



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O CONTROLE
JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

LEONARDO AUGUSTO GONÇALVES

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

JACAREZINHO (PR) – 2009



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O CONTROLE JURISDICCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

LEONARDO AUGUSTO GONÇALVES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

JACAREZINHO (PR) – 2009

Essa dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi

Membro: Professora Doutora Hildegard Taggesell Giotri

Membro: Professor Doutor Edinilson Donisete Machado

Coordenador do Programa de Pós-Graduação: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, 16 de outubro de 2009.

Em sinal de gratidão pelo amor do qual sempre tive certeza, dedico este trabalho ao meu pai, à minha mãe, ao meu único irmão e à minha esposa.

O Ministério Público que queremos e que estamos edificando, pois, com férrea determinação e invulgar coragem, não é um Ministério Público acomodado à sombra das estruturas dominantes, acovardado, dócil e complacente com os poderosos, e intransigente e implacável somente com os fracos e débeis. Não é um Ministério Público burocrático, distante, insensível, fechado e recolhido em gabinetes refrigerados. Mas é um Ministério Público vibrante, desbravador, destemido, valente, valoroso, sensível aos movimentos, anseios e necessidades da Nação brasileira. É um Ministério Público que caminha lado a lado com o cidadão pacato e honesto, misturado a nossa gente, auscultando os seus anseios, na busca incessante de Justiça Social. É um Ministério Público inflamado de uma ira santa, de uma rebeldia cívica, de uma cólera ética, contra todas as formas de opressão e de injustiça, contra a corrupção e a improbidade, contra os desmandos administrativos, contra a exclusão e a indigência. Um implacável protetor dos valores mais caros da sociedade brasileira.

Gilberto Giacóia

AGRADECIMENTOS

Ao Pai, ao Filho e ao Espírito Santo.

Ao Povo do Estado do Paraná e à Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, por terem permitido, no passado e novamente agora, meu acesso ao ensino público de qualidade.

Ao Professor Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi, pela confiança no projeto que lhe foi apresentado e pelas palavras de orientação e estímulo ao longo da caminhada que resultou neste trabalho.

Ao Professor Doutor Vladimir Brega Filho, pela amizade fraterna e por tudo o que me ensinou, sobretudo pelo exemplo.

Ao grande amigo Paulo Mazzante de Paula, pelo apoio desde o processo de seleção até o último instante do esforço que possibilitou a concretização deste sonho.

Ao Doutor Ricardo Dal Pizzol, querido amigo, Magistrado exemplar, pela disposição em analisar o projeto de pesquisa e pela indicação do primeiro marco teórico.

A todos os Professores Doutores do Programa de Mestrado, pelo saber transmitido e por terem modificado, positivamente, minha forma de enxergar o mundo.

Aos colegas de turma, com meu respeito e admiração pelos talentos que se revelaram.

A todos os funcionários da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, nas pessoas das Sras. Maria Natalina da Costa de Moraes e Valene de Rezende, pela atenção que sempre me dispensaram e pela importante colaboração ao longo dos trabalhos de pesquisa.

Aos autores citados nas referências bibliográficas, por permitirem, pela publicação de suas idéias, que meus horizontes fossem ampliados a respeito do tema proposto.

Aos meus familiares e amigos, em especial aos membros do “P.C.” (“Partido do Churrasco”), que, ao longo dos dois últimos anos, sentiram minha falta nas nossas reuniões, souberam compreender minha ausência e continuam gostando de mim.

SUMÁRIO

RESUMO.....	09
ABSTRACT.....	10
INTRODUÇÃO.....	11
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	
1.1. Origens dos direitos sociais: primeiras positavações.....	14
1.2. Conceito e características dos direitos sociais.....	20
1.3. Os direitos sociais nas Constituições brasileiras: de 1824 a 1969.....	25
1.4. Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988.....	38
1.5. Os direitos sociais no âmbito do Direito Internacional.....	47
1.6. Conseqüências do déficit na implementação dos direitos sociais: exclusão, violência e criminalidade.....	55
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: NORMAS (PRINCÍPIOS E REGRAS) CONSTITUCIONAIS	
2.1. Princípios constitucionais: conceito, distinção (das regras), classificação e eficácia jurídica.....	67
2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.....	81
2.3. Princípio da igualdade.....	86
2.4. Princípio da solidariedade.....	93
2.5. Princípio da vedação do retrocesso social.....	96
2.6. Princípio da eficiência na Administração Pública.....	101
2.7. Natureza e interpretação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais.....	107
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS	
3.1. Políticas públicas: conceito e relação com o modelo de Estado.....	125
3.2. Políticas públicas: a relevância do tema no âmbito jurídico.....	132

3.3. Elaboração das políticas públicas: planejamento e previsão orçamentária.....	137
3.4. Limites à implementação das políticas públicas: insuficiência de recursos financeiros e a teoria da reserva do possível.....	151
3.5. Escolha adequada: a questão da discricionariedade administrativa no âmbito das políticas públicas.....	159
3.6. O Ministério Público e as políticas públicas.....	165
4. CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	
4.1. O “jurídico” e o “político”: pontos de contato (ou de atrito?) entre os Poderes do Estado no campo da efetivação dos direitos fundamentais.....	175
4.1.1. O Poder Judiciário no Estado liberal.....	180
4.1.2. O Poder Judiciário no Estado social.....	182
4.1.3. O Poder Judiciário no Estado pós-social.....	185
4.2. O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais nos países de modernidade tardia.....	187
4.3. Controle jurisdicional das políticas públicas: mudança de paradigmas.....	190
4.4. Separação dos Poderes do Estado: novos contornos para a discricionariedade administrativa.....	205
4.5. Limitações orçamentárias: remodelando o enfoque da reserva do possível.....	215
4.6. A reserva da consistência.....	221
4.7. Instrumentos processuais passíveis de utilização no âmbito do controle jurisdicional das políticas públicas.....	223
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	232
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	236

RESUMO

O reconhecimento dos direitos sociais corresponde a uma das principais conquistas da humanidade, sendo o resultado de reivindicações da classe operária que se viu submetida, sobretudo ao longo do século XIX e início do século XX, a degradantes condições de vida e trabalho. Os direitos sociais caracterizam-se pelo fato de demandarem uma gradativa concretização, decorrência lógica da necessidade da aplicação de recursos públicos que, em determinados momentos históricos, podem ser mais abundantes ou escassos. As políticas públicas correspondem aos instrumentos destinados à concretização dos direitos sociais, sendo que, por meio delas, devem ser analisadas as prioridades de atuação do Estado, avaliando-se a disponibilidade orçamentária em busca de uma adequada estratégia de alocação dos recursos financeiros. Além das inafastáveis atuações dos Poderes Executivo e Legislativo, a temática das políticas públicas, dentro de uma concepção pluralista, deve abrir espaço para a participação da sociedade, representada pelos seus mais diversos segmentos, destacando-se a atuação dos Conselhos de Gestão como importantes organismos que devem atuar em conjunto com os Poderes do Estado no âmbito da elaboração, implementação e controle das políticas públicas. A participação do Ministério Público na esfera das políticas públicas passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento dos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade em geral definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes. Entretanto, o Ministério Público, assim como a sociedade, não devem se sujeitar a discussões intermináveis sobre determinada política pública a ser implementada e cumprida. Para que tais discussões estéreis não se verifiquem, é preciso que o administrador tenha sempre presente a possibilidade de que, caso não cumpra o dever constitucional a que está obrigado, o Poder Judiciário poderá ser acionado a fim de que sejam tutelados os direitos sociais de forma efetiva. Assim, o controle jurisdicional abre-se como alternativa na busca da efetiva implementação das políticas públicas pertinentes aos direitos sociais. A possibilidade de se buscar a tutela jurisdicional no âmbito das políticas públicas, em que pese os limites que devem ser respeitados e algumas dificuldades a serem superadas, tais como aquelas decorrentes do princípio da separação dos Poderes do Estado, da teoria da reserva do possível e da teoria da reserva da consistência, ganha, sobretudo por meio de instrumentos processuais correspondentes às ações coletivas, marcadamente, no caso brasileiro, da ação civil pública, profunda relevância. A nova hermenêutica constitucional, de cunho pós-positivista e que reconhece a extrema importância dos princípios, abre ao Poder Judiciário os horizontes do controle jurisdicional das políticas públicas, passando a exigir dos juízes uma nova forma de atuação, menos formalista e mais focada na concretização dos direitos fundamentais sociais, transformando as previsões constitucionais, em especial aquelas capazes de garantir o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, em realidade.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais; políticas públicas; controle jurisdicional.

