>2</sup>:

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." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

(...) Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida,

<sup>2</sup>Cf.: < [www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm](http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm)>. Acesso em 24 ago. 2012.

a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(...) Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

[...] Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004.  
Ministro CELSO DE MELLO Relator..

Do voto do ministro se depreende que, se por um lado deve-se considerar a “reserva do possível”, de outro lado esta não deve ser invocada pelo Estado para se eximir do cumprimento das obrigações constitucionalmente impostas

Destarte, a reserva do possível constitui, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 302), uma “espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá

atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos” em que é invocada a indisponibilidade de recursos para salvaguardar outro direito fundamental. Por conseguinte, a teoria oriunda do direito constitucional alemão deve ser vista com adaptações à realidade de países em desenvolvimento como o Brasil, onde a implementação de políticas públicas notadamente sociais são ainda uma necessidade imperativa.

A efetivação de princípios, fundamentos e objetivos constitucionais como dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum só podem ser alcançados pela fixação do que se convencionou chamar de “mínimo existencial”. Tal afirmação implica que, além da proteção dos direitos individuais, é necessário assegurar ao indivíduo, por meio de prestações positivas do Estado, condições mínimas para a existência digna, sendo que a implementação de tais condições decorrem necessariamente de políticas públicas.

Luís Roberto Barroso estabelece relação direta entre o princípio da dignidade humana e o “mínimo existencial”:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (BARROSO, 2010, p. 337).

O relevante na discussão do “mínimo existencial” é que, sem tornar o direito inexecutável, permite que, ao ser exigida a sua implementação, se ultrapassem as questões que se refiram ao limites financeiros do Estado, pois o que se exige não é o impossível, mas somente o factível.

Da relação do princípio da reserva do possível e do princípio do mínimo existencial torna-se possível o estabelecimento de prioridades orçamentárias como condicionamento para a concretização dos direitos sociais.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, tendo em vista as transformações operadas em razão da globalização, sofreu significativamente uma relativização de sua soberania, tendo a própria concepção de territorialidade se transmutado em razão das empresas transnacionais e seu estabelecimento em vários territórios, com grande flexibilidade em seu fluxo de capital, exigindo e impondo políticas econômicas aos governos locais, além das grandes instituições financeiras internacionais (FMI, Banco Mundial etc), que impõe cada vez mais políticas econômicas recessivas aos governos que com elas contraem empréstimos, como se vê no momento em relação à Grécia, Portugal, dentre outros países europeus, além dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

O Estado que antes funcionava num sistema de separação de poderes simétrico, onde um fazia as leis, outro governava e o outro julgava, sendo bem definidas suas funções, segundo a orientação do paradigma liberal dominante deu lugar ao Estado Social, tendo em vista as grandes mudanças levadas a efeito pela Revolução Industrial, advento do proletariado, do aumento da pobreza e miséria, da exploração do trabalhador, do processo de globalização. Competia, doravante, ao Estado não apenas o cumprimento de obrigações negativas, mas o de obrigações positivas, ou seja, proporcionar à população saúde, segurança, educação etc.

Ocorre que este modelo de Estado também foi superado em parte em razão da globalização, uma vez que o Estado passou gradativamente por um processo de privatização e terceirização de suas funções, sofrendo processos de desregulamentação. Além do que, várias regulamentações ocorrem fora do âmbito do Estado, como no caso das regras do mercado, ou *Lex Mercatoria* (GRAU, 2011, p. 319). Neste novo cenário o Estado sofreu um grande esvaziamento de suas funções, entretanto, ainda é a única instituição capaz de fazer frente à força do mercado e estabelecer forças de regulação objetivando proteger os interesses públicos.

As políticas públicas assumem neste novo cenário papel de grande relevância, pois é através destas que o Estado realiza objetivos teleológicos dispostos na Constituição Federal, bem como dá efetividade aos direitos sociais.

Por sua vez, este Estado precisa ser controlado na execução destas políticas, sob pena de, no exercício de seu poder discricionário, tornar-se arbitrário e distanciar-se de seu fim. Assim, cumpre ao Poder Judiciário atuar no sentido de controlar a execução das políticas públicas, de forma que elas cumpram o seu objetivo que é a realização dos interesses sociais.

Por derradeiro cumpre salientar que o fenômeno da *judicialização das políticas públicas* no caso do Brasil, mormente no que se refere ao controle jurisdicional das políticas públicas, é necessário, tendo em vista os inúmeros problemas de corrupção na administração pública e escolhas de políticas públicas que não contemplam a realização dos direitos fundamentais sociais, que culminam por trazer flagrante prejuízo à população, inviabilizando a efetivação dos direitos fundamentais sociais, bem como no sentido de assegurar que o *mínimo existencial* seja garantido aos cidadãos brasileiros, cumprindo desta forma o disposto na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2.010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 10. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, 5. ed. Brasília: UnB e Imprensa Oficial do Estado, 2000. Vol. 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPINLONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, n. 34, junho/1997.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et all. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAMATTA, Roberto. **A Casa & a Rua. Espaço, Cidadania, Mulher e Morte no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

ENGELS, Friedrich e MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. 10. ed. São Paulo: HUCITEC, 1996.

ENGELS, Friedrich e MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. Coleção **Temas fundamentais de direito**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Dias. **Da Justiça Administrativa em Portugal**. Sua origem e evolução. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.

GARCIA, Rodrigo Sanches. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Políticas Públicas**. Disponível em: <[www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/COTSOOFBRLYF.pdf](http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/COTSOOFBRLYF.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2011.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Política Pública da Assistência Social na Constituição Federal de 1988: do não direito ao direito negado. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**, São Luís, nº 14, PGJ, 51-70, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2011.

HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). **Políticas públicas e Desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise**. Brasília: UnB, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. A Efetivação do Direito à Saúde por Uma Jurisdição-Serafim: Limites e Possibilidades. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas**. Desafios Contemporâneos,. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. Tomo 6.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

MANTOVANELI JÚNIOR, Oklinger. **Políticas Públicas no Século XXI**. A Perspectiva da Gestão Multicêntrica [à luz da experiência de Porto Alegre]. Blumenau: Edifurb, 2006.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**, Coimbra: Almedina, 2009. Vol. I.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. São Paulo: Nobel, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira. **A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos**. Lisboa: Lex, 2003.

SOUZA, José Guilherme de. **A Criação Judicial do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8.