ABSTRACT

The recognition of the social rights correspond to one of the main conquests of the humanity, being the result of demands of the working-class that had been submitted, especially throughout the XIX century and in the early XX century, to degrading life and work conditions. The social rights are characterized for demanding a gradual achievement, logical result of the necessity of the application of public resources that, in certain historical moments, can be more abundant or scarce. The public policies correspond to the instruments destined to the social rights achievement, being that, through them, there must be analyzed the priorities of performance of the State, evaluating the budgetary availability in search of an adequate strategy of allocation of the financial resources. As well as the indispensable performances of the Executive and Legislative Powers, the thematic of the public policies, in a pluralist conception, must open space for the society participation, represented in their most different segments, pointing out the Management Councils performance like important organisms that must act with the State Powers in the scope of creation, implementation and control of the public policies. The participation of the Public Prosecution Service in the public policies sphere passes, in first plan, through the knowledge of the reality of each one of the Cities, States and the Union in what concerns the social rights attendance, searching, with the Executive and Legislative Powers, the Management Councils and society in general, to define priorities in order to correct properly accidental failures in this attendance, indicating the best way to make the public budgets to contemplate enough resources. However, the Public Prosecution Service, as well as the society, must not subject to endless discussions about certain public policy that must be adopted or fulfilled. So that such barren discussions can not be checked, it is necessary that the administrator brings always with him the possibility that, in case of not fulfilling the constitutional duty that he is obliged to, the Judiciary Power can be set in motion in order to tutor the social rights in an effective way. So, the jurisdictional control is open like an alternative in search of the effective implementation of the public policies relevant to the social rights. The possibility of searching the jurisdictional guardianship in the scope of the public policies, where it points out the limits that must be respected and some difficulties that must be overcome, such as those subsequent of the principle of the separation of the State Powers, the reserve of the possible theory and the reserve of the consistency theory, receives, especially through procedural instruments related to collective actions, fixed, in the brazilian case, of the public civil action, great importance. The new constitutional hermeneutics, has a post-positivist purpose and recognizes the extreme importance of the principles, supplies to the Judiciary Power the horizons of the jurisdictional control of the public policies, beginning to demand of the judges a new way of performance, less formalist and more focused on the achievement of the fundamental social rights, changing the constitutional forecasts, especially those ones capable of assuring the respect to the principle of the dignity of the person human being, actually.

KEYWORDS: social rights; public policies; jurisdictional control.

INTRODUÇÃO

*Se cada dia cai
dentro de cada noite,
há um poço
onde a claridade está presa.
Há que sentar-se na beira
do poço da sombra
e pescar luz caída
com paciência.*

Pablo Neruda
Últimos Poemas

Perplexidade, indignação e esperança: estas são as palavras que explicitam os motivos determinantes desta pesquisa.

O abismo existente entre os mais ricos e os mais pobres gera a perplexidade, sendo esta a mola propulsora da indignação que, mesmo em um nível profundo, não se mostra capaz de fulminar, por completo, a esperança de que o Direito, enquanto instrumento de transformação social, resgate a dignidade daqueles que a perderam.

A temática pertinente à concretização dos direitos fundamentais, vista como tábua de salvação de referida esperança, é tratada neste trabalho pelo viés dos direitos sociais.

O primeiro capítulo, abordando a evolução histórica e o conceito dos direitos fundamentais sociais, percorre suas origens e primeiras positivações, apresentando o conceito e as características de tal gênero de direitos. Avançando, são analisadas as maneiras pelas quais os direitos sociais foram tratados nas Constituições brasileiras desde 1824 até 1988, com especial destaque para esta última. Também são analisados os instrumentos pertinentes aos direitos sociais no âmbito internacional. Como último tópico do capítulo de abertura, promoveu-se a abordagem da violência e da criminalidade como dois dos produtos do déficit concernente à implementação dos direitos sociais, ressaltando-se a forma com que o modelo neoliberal de Estado e o fenômeno da globalização modificaram a estratégia de intervenção do Poder Público na temática da segurança, substituindo um modelo marcadamente social por outro caracterizado pela repressão cada vez mais acentuada, sem que resultados positivos estejam sendo alcançados.

As normas constitucionais, isto é, as regras e princípios, pertinentes aos direitos fundamentais sociais são os objetos do segundo capítulo. Os princípios, depois de conceituados, são diferenciados das regras, sendo alvo de uma classificação, seguida da

análise de sua eficácia jurídica. Alguns princípios mais diretamente vinculados aos direitos fundamentais sociais recebem especial atenção. Neste sentido, promove-se a abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana e sua imediata relação com o conceito de mínimo existencial. Na seqüência, são analisados os princípios da igualdade, da solidariedade, da vedação do retrocesso social e da eficiência na Administração Pública. Arrematando o segundo capítulo, abre-se espaço para o estudo da natureza e interpretação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais.

O terceiro capítulo, destinado à abordagem das políticas públicas enquanto instrumentos de concretização dos direitos sociais, tem início com a apresentação do conceito de políticas públicas e a análise da relação destas com o modelo de Estado adotado por determinada sociedade. Na seqüência, procurou-se demonstrar a relevância jurídica do tema pertinente às políticas públicas, abordando-se, também, as etapas voltadas à sua implementação, desde as estratégias de planejamento até a previsão orçamentária. Os limites concernentes à concretização das políticas públicas foram alvo de atenção, sobretudo no que diz respeito à insuficiência de recursos financeiros, com ênfase na análise da teoria da reserva do possível. Também foi abordada a questão da discricionariedade administrativa no que tange às escolhas que envolvem as políticas públicas e, como item final do capítulo, ressaltou-se o papel do Ministério Público no que diz respeito à busca da concretização dos direitos fundamentais sociais por meio da implementação de tal gênero de políticas.

Já o quarto capítulo traz uma reflexão acerca das possibilidades e impossibilidades pertinentes ao controle jurisdicional das políticas públicas. A abertura do capítulo volta-se para a análise das áreas de tensão entre os sistemas jurídico e político, sobretudo no que diz respeito ao campo da efetivação dos direitos sociais, sendo avaliado o papel do Poder Judiciário no âmbito do Estado liberal, social e pós-social, como também no que tange à tutela dos direitos fundamentais de segunda dimensão nos países de modernidade tardia. Caminhando, a pesquisa aborda a necessidade de uma mudança de paradigma no que tange ao controle jurisdicional das políticas públicas, tendo como consequência imediata uma abordagem atualizada tanto do princípio da separação dos Poderes do Estado quanto da teoria da reserva do possível. Após o tratamento da teoria da reserva da consistência enquanto um dos fatores de limitação do controle jurisdicional das políticas públicas, o último tópico do capítulo volta-se para os instrumentos processuais passíveis de utilização no âmbito de tal modalidade de controle.

Por fim, nas considerações finais são apresentadas algumas observações a respeito dos pontos mais relevantes da pesquisa.

Ao longo do trabalho que desenvolvemos, inúmeras questões vieram à tona, sendo que a principal delas pode ser apresentada da seguinte forma: de que maneira se faz possível invocar o controle jurisdicional a fim de que a Administração Pública seja compelida à implementação de políticas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais sociais?

Esse questionamento central pode ser desdobrado em diversas outras indagações, entre as quais podem ser apontadas: qual a expressão jurídica das políticas públicas? Até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando a implementação de políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos Poderes que constituem o Estado Democrático de Direito? Como garantir direitos e serviços sociais sem exigir o impossível do Estado? O que significa, na realidade, a “reserva do possível”? Quais os motivos que indicam ser uma determinada política pública prioritária em relação a outra? O controle das políticas públicas e a garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais poderiam conduzir a um despotismo do Poder Judiciário? O que significa a “politização do Direito” ou “a judicialização da Política”? A “politização da Magistratura” é um bem? Um perigo inevitável? Um mal a ser combatido a todo custo?

Percorrendo essas questões buscou-se a construção de uma pesquisa, com foco no direito constitucional, na qual se procurou demonstrar as possibilidades e os limites do controle jurisdicional das políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos sociais.

O tema proposto é reconhecido pela doutrina como difícil e tormentoso, exigindo dos operadores do Direito uma nova postura no que diz respeito à forma pela qual as normas constitucionais devem ser interpretadas na busca da concretização dos direitos fundamentais, tomando como objetivo central a possibilidade de que a todos seja assegurada a plenitude de uma existência digna.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1. Origens dos direitos sociais: primeiras positivações

Heranças da tradição francesa, a liberdade, a igualdade e a fraternidade podem ser consideradas como os pilares de sustentação da doutrina dos direitos fundamentais. A cada um destes pilares corresponde uma dimensão de tal gênero de direitos.

Os de primeira dimensão são os direitos civis e políticos. Os de segunda dimensão caracterizam-se como direitos econômicos, sociais e culturais. Entre os de terceira dimensão compreendem-se aqueles voltados para a proteção de toda a humanidade e não exclusivamente de determinado indivíduo ou grupo, podendo ser citados como exemplos o direito ao desenvolvimento, o direito à paz e o direito ao meio ambiente equilibrado.

Mesmo reconhecendo a importância histórica de documentos como a Magna Carta (1215), a *Petition of Rights* (1628) e o *Bill of Rights* (1688), temos que a origem dos direitos fundamentais de primeira dimensão encontra-se nas declarações de direitos norte-americanas e na Declaração francesa de 1789 que significaram a emancipação do indivíduo, do ponto de vista histórico, dos grupos sociais aos quais sempre esteve vinculado: a família, o clã, o estamento e as organizações religiosas. (COMPARATO, 2007, p. 53)

A contrapartida dessa emancipação correspondeu à perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornando o indivíduo vulnerável às vicissitudes da vida. Diante de tal perda, o Estado liberal ofereceu ao indivíduo a proteção decorrente do respeito à legalidade, cujo símbolo maior está na concepção de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, essa isonomia rapidamente mostrou-se como uma “pomposa inutilidade” para a massa operária. (COMPARATO, 2007, p. 53)

O advento dos direitos de cunho liberal não se mostrou suficiente para que a dignidade humana fosse assegurada. A industrialização, marcada pelo signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuou a exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal, de característica absentéista, não tinha como resolver. (SARMENTO, 2006, p. 15)

A igualdade de todos, assegurada pelo império da lei, já não era suficiente posto que a equiparação de indivíduos com características profundamente diferentes (patrões e operários, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, etc.), que partia do pressuposto de que todos poderiam, pelos seus próprios meios, prover sua subsistência e

enfrentar as adversidades impostas pela vida, resultou em um avassalador empobrecimento das massas proletárias, isto já na primeira metade do século XIX.¹ (COMPARATO, 2007, p. 53-54)

O grande impacto causado pela industrialização, aliado aos graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes, bem como ao surgimento das doutrinas socialistas e à constatação de que a consagração formal da liberdade e da igualdade não gerava a garantia de que seriam efetivamente gozadas, resultaram, ainda no decorrer do século XIX, no surgimento de amplos movimentos reivindicatórios e no conseqüente reconhecimento de direitos que impunham ao Estado um comportamento ativo na busca da realização de justiça social. (SARLET, 2007, p. 56)

Compreendeu-se, então, a necessidade de se buscar outra espécie de direitos capaz de assegurar o essencial ao indivíduo, garantindo-lhe a possibilidade de uma vida digna. Surgiu, assim, o embrião ideológico que conduziu, sobretudo por intermédio dos movimentos socialistas, ao reconhecimento dos direitos econômicos e sociais.²

¹ Com a observação de Bruno Galindo: “Apesar de algumas atuações como Estado protetor das liberdades fundamentais, o Estado liberal, na busca da consagração dos direitos de primeira dimensão, foi um Estado essencialmente abstencionista e negativo, embora não possa ser considerado um Estado fraco, como alguns erroneamente consideram. Em verdade, como assevera Neumann, o Estado liberal sempre foi tão forte quanto o exigiam a situação política e social e os interesses da sociedade e/ou dos próprios detentores do poder, quando, por exemplo, participou de guerras e esmagou greves. Tal modelo estatal serviu para assegurar os direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos civis e políticos, sem, no entanto, buscar a realização dos direitos econômicos e sociais, pelo menos para a grande maioria. Garantiu-se a livre iniciativa e as liberdades políticas, mas só quem poderia ter iniciativa e exercer tais liberdades seria quem detivesse meios e recursos para tal, ou seja, apenas a classe burguesa, que se tornara a classe hegemônica em lugar da nobreza após o advento do constitucionalismo liberal, poderia exercer tais direitos, pois somente os burgueses detinham esses meios e recursos. A igualdade no Estado liberal era uma igualdade formal, todos os homens pertencentes às diversas classes sociais eram considerados iguais perante a lei. Essa igualdade não se verificou na prática, pois as pessoas tinham uma situação de desigualdade real, ou seja, eram desiguais entre si em diversos aspectos, principalmente o econômico, e, portanto, não poderiam ser tratadas de forma igualitária com a simples abstinência do Estado em relação a elas”. (GALINDO, 2006, p. 61)

² Aqui, a lição de Daniel Sarmiento: “Neste cenário, surgem, dos mais variados flancos, críticas ao liberalismo econômico, sob cuja égide se criara e se nutria o capitalismo selvagem. O marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, sob perspectivas diferentes, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal. Para o marxismo, os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Eram uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais. [...] O socialismo utópico, de pensadores como Charles Fourier, Robert Owen e Louis Blanc, também questionava o liberalismo, considerando-o incapaz de resolver a questão social, mas não propunha, como solução, que os proletários tomassem o poder pela força, parecendo acreditar na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de promoção de reformas sociais. [...] Já a doutrina social da Igreja, embora discordando radicalmente da idéia marxista de luta de classes, abria-se para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891. Nessa Encíclica, a Igreja criticava o individualismo exacerbado do liberalismo, e defendia a assunção pelo Estado de uma posição mais ativa na sociedade, em defesa dos mais pobres. Posteriormente, o Papa Pio XII dá continuidade a esta pregação na *Quadragesimo Anno*, de 1931, e o tema será revisitado em vários outros documentos pontifícios, como as Encíclicas *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII e *Populorum Progressio* (1967) e *Humanae Vitae* (1969), de Paulo VI”. (SARMENTO, 2006, p. 17)

As conquistas decorrentes do reconhecimento e positivação dos direitos econômicos e sociais caracterizam-se como a principal contribuição do pensamento socialista em favor da humanidade. Entre os socialistas acreditava-se na superioridade dos direitos dos proletários em relação aos direitos naturais, estes considerados como direitos eminentemente burgueses. (TORRES, 2003, p. 102)

O titular dos direitos sociais e econômicos não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre teve maravilhosa convivência, mas sim o conjunto dos grupos sociais oprimidos pela miséria e pela doença. Dentro deste contexto, os direitos fundamentais de segunda dimensão revelam-se como anticapitalistas e, por este motivo, só prosperaram a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a buscar uma forma de composição com os trabalhadores. (COMPARATO, 2007, p. 54-55) Corroborando tal assertiva:

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da “sociedade burguesa” são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em “A Questão Judaica”) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem “egoísta” e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do “homem total”, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. (CANOTILHO, 2003, p. 385)

Diante de tal quadro, o massacre a que estava sendo submetida a classe trabalhadora obrigou-a à organização e à luta pelo reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, sendo que estes tiveram como origem as reivindicações em torno de um direito de participação do bem-estar social, compreendido como os bens que os homens, por meio de um processo coletivo, acumulam ao longo do tempo. (LAFER, 2006, p. 127)

O ainda incipiente processo de industrialização no continente europeu, que demandava a reformulação das relações entre capital e trabalho, revelou a insuficiência do modelo adotado pelo Estado liberal no que diz respeito aos direitos fundamentais, impondo a adoção de um novo modelo de Estado que, já no século XX, passa a assumir a missão de superar os problemas gerados pelo capitalismo. O Estado social nasce ancorado na necessidade de uma reformulação do capitalismo, a partir do esgotamento do modelo liberal. Os direitos de liberdade, considerados como direitos naturais e correlatos à própria condição humana, revelaram-se incapazes de conter conflitos crescentes no âmbito social, sendo

necessário que o Estado passasse a positivizar direitos de índole “artificial”, os direitos econômicos e sociais. (APPIO, 2005, p. 55-56)

A Constituição francesa de 1848 reconheceu algumas exigências do operariado. Entretanto, a plena afirmação dessa nova dimensão dos direitos fundamentais só veio a ocorrer no século XX, por intermédio da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, nas quais os direitos econômicos e sociais foram inicialmente positivados.³ (COMPARATO, 2007, p. 54)

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, ao lado das liberdades individuais e dos direitos políticos (arts. 5º e 123). Tal precedente histórico mostra-se relevante se considerarmos que na Europa a consciência de que os direitos fundamentais também possuem uma dimensão social só se afirmou após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), sendo que nos Estados Unidos, ainda, hoje, a idéia de extensão dos direitos fundamentais ao campo socioeconômico é largamente contestada. (COMPARATO, 2007, p. 178)

A Constituição mexicana de 1917, reagindo ao sistema capitalista, foi a primeira a prever a desmercantilização da força de trabalho, reconhecendo a igualdade substancial entre as posições jurídicas dos trabalhadores e dos empresários no âmbito da relação contratual que os permeia. (COMPARATO, 2007, p. 181)

O texto constitucional mexicano de 1917 destacou-se não só pela primazia em estabelecer uma declaração ideológica dos direitos fundamentais de segunda dimensão, como também por buscar a instituição de uma sociedade baseada no direito ao trabalho, sendo forjado dentro de um acirrado embate entre a visão socializante do Estado e a liberal clássica, disputa esta que já prenunciava o cisma que se estabeleceria, em termos internacionais, apartando os direitos civis e políticos dos econômicos e sociais.⁴ (LIMA JÚNIOR, 2001, p. 23)

Entretanto, a relevância ora atribuída à Constituição Mexicana de 1917 não se caracteriza como posicionamento pacífico na doutrina. Neste sentido:

A Constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais.

³ Importante observar, entretanto, que a previsão constitucional dos direitos econômicos e sociais não significou uma imediata implementação do ponto de vista fático. Neste sentido, o posicionamento de Robert Alexy: “Poder-se-ia achar que com a codificação dos direitos do homem por uma Constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização esteja resolvido. Isso não é, todavia, o caso. Muitos problemas dos direitos do homem agora somente tornam-se visíveis em toda sua dimensão e novos acrescem por seu caráter obrigatório, agora existente”. (ALEXY, 1999-A, p. 62)

⁴ A respeito desta abordagem, remetemos o leitor ao tópico 1.5. desta pesquisa.

Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI). Trata-se, pois, de um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 46-47)

Continuando no campo das primeiras positivamente relativas aos direitos econômicos e sociais, mostra-se necessário destacar a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, redigida no âmbito da Revolução russa de 1917 e promulgada no dia 03 de janeiro de 1918. Tal documento introduziu três novidades que, em sua substância, não aderiram tanto ao constitucionalismo ocidental de então quanto àquele que se seguiu, marcado pelo que se convencionou denominar “economia de mercado”: a) declarou abolida a propriedade privada e a possibilidade de exploração do trabalho assalariado (Capítulo II), rompendo com as anteriores constituições e declarações de direitos que garantiam a propriedade privada como elemento central; b) estabeleceu um tratamento diferenciado para os titulares de direitos de acordo com a classe social, promovendo uma restrição às prerrogativas dos integrantes da burguesia; c) estabeleceu o trabalho como dever obrigatório para todos. Essas inovações foram ratificadas pela Constituição soviética de 10 de julho de 1918, que introduziu uma série de direitos sociais (arts. 14 *usque* 17). (DIMOULIS *et al*, 2006, p. 32-33)

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e a derrota do Império alemão, foi promulgada, em 11 de agosto de 1919, a Constituição da Primeira República alemã, conhecida como Constituição de Weimar.

Como resultado do processo de industrialização, formou-se na Alemanha uma numerosa classe operária que passou a se organizar em sindicatos e partidos políticos. Em decorrência dos graves problemas de ordem econômica e geopolítica que se originaram da imposição do Tratado de Versalhes, a Alemanha passou a viver, logo após o término da Primeira Guerra Mundial, um período de profunda instabilidade política e social. Dentro deste contexto, a burguesia procurou neutralizar os movimentos revolucionários, negativamente, por meio da repressão, e, positivamente, mediante um projeto de república democrática e social que foi denominada República de Weimar. (DIMOULIS *et al*, 2006, p. 33)

A Constituição de Weimar apresenta uma estrutura dualista, sendo que, em sua primeira parte, regulamenta a organização do Estado, ao passo que, na segunda parte, apresenta uma declaração de direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social. (COMPARATO, 2007, p. 193)

Seu extenso rol de direitos fundamentais era dividido em cinco títulos que tratavam do indivíduo, da ordem social, da religião e sociedades religiosas, da educação e formação escolar e da ordem econômica. Os dois primeiros títulos estabeleciam as garantias liberais clássicas, ao passo que os dois últimos introduziam a dimensão social e econômica dos direitos fundamentais, objetivando-se, desta forma, garantir a liberdade individual por meio de ações (prestações) estatais. (DIMOULIS *et al*, 2006, p. 34)

As disposições da Constituição de Weimar relativas à educação pública e aos direitos trabalhistas serviram de base à democracia social que se implantaria em muitos dos países europeus após a Segunda Guerra Mundial.

A seção pertinente às questões econômicas iniciava-se com uma disposição de cunho principiológico, estabelecendo como limite à liberdade de mercado a preservação de um nível de existência adequado à dignidade humana (art. 151). A função social da propriedade foi marcada por uma fórmula que se tornou célebre: “a propriedade obriga” (art. 153, segunda alínea). Assim como na Constituição mexicana de 1917, os direitos trabalhistas e previdenciários foram elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais (art. 157 e s.). (COMPARATO, 2007, p. 195)

Importante observar, dentro deste contexto, que a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. Confirmando este entendimento:

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século. (COMPARATO, 2007, p. 192-193)

Assim, temos que a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (1919) caracterizam-se como os marcos iniciais da positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que somente muitos anos depois seriam alvo de documentos adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).⁵

⁵ Referidos documentos são alvo de nossa atenção no tópico 1.5. desta pesquisa.

1.2. Conceito e características dos direitos sociais

Antes de buscarmos um conceito para os direitos sociais, mostra-se necessário que estes sejam diferenciados dos direitos econômicos.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os direitos econômicos têm uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. Os direitos econômicos voltam-se para a realização de determinada política econômica, ao passo que os direitos sociais disciplinam situações subjetivas, pessoais ou grupais, de caráter concreto. Pode-se admitir que os direitos econômicos caracterizam-se como pressupostos da própria existência dos direitos sociais tendo em vista que, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, dificilmente serão construídas as premissas necessárias para o surgimento de um sistema democrático capaz de tutelar as parcelas mais fragilizadas da população. (SILVA, 2008, p. 286)

Feita esta primeira distinção, observamos que a tentativa de conceituar algo não se mostra, na maioria das vezes, simples. Assim, na busca de um conceito para os direitos sociais,⁶ temos que a seguinte afirmação nos assegura o norte para que não percamos o rumo ao caminharmos pelos desdobramentos que a partir dela mostram-se necessários: “como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito”. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 49-50)

Pode-se dizer que os direitos sociais são, em sentido material:

[...] direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares; porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. (LEIVAS, 2006, p. 89)

A dimensão dos direitos fundamentais sob análise outorga ao indivíduo a possibilidade de exigir prestações sociais estatais (assistência social, saúde, educação, etc.), explicitando a necessidade de uma transição entre as liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. (SARLET, 2007, p. 57)

⁶ Adverte Walter Ceneviva: “A denominação ‘direitos sociais’ [...] envolve redundância, pois o Direito é essencialmente social. Contudo, tem sido aceita na literatura jurídica. Deve-se entendê-la como referindo o conjunto específico de direitos próprios de todo o povo, enquanto tal, isto é, da sociedade e de cada um de seus integrantes”. (CENEVIVA, 2003, p. 93)

A nota distintiva dos direitos sociais é sua dimensão positiva, uma vez que não mais estamos diante de situações nas quais o que se busca é evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual; pelo contrário, o que se pretende, com o reconhecimento dos direitos sociais, é a garantia de participação do indivíduo no bem-estar social. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade ‘do’ e ‘perante’ o Estado, e sim de liberdade ‘por intermédio’ do Estado”.⁷ (SARLET, 2007, p. 56-57)

O titular dos direitos sociais continua sendo, como nos direitos civis e políticos, o homem na sua individualidade. (LAFER, 2006, p. 127)

A exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais se reportam à pessoa individual, sendo que, por este motivo, não podem ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. (SARLET, 2007, p. 57)

De se observar, porém, que os direitos sociais diferem em natureza dos clássicos direitos subjetivos. Tal diferença decorre da circunstância de que os direitos sociais não são fruíveis ou exequíveis de forma individual.⁸ Isso não quer dizer que não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos judicialmente de forma semelhante a outros direitos subjetivos. Entretanto, via de regra, os direitos sociais, por terem como característica a generalidade e a publicidade, dependem, para sua eficácia, da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim é o caso, por exemplo, dos serviços públicos de educação, saúde e segurança. (LOPES, 2005, p. 129)

Nesse sentido, os sociais, embora tendo como titular o indivíduo, podem ser concebidos como direitos de índole coletiva, o que justifica, inclusive, a utilização da expressão “social”. Os direitos de segunda dimensão caracterizam-se por serem uma “densificação do princípio da justiça social”, sendo que correspondem, invariavelmente, a reivindicações das classes menos favorecidas, sobretudo a operária, a título de compensação em decorrência da extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, detentora de maior poderio econômico. (SARLET, 2007, p. 57)

⁷ Com a ressalva de Ingo Wolfgang Sarlet: “Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas ‘liberdades sociais’. [...] A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase da evolução dos direitos fundamentais”. (SARLET, 2007, p. 57)

⁸ Explicitando essa idéia, o comentário de José Eduardo Faria: “A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem.” (FARIA, 1994, p. 54)

Por sua vez, o sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado, sendo este o responsável pelo atendimento do objeto de tal modalidade de direitos, qual seja, a prestação de um serviço: o serviço escolar, quanto ao direito à educação; o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde; os serviços desportivos, para o lazer, etc. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 50)

Em sentido amplo, todo direito a uma ação positiva do Estado pode ser caracterizado como um direito prestacional. Os direitos sociais, portanto, encontram-se entre as espécies de direitos prestacionais em sentido amplo e podem ser considerados como direitos prestacionais em sentido estrito. Ao lado deles, outras duas espécies de direitos prestacionais podem ser elencadas: os direitos de proteção e os direitos à organização e ao procedimento. (ALEXY, 2007, p. 391-393)

Os direitos de proteção podem ser entendidos como aqueles que dão ao indivíduo o direito fundamental à proteção estatal frente à intervenção de terceiros. Eles podem ter como objeto coisas muito diferentes, sendo que estas se estendem desde a proteção, de tipo clássico, frente ao homicídio, até a proteção frente aos perigos do uso pacífico da energia atômica. Não só a vida e a saúde são bens passíveis de proteção, como também todos aqueles que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, são dignos de receberem tutela estatal, como, por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. (ALEXY, 2007, p. 398)

Já os direitos à organização e ao procedimento vêm sendo compreendidos a partir da fórmula que lhes atribui o objetivo de realizar e assegurar os direitos fundamentais por meio, justamente, de uma organização e de um procedimento voltados para referida finalidade. Tal fórmula, porém, não faz a distinção entre o direito à organização e o direito ao procedimento. (ALEXY, 2007, p. 418-419)

Mostra-se fácil reconhecer a razão pela qual referida fórmula vem sendo utilizada de maneira pouco técnica. O espectro do que é designado por ela é muito amplo e se estende desde o direito a uma tutela jurídica efetiva, que poderia ser chamado de “direito aos procedimentos”, até aquele direito a “medidas estatais de tipo organizativo”, que se refere aos critérios de composição dos órgãos colegiados. (ALEXY, 2007, p. 419)

A reunião de coisas tão diferentes sob um mesmo conceito somente se justifica em razão da existência de uma afinidade entre elas. Esta afinidade é, justamente, a idéia de procedimento. (ALEXY, 2007, p. 419)

Os procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios voltados para a obtenção de um resultado. Se este resultado é obtido por meio do respeito a tais regras e/ou

princípios, então, do ponto de vista procedimental, isto representa algo positivo; se não se obtém desta maneira, então, do ponto de vista procedimental, tem lugar algo defeituoso ou negativo. Este conceito amplo compreende tudo o que pode ser enfeixado na seguinte fórmula: “realização e garantia dos direitos fundamentais por meio da organização e do procedimento”. (ALEXY, 2007, p. 419)

Dentro da idéia que anima o presente trabalho, voltamos nossa atenção para os referidos direitos prestacionais em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais.

Os fundamentais sociais são direitos a ações positivas, sendo que estas representam uma “mudança causal de situações ou processos na realidade, enquanto a omissão significa uma não-mudança de situações ou processos na realidade, embora fosse possível a mudança”. (LEIVAS, 2006, p. 87)

Para que possam ser materialmente eficazes, os direitos sociais demandam a intervenção ativa e continuada dos Poderes Públicos, sendo que, ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige do Estado que jamais permita sua violação, os direitos sociais requerem uma enorme diversidade de políticas públicas que devem ter por objetivo a sua concretização. (FARIA, 1994, p. 54)

Sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, constatou-se que para o adequado exercício dos direitos civis e políticos mostrava-se necessário que aos indivíduos fossem asseguradas condições mínimas de vida e bem-estar. Chegou-se à conclusão de que os direitos fundamentais de primeira e segunda gerações formam um conjunto uno e indissociável, constatando-se que a liberdade individual afigura-se como mera ilusão caso não seja acompanhada de um mínimo de igualdade social, sendo que esta, caso seja estabelecida com sacrifício dos direitos civis e políticos, acaba acarretando privilégios econômicos e sociais. (COMPARATO, 2007, p. 337)

A doutrina reconhece a característica da complementaridade entre os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, sendo que estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por tal motivo, os direitos sociais, enquanto direitos de crédito, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais, procurando “garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho”. (LAFFER, 2006, p. 127-128)

Os direitos sociais caracterizam-se, portanto, como direitos marcados pela busca da igualdade entre os indivíduos.

Nesse sentido, ao mesmo passo em que o princípio da igualdade é aquele que alavanca o entendimento de que os direitos sociais mostram-se necessários a fim de que a liberdade do indivíduo, reconhecida no ordenamento jurídico no âmbito formal, possa se concretizar do ponto de vista fático, o princípio da solidariedade revela-se como aquele capaz de harmonizar as várias dimensões dos direitos fundamentais, fazendo com que possam ser reconhecidos e garantidos concomitantemente.⁹

O princípio da igualdade, ou da equidade numa acepção que se pretende mais moderna e acertada, mesmo sendo reconhecido formalmente nos textos constitucionais que corporificam os contratos sociais dos países que integram o dito “mundo moderno civilizado”, não traz aos indivíduos, na prática, a garantia de que a igualdade entre todos será efetivamente assegurada.

Como se sabe, os seres humanos são profundamente diversos. Além das diferenças relativas às nossas características externas (nas riquezas que herdamos ou no ambiente social e natural em que vivemos), somos diferentes também no que diz respeito a nossas características pessoais (idade, sexo, propensão à doença, aptidões físicas e mentais). Desta forma, a avaliação das demandas de igualdade tem que se ajustar à existência de uma diversidade humana generalizada, sendo que a poderosa retórica da igualdade entre os homens tende a desviar a atenção dessas diferenças. Ainda que tal retórica seja considerada como parte essencial do igualitarismo, o efeito decorrente da desconsideração das variações interpessoais pode ser, na realidade, profundamente não igualitário, escondendo o fato de que a igual consideração de todos pode demandar um tratamento bastante desigual em favor dos que estão em desvantagem. Neste sentido, temos que as exigências voltadas para a consecução de uma igualdade substantiva mostram-se especialmente rigorosas e complexas quando existe uma boa dose anterior de desigualdade a ser enfrentada. (SEN, 2001, p. 29-30)

A questão central da teoria política, em um Estado que se supõe governado pela concepção liberal de igualdade, é aquela que busca descobrir quais desigualdades em termos de bens, oportunidades e liberdades são permitidas e por quais motivos. (DWORKIN, 2002, p. 420)

Fica evidente, desta forma, que a concretização da igualdade entre os integrantes de um grupo social exige que os diversos indivíduos sejam tratados de forma desigual na medida em que possuem diferentes necessidades. Entretanto, a tentativa de

⁹ Na expressão de Fábio Konder Comparato, o arremate desse entendimento: “É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos”. (COMPARATO, 2007, p. 337)

convencimento de que esta abordagem do princípio da igualdade é a mais adequada não se revela tarefa simples.

O que se percebe, na realidade, é que “o homem sonha com um mundo unificado, com sociedades pacíficas onde reinem a concórdia e a felicidade. Entretanto, sua natureza parece se opor a isso, seu individualismo cego põe em risco não apenas a convivência humana, mas a própria vida no planeta Terra”. (ROSSO, 2007, *on line*)

Somente o reconhecimento e o efetivo respeito ao princípio da solidariedade será capaz de assegurar que a igualdade entre os indivíduos afigure-se como objetivo capaz de ser concretizado, valendo destacar que, “perdida a noção de responsabilidade com o próximo, o próprio Direito torna-se ineficaz, parecendo inútil o trabalho de aperfeiçoamento do sistema jurídico quando se é olvidada sua base valorativa”. (ROSSO, 2008, *on line*)

A idéia central que levou à incorporação dos sociais ao rol dos direitos fundamentais tem seu alicerce na necessidade de que a todos sejam garantidas condições mínimas de bem-estar, assegurando-se a igualdade de oportunidades, o que está intrinsecamente ligado ao princípio da solidariedade. (PORT, 2005, p. 09)

Assegurar a igualdade de oportunidades a todos: eis o objetivo a ser perseguido pelo Estado que pretenda cumprir de forma adequada o que dele se espera.

1.3. Os direitos sociais nas Constituições brasileiras: de 1824 a 1969

Voltando nossos olhos para o Brasil, entendemos necessária a apresentação de um panorama a respeito das formas pelas quais os direitos sociais vêm sendo disciplinados em nossas constituições, desde o Império até os presentes dias.

Em sentido oposto à concepção baseada no direito natural, temos que os direitos fundamentais são aqueles que dizem respeito a um dado contexto histórico, nascendo de um processo histórico-dialético desenvolvido no âmbito das sociedades. (PORT, 2005, p. 11)

Como direitos históricos, os fundamentais nascem em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, sendo que tal nascimento acontece de modo gradativo, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 25)

A análise da evolução constitucional no Brasil demanda a distinção de três fases históricas que se mostram perfeitamente identificáveis quando tomamos em conta os valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influência na caracterização formal das

instituições: a primeira, atrelada aos modelos constitucionais inglês e francês do século XIX; a segunda, significando uma ruptura, vinculada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe a presença de traços fundamentais do constitucionalismo alemão deste século. (BONAVIDES, 2006, p. 361)

Nesse contexto, mostra-se relevante a análise, mesmo que breve, da maneira pela qual os direitos sociais avançaram ao longo da história do Brasil, com atenção especial para as formas por meio das quais as Constituições brasileiras trataram, ou deixaram de tratar, tal dimensão dos direitos fundamentais.

A análise do caminho percorrido pelo constitucionalismo brasileiro revela a dificuldade de concretização das políticas públicas vinculadas aos direitos sociais tendo em vista que, desde o início, o País sempre contou com uma sociedade muito heterogênea, marcada pela importação de valores, motivo pelo qual, pela leitura das Cartas Políticas de 1824 e 1891, dificilmente se reconhece nelas o Brasil. (GONÇALVES, 2006, p. 84)

Aprofundando este entendimento:

A heterogeneidade social brasileira foi, durante longos anos, escamoteada, o que, por via reflexa, repercutiu no interior das políticas públicas e do próprio constitucionalismo pátrio da seguinte forma: a diversidade foi relegada e seu lugar ocupado por fórmulas jurídicas que nada ou pouco diziam aos brasileiros em sua maioria. Por esse motivo, a legislação já nascia com a pecha do elitismo, circunscrita apenas aos debates acadêmicos dos bacharéis e, bem por isso, distante dos diversos segmentos da sociedade. Com efeito, as Constituições que antecederam a Carta de 1988 não despertaram o sentido de pertencimento e luta para um grande contingente de brasileiros. (GONÇALVES, 2006, p. 84)

Sendo assim, temos que a Constituição do Império (1824) mostra-se inserida em um contexto histórico marcado pelas declarações de direitos do século XVIII, inspirando-se de forma significativa na Constituição francesa e no constitucionalismo inglês, motivo pelo qual deve ser compreendida à luz da doutrina liberal. (BONTEMPO, 2006, p. 29)

Com o retorno da família real para a Europa e a regência de Dom Pedro I, precipitou-se um movimento que tinha por objetivo dotar o Brasil de uma Constituição, sendo que a convocação da Assembléia para tanto ocorreu antes mesmo da Proclamação da Independência. Já em maio de 1823 a Assembléia Constituinte estava em funcionamento; entretanto, não conseguiu levar seus trabalhos a bom termo tendo em vista desavenças com o Imperador que acabou por dissolvê-la. Por tal motivo, criou-se um Conselho de Estado, a quem foi conferida a missão de elaborar um novo projeto de Constituição que seria submetido às Câmaras, sendo estas, na época, os órgãos mais representativos da vontade popular. Por

solicitação das Câmaras, Dom Pedro I veio a outorgar o Texto antes mesmo que estivesse referendado por aqueles mesmos órgãos. (BASTOS, 1995, p. 49-50).

A respeito da Constituição de 1824, pode-se dizer que, independentemente de qualquer análise crítica, caracteriza-se como um grande Código político, dos maiores produzidos pela ciência e experiência políticas do século XIX. (FRANCO, 1960, p. 88)

Ao tratar dos direitos e garantias individuais, a Constituição de 1824 atingiu os mais altos níveis da cultura jurídica de seu tempo. Dentro de um contexto histórico marcado pela consolidação do Estado liberal, verificou-se o apogeu do individualismo no Direito. As garantias asseguradas, ou seja, os direitos oponíveis pelo homem ao Estado, visavam principalmente à proteção e à segurança do indivíduo. (FRANCO, 1960, p. 99-100)

A Constituição do Império foi a primeira, no mundo, a positivizar os direitos do homem, assegurando-lhes concreção jurídica, sendo anterior à Constituição belga de 1831, à qual se tem dado tal primazia. (SILVA, 2008, p. 174)

A maior parte dos direitos consagrados no texto da Constituição de 1824, valendo destacar as previsões do art. 179 e seus trinta e cinco incisos, buscava assegurar a liberdade, a propriedade e a segurança, controlando a intervenção estatal e determinando que o Estado deveria respeitar os direitos fundamentais e se pautar nos termos da legalidade. (BONTEMPO, 2006, p. 29)

Apesar de seu cunho marcadamente liberal, a Constituição do Império previa, em seu art. 179, direitos sociais entre os quais podem ser citados a garantia aos socorros públicos (XXXI), o acesso à instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII), bem como o acesso aos colégios e universidades onde seriam ensinados os elementos das ciências, letras e artes (XXXIII). (BONTEMPO, 2006, p. 31-32)

Entretanto, mesmo trazendo progressos, “a Constituição imperial não pode ser considerada um exemplo de reconhecimento dos direitos fundamentais, pois, ao mesmo tempo que os instituiu, criou o Poder Moderador dando grandes poderes ao monarca e em consequência estabeleceu o absolutismo”. (BREGA FILHO, 2002, p. 32)

Como consequência disso, constatou-se que os direitos reconhecidos e garantidos pela Constituição de 1824 só serviam à elite aristocrática que dominava o regime. (BONTEMPO, 2006, p. 33). Ratificando tal posicionamento:

O período constitucional do Império é portanto aquela quadra de nossa história em que o poder mais se apartou talvez da Constituição formal, e em que essa logrou o mais baixo grau de eficácia e presença na consciência de quantos, dirigindo a vida pública, guiavam o País para a solução das questões nacionais da época. Haja vista a esse respeito que nunca ecoou na palavra dos grandes tribunos da causa abolicionista a invocação da Constituição

como instrumento eficaz para solver o dissídio fundamental entre a ordem de liberdade garantida por um texto constitucional e a maldição do regime servil, que maculava todas as instituições do País e feria de morte a legitimidade do pacto social; pacto aliás inexistente, diga-se de passagem. (BONAVIDES *et al*, 2003, p. 15)

Resultado da insatisfação de parcela do Exército aliada ao descontentamento do setor cafeeiro, ávido pela descentralização do poder que poderia advir com a instalação do novo governo, a Proclamação da República e a conseqüente Constituição de 1891 não importaram em uma mudança significativa no panorama constitucional anterior, sobretudo em virtude do déficit de legitimidade do qual padeciam. Na realidade, muito embora alguns segmentos da classe média urbana apoiassem a república, sua proclamação não contou com a participação dos movimentos populares, sendo certo que o povo recebeu com surpresa a proclamação do novo Governo. (GONÇALVES, 2006, p. 90)

A respeito da concepção de Estado inaugurada em 1891, pode-se afirmar que os princípios estruturantes do novo modelo o faziam diametralmente oposto ao vigente durante o Império pois, com o advento do sistema republicano, adotou-se o regime presidencial de governo, consolidou-se a forma federativa de Estado e garantiu-se o funcionamento de uma Suprema Corte apta a decretar a inconstitucionalidade das leis. Assim, as técnicas de exercício do poder preconizadas pelo ideal de democracia republicana vigente nos Estados Unidos foram de lá importadas com o objetivo de se estabelecer uma modalidade de Estado liberal inspirada em valores de estabilidade jurídica atrelados ao conceito individualista de liberdade, representando, desta forma, a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico. (BONAVIDES, 2006, p. 365).

No que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1891, seguindo a trilha da Constituição do Império, procurou tutelar o direito à liberdade, à propriedade e à segurança.

Quanto aos direitos sociais, a primeira das constituições da era republicana no Brasil representou um autêntico retrocesso uma vez que foram suprimidas as normas relativas aos socorros públicos e à instrução pública que constituíam verdadeiras inovações da Constituição imperial. (BONTEMPO, 2006, p. 36) A este respeito:

O constitucionalismo do Império, tanto o da Constituinte, estampado no Projeto de Antônio Carlos,¹⁰ como o da Carta de 1824, teve uma sensibilidade precursora para o social, sem embargo de todo o teor individualista que caracterizava os dois documentos. Tão acentuada, aliás, que deixaria bastante envergonhados os constituintes republicanos de 1891, se conduzidos a um confronto. (BONAVIDES *et al*, 2003, p. 110)

¹⁰ Projeto elaborado pela Comissão da Assembléia Constituinte, subscrito em primeiro lugar pelo seu Relator, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva, conhecido historicamente como “Projeto Antônio Carlos”.

Assim, a de 1891 não pode ser considerada como uma Constituição em sintonia com o seu tempo uma vez que, na época, já surgia uma classe operária que foi esquecida pelos republicanos. (BREGA FILHO, 2002, p. 33)

A ordem política da República Velha caracterizou-se por uma base extremamente autoritária, sendo tal constatação evidenciada pela tristemente célebre declaração do ex- Presidente Washington Luís, segundo a qual “a questão social é um caso de polícia”. Os privilégios da oligarquia rural confundiam-se e identificavam-se com os interesses do País, sendo que qualquer atitude que contrariasse ou questionasse tais interesses era considerada como crime político. Desta forma, a Constituição de 1891 não significou, do ponto de vista prático, a garantia de liberdade individual nem simbolizou a conquista de direitos sociais. (GONÇALVES, 2006, p. 91-92)

A década de 1930 trouxe consigo, já nos seus primeiros anos, o início de uma convulsão ideológica, acarretando o surgimento de uma nova ordem constitucional no Brasil, marcada por uma época de crises, golpes de Estado, insurreições, impedimentos, renúncias e suicídio de Presidentes, assim como pela queda de governos, repúblicas e constituições. (BONAVIDES, 2006, p. 366)

Resultado dos movimentos sociais da época e sob a influência das constituições européias, a Constituição de 1934 inaugurou o que se pode denominar “Estado social brasileiro” pois, além dos tradicionais direitos individuais, reconheceu uma série de direitos sociais e relativizou o conceito de propriedade.¹¹ (BREGA FILHO, 2002, p. 34)

A Constituição de 1934 proporcionou a inserção de uma nova corrente de princípios no direito constitucional positivo vigente no País, consagrando um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais, qual seja, aquele que ressalta o aspecto social, este relegado a um segundo plano nas Constituições precedentes. (BONAVIDES, 2006, p. 366)

A nova Carta Política possuía tendência socializante. Inspirada na Constituição de Weimar, deu tratamento especial à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura; desvinculou a propriedade do solo para exploração econômica; instituiu o salário mínimo e a Justiça do Trabalho; além disso, destinou todo um capítulo à declaração dos direitos do indivíduo. (COELHO, 2006, p. 61)

¹¹ Evidenciando essa constatação, Paulo Bonavides e Paes de Andrade asseveram que: “A Constituição de 16 de julho de 1934 funda juridicamente no País uma forma de Estado social que a Alemanha estabelecera com Bismarck há mais de um século, aperfeiçoara com Preuss (Weimar) e finalmente iria proclamar com solenidade textual em dois artigos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, cunhando a célebre fórmula do chamado Estado Social de Direito, matéria de tanta controvérsia nas regiões da doutrina, da jurisprudência e da aplicação hermenêutica”. (BONAVIDES *et al*, 2003, p. 331)

Em seu art. 113, a Constituição de 1934 previa o direito à subsistência, garantindo a todos o direito de prover seu sustento mediante trabalho honesto, assegurando o amparo do Poder Público àqueles que estivessem em estado de indigência.¹² Já o art. 138 atribuía à União, aos Estados e aos Municípios a obrigação de amparar os desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, sendo que aos entes da Federação também incumbia os deveres de estimular a educação eugênica; de amparar a maternidade e a infância; de socorrer as famílias de prole numerosa; de proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; de adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impedissem a propagação das doenças transmissíveis, cuidassem da higiene mental e incentivassem a luta contra os venenos sociais.

O art. 140 atribuiu à União o dever de organizar o serviço nacional de combate às grandes endemias do País.¹³ Por sua vez, o art. 141 estabeleceu a obrigatoriedade do amparo à maternidade e à infância em todo o território nacional, apontando que seu custeio decorreria do investimento de um por cento das rendas tributárias da União, dos Estados e dos Municípios.

A Constituição de 1934 dedicou o seu Título V à família, à educação e à cultura, estabelecendo que a educação caracteriza-se como direito de todos e deveria ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos (art. 149). Estabeleceu, também, o dever da União, dos Estados e dos Municípios de favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes e da cultura em geral (art. 148). Já o art. 156 registrou que a União e os Municípios deveriam aplicar nunca menos de dez por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos; os Estados e o Distrito Federal, por sua vez, deveriam aplicar nunca menos de vinte por cento. Com relação ao ensino nas zonas rurais, previu, no parágrafo único do art. 156, que a União reservaria, no mínimo, vinte por cento das quotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual. Estabeleceu, outrossim, que a União, os Estados e o Distrito Federal reservariam uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação (art. 157), determinando que parte desses fundos seria aplicada em auxílios a alunos necessitados,

¹² Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 34 – A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.

¹³ Art. 140. A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais.

mediante o fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica (§ 2º). Inovou, ainda, no art. 139, ao estabelecer que toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares e onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, perfazendo essas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, seria obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito, estimulando a “responsabilidade social das empresas”, tão debatida atualmente. (BONTEMPO, 2006, p. 41-42)

No que tange aos direitos trabalhistas, o art. 121, tratando das chamadas “condições de trabalho”, estabeleceu, entre outros, os direitos: ao salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; à jornada de trabalho não excedente a oito horas; à indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; à proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil. (BONTEMPO, 2006, p. 40-41)

Entretanto, em que pese ter sido a primeira a trazer um título destinado à ordem econômica e social, a Constituição de 1934 não se caracterizou como o resultado de grandes embates e lutas populares. Na verdade, restou marcada por um novo rearranjo político, já que a disputa entre as classes dominantes havia se alterado, isto é, o antigo e incontestável poder da oligarquia cafeeira passou a ser progressivamente enfraquecido pela burguesia industrial. Desta forma, em sua curta existência, a Carta Política de 1934 não foi capaz de preservar as garantias constitucionais que normatizava, sendo que não significou verdadeiramente um documento apto a preservar a liberdade e garantir a democracia política. Dentro deste contexto, os direitos sociais ganharam a feição de mera diretriz ética a ser seguida quando e como o Poder Executivo julgasse adequado.¹⁴ (GONÇALVES, 2006, p. 92-93)

Invocando a necessidade de afastar o perigo de um regime comunista mas pretendendo, na realidade, enfrentar a oligarquia que desejava retornar ao poder pela via democrática, Getúlio Vargas, diante da impossibilidade de se reeleger à presidência, fez sucumbir melancolicamente a Constituição de 1934, outorgando a Carta de 1937. (GONÇALVES, 2006, p. 93)

¹⁴ O mesmo entendimento é apresentado por Afonso Arinos de Melo Franco: “No Brasil, a grande transformação jurídica expressa pela Constituição de 1934 [...] não chegou, de forma nenhuma, a penetrar as estruturas do Estado e da sociedade. O trabalho de aplicação, digamos melhor, de vitalização do novo texto constitucional era, em primeiro lugar, demorado, e, em segundo, dependia de muita pertinácia e boa-fé por parte dos dirigentes. Ora, o presidente eleito da Assembléia Constituinte era o mesmo antigo ditador, cujos compromissos com a nova Constituição eram nenhuns, visto que ela se elaborara praticamente à sua revelia, contrariando as idéias que no momento mais o atraíam, e as ambições de perpetuidade em um poder sem freios legais, que sempre lhe foram caras”. (FRANCO, 1960, p. 205)

Inspirada na Constituição polonesa de 1935 e, por tal motivo, apelidada de “Polaca”, a Constituição outorgada de 1937, instituindo o chamado “Estado Novo”, sucedeu à Constituição de 1934 tendo como objetivo fundamental institucionalizar um regime autoritário. Em busca da concretização de tal objetivo, fortaleceu de forma desmedida o Poder Executivo de maneira que, apesar de formalmente existirem três Poderes no País, o Legislativo e o Judiciário tiveram suas funções esvaziadas. (BONTEMPO, 2006, p. 43)

A Constituição de 1937 outorgou alguns direitos sociais. Entretanto, desarticulou a possibilidade de tais direitos serem construídos de forma coletiva, supervalorizando a atuação do Poder Executivo e desconstituindo os espaços de luta que, enfim, poderiam caracterizar verdadeiramente a conquista dos direitos fundamentais de segunda dimensão. (GONÇALVES, 2006, p. 94)

A “Polaca” representou, no campo dos direitos econômicos e sociais, um autêntico retrocesso na medida em que deixou de prever a sujeição da ordem econômica aos princípios da justiça e às necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos uma existência digna. A Constituição de 1937, em sentido oposto à Constituição de 1934, deixou de estabelecer: a) a função social da propriedade; b) a fixação de percentual de investimento na educação; c) a adoção de medidas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis, além das providências de higiene capazes de impedir a propagação das doenças transmissíveis; d) a obrigatoriedade das empresas industriais ou agrícolas, fora dos campos escolares e onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, de proporcionar ensino primário gratuito. (BONTEMPO, 2006, p. 44)

Vale observar, porém, que a Constituição de 1937, em seu art. 127, estabelecia que a infância e a juventude deveriam ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomaria todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importaria falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, criando ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assistiria o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

O art. 128 previa que a arte, a ciência e o ensino eram livres à iniciativa individual e de associações ou pessoas coletivas (públicas e particulares), sendo dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino.

Já o art. 129 determinava que era dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, à infância e à juventude sem os recursos necessários à educação em instituições particulares, a possibilidade de receberem uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais, por intermédio de instituições públicas a serem fundadas. O mesmo art. 129 ainda previa que o ensino pré-vocacional destinado às classes menos favorecidas era, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado, sendo que às indústrias e aos sindicatos cabiam a criação, nas esferas de suas especialidades, de escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados.

Por fim, o art. 130 rezava que o ensino primário era obrigatório e gratuito, salientando que a gratuidade, porém, não excluía o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados. Desta forma, por ocasião da matrícula, seria exigida aos que não alegassem, ou notoriamente não pudessem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.

Deve ser destacada, neste ponto, a circunstância de que a Constituição de 1937 nunca chegou a ser propriamente aplicada. Muitos de seus dispositivos permaneceram praticamente sem utilidade uma vez que dependiam, para que entrassem em vigor, da realização de um plebiscito que jamais aconteceu (art. 187).¹⁵ A bem da verdade, houve ditadura pura e simples, sem programa, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos de Getúlio Vargas. (BONTEMPO, 2006, p. 45)

Portanto, dentro do mecanismo batizado de “Estado Novo”, a Constituição de 1937 não passou de um:

[...] engodo, destinado, pura e simplesmente, a disfarçar regime ditatorial em toda a amplitude do conceito. Destituída de sinceridade, aquela Carta teve existência apenas no papel. Eis porque o seu organismo político nunca se armou. Tudo quanto nela se planejou foi mera fantasia. Não passou de cometimento demasiadamente longo para que se pudesse haver como simples tentativa; mas caracterizou-se qual documento inapto, tardiamente desfeito, posto que inicialmente malgrado, para que se pudesse haver como Constituição que assim indevidamente se qualificou.

[...]

Não chegou a Carta de 1937, em verdade, a adquirir foros constitucionais. Não os alcançou por faltar-lhe o alento que somente lhe poderia ter vindo de ter sido elaborada pelo povo brasileiro. Não resultou da observância e aprimoramento dos princípios constitucionais pelos quais ele sempre se orientou e se regeu. Não surgiu dele, exprimindo-lhe as aspirações e sentimentos nítida e tradicionalmente democráticos.

Pelo contrário, ela se desfechou sobre ou contra ele.

Não ganhou corpo porque, já se disse, e em reiterar nada se perde, ele não chegou a homologá-la com o seu voto, expresso em plebiscito procrastinado e nunca realizado: ela lhe foi imposta pelas forças armadas, ou com o seu assentimento silencioso de cúmplices.

¹⁵ Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.

Para melhor completar a impostura, em seu penúltimo artigo se declarou todo o País em estado de emergência, durante o qual juízes e tribunais não poderiam conhecer dos atos durante e em virtude dele praticados.

Instituiu-se, dessarte, governo pessoal sem contraste de qualquer câmara ou conselho, pois a própria Carta Constitucional destinada a conter-lhe os ímpetus não teve o impulso e a força para reduzi-lo à continência. (FERREIRA, 2003, p. 108-110)

Aos 18 de setembro de 1946, foi aprovado o projeto final de uma nova Constituição que, apesar de algumas críticas, restabeleceu a democracia, garantindo as liberdades políticas no Brasil. (GONÇALVES, 2006, p. 94)

A nova Carta buscava afastar o Estado autoritário que vigia no País sobre diversas modalidades desde 1930, sendo que seu objetivo principal era “a procura de um Estado democrático que se tentava fazer pelo incremento de medidas que melhor assegurassem os direitos individuais”. (BASTOS, 1995, p. 74)

Em linhas gerais, a Constituição de 1946 caracterizou-se por ser republicana, federativa e democrática. O País voltou ao regime democrático, com previsão de eleições diretas para Presidente da República. O Vice-Presidente acumulava sua função com a de Presidente do Senado. Por sua vez, o Senado Federal retornou inserido em um sistema bicameral do tipo federativo. Já o Poder Judiciário assumiu funções importantes, assim como viu as suas competências alargadas. (BONTEMPO, 2006, p. 47)

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, disciplinados em seu “Título IV – Da Declaração de Direitos”, a Constituição de 1946 retomou o rol já constante da Constituição de 1934, conjugando os direitos civis e políticos aos econômicos, sociais e culturais e assim, incorporando a tradição inaugurada pela Constituição de Weimar, deu ampla proeminência ao social. Em seu “Título V – Da Ordem Econômica e Social”, a Carta buscou promover o equilíbrio entre os princípios da livre-iniciativa e da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa à valorização do trabalho humano que possibilitasse a todos uma existência digna. (BONTEMPO, 2006, p. 49)

Aprofundando a análise do texto constitucional sob foco, observamos que a Carta de 1946, ao mesmo passo em que, com relação aos direitos trabalhistas e à previdência social, buscava garantir a melhoria das condições do operariado, previu, em seu “Título VI – Da Família, da Educação e Da Cultura”, dispositivos que: garantiam a assistência à maternidade, à infância e à adolescência (art. 164);¹⁶ previam a educação como direito de

¹⁶ Art. 164. É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

todos (art. 166)¹⁷ e o dever do Estado de amparar a cultura, estabelecendo, ainda, que a lei promoveria a criação de institutos de pesquisa, de preferência junto aos estabelecimentos de ensino superior (art. 174);¹⁸ restabeleciam a previsão de que as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhassem mais de cem pessoas, seriam obrigadas a manter ensino primário gratuito para seus servidores e os filhos destes (art. 168, III);¹⁹ e retomavam a determinação de percentuais mínimos de aplicação pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 169).²⁰ (BONTEMPO, 2006, p. 49-50)

A Constituição de 1946 trazia consigo a expectativa de ser um instrumento de abertura e de participação popular. Entretanto, tomando em consideração que o Brasil é um País historicamente autoritário e, já àquela época, acometido de gravíssimas questões sociais, a democracia limitou-se ao texto constitucional, não enveredando para a prática política cotidiana, isto porque as mudanças que precisavam ser feitas, como, por exemplo, a ampliação das políticas sociais, eram profundas e, assim, demandavam reformas que não encontravam apoio popular suficientemente forte para pressionar o Governo em busca de uma maior emancipação socioeconômica. (GONÇALVES, 2006, p. 94)

De acordo com esse entendimento, a Constituição de 1946 manteve um velho vício da política brasileira, qual seja, o de proclamar com grande pompa e circunstância valores, princípios e bons propósitos que se restringiram ao papel em face da inoperância do Congresso Nacional. Os legisladores, deixando de votar as leis complementares que poderiam dar efetividade às previsões constitucionais, possibilitaram que parte da legislação do Estado Novo continuasse em vigor, sendo, desta forma, mantidas as disposições que protegiam privilégios e interesses das elites, em detrimento das reais necessidades dos mais carentes. (COELHO, 2006, p. 63-64)

Resultado das sucessivas crises que atingiram a ordem política do País e que redundaram em uma sensível instabilidade institucional, a Constituição de 1967 entrou em vigor no dia 15 de março, mergulhando o Brasil em um período marcado pela censura e repressão às idéias que não se mostravam em consonância com o regime militar instituído.

¹⁷ Art. 166. A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana

¹⁸ Art. 174. O amparo à cultura é dever do Estado.

¹⁹ Art. 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: [...] III – as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes.

²⁰ Art. 169. Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A fragilidade política dos anos compreendidos entre 1946 e 1964 encontra evidência no fato de que, durante o período em tela, dos quatro Presidentes eleitos (Dutra, Getúlio, Juscelino e Jânio) apenas dois (Dutra e Juscelino) completaram seus respectivos mandatos. Por outro lado, pelo fato do Brasil, dentro do contexto da “Guerra Fria”, ter se alinhado ao posicionamento dos Estados Unidos, qualquer reivindicação de cunho social com um tom mais incisivo recebia a marca do comunismo e, por tal razão, tinha que ser lançada na clandestinidade. Desta forma, silenciosamente, sucumbiam a democracia e também o frescor e as possibilidades de luta abertas pela Constituição de 1946 que, finalmente, foi substituída pela Constituição do regime militar, esta abatida por três Atos Institucionais, vinte Emendas e cerca de quarenta Atos Complementares. Assim, o texto Constitucional de 1967 nasceu explicitando a hipertrofia do Executivo e a própria crise do poder constituinte no Brasil. (GONÇALVES, 2006, p. 94-95)

A nova Carta teve grande influência da Constituição de 1937, cujas características fundamentais assimilou, preocupando-se fundamentalmente com a segurança nacional.

A Constituição de 1967 deu mais poderes à União e ao Presidente da República, reduzindo a autonomia individual e permitindo a suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, com exceção da de 1937. Em geral, revelou-se menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, permitindo a desapropriação, mediante pagamento de indenização, para fins de reforma agrária. Também definiu, de forma mais eficaz, os direitos dos trabalhadores. (SILVA, 2008, p. 87)

Ao mesmo passo em que foram reforçados os poderes do Presidente da República, que legislava por meio de decretos-lei, os Poderes Judiciário e Legislativo tiveram suas competências amesquinhas, sendo que os direitos individuais sofreram um duro golpe, pois, muito embora o “Título II – Da Declaração de Direitos”, trouxesse, em seu art. 150, um extenso rol de direitos e garantias individuais, aquele que, de acordo com o art. 151, abusasse dos direitos individuais da livre manifestação do pensamento (art. 150, § 8º), do exercício de qualquer profissão (art. 150, § 23), da liberdade de reunião (art. 150, § 27) e da liberdade de associação (art. 150, § 28), para “atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção”, incorreria na suspensão dos seus direitos políticos pelo período de dois a dez anos. (BONTEMPO, 2006, p. 52)

Com relação à ordem econômica e social, a Constituição de 1967 recebeu um tratamento mais liberal, restringindo as hipóteses de intervenção no domínio econômico.

Ampliando o rol dos direitos dos trabalhadores, garantiu, em seu art. 158, o salário-família aos dependentes do trabalhador, assim como a possibilidade de acesso a colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, além de aposentadoria para as mulheres, com salário integral, aos trinta anos de trabalho. (BONTEMPO, 2006, p. 52-53)

Em seu “Título IV – Da Família, da Educação e da Cultura”, o texto constitucional de 1967 estabeleceu que a lei instituiria a assistência à maternidade, à infância e à adolescência (art. 167, § 4º).²¹ Além disso, a educação foi apontada como direito de todos e seria dada no lar e na escola, sendo ministrada nos diferentes graus pelos Poderes Públicos (art. 168, *caput* e § 1º).²² Ainda restou previsto que as empresas comerciais, industriais e agrícolas seriam obrigadas a manter o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes (art. 170).²³ (BONTEMPO, 2006, p. 53)

Com o passar dos anos, o aprofundamento do regime militar, iniciado em 1964, deu-se quando “os Ministros Militares outorgaram uma nova Constituição, a de 1969, sob a forma de Emenda, não obstante fosse materialmente um novo Texto Constitucional”. (GONÇALVES, 2006, p. 95)

Ambas as Constituições, a de 1967 e a de 1969, distantes das possibilidades democráticas, simbolizaram atos exclusivos do Governo, explicitando as rotinas políticas e administrativas do regime militar. O refluxo do processo democrático acarretou o estabelecimento de direitos fundamentais na exata medida dos atos do Governo, exterminando, por isso mesmo, as liberdades civis. No que concerne aos direitos sociais, estes continuaram submetidos à tutela paternalista e residual do Estado, passando a ser encarados como instrumentos de cooptação e, quando necessário, de legitimidade do regime militar. Referidas Constituições, para os movimentos populares progressistas e com propósitos emancipatórios, distanciou o Direito dos espaços de luta, o que, por via reflexa, estigmatizou o jurídico, sendo que este passou a ser visto apenas como o instituído, o singular, o estatal e, portanto, um instrumento de repressão legal à disposição do regime instalado. (GONÇALVES, 2006, p. 95)

²¹ Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. [...] § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

²² Art. 168. A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. § 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

²³ Art. 170. As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecer, o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes. Parágrafo único. As empresas comerciais e industriais são ainda obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

O que foi até aqui exposto revela que o constitucionalismo brasileiro, de 1824 até 1969, experimentou o trânsito do Estado desde o modelo liberal até o modelo social, consagrando e renegando, durante sua história, os direitos civis, políticos e sociais. (BONTEMPO, 2006, p. 55)

Até o final do regime militar, as Constituições brasileiras ou foram nominalistas, ou seja, não encontraram ambiente histórico capaz de proporcionar efetivas alterações nas relações de poder, ou foram semânticas, servindo apenas a um regime autoritário. A instabilidade institucional e, conseqüentemente, da ordem constitucional no Brasil, durante o período aqui analisado, “produziu uma normatividade que, em muitos momentos, esteve a serviço do próprio poder, descaracterizando-se, bem por isso, o perfil da normatividade constitucional que, na essência e em grande medida, deve ser genérica e não particularista”. (GONÇALVES, 2006, p. 96)

Vale observar, entretanto, que o tempo não passou inutilmente para o constitucionalismo brasileiro que, apesar de fortemente marcado pela instabilidade das instituições, produziu no cotidiano social a irresignação necessária para que fossem confrontadas a dicção das Cartas Políticas e a realidade do País, preparando o caminho para que os movimentos sociais, durante a década de 1980, redescobrissem o jurídico, especialmente em seu âmbito constitucional, que passou a ser visto como o lugar onde poderiam ser contempladas as demandas populares e não apenas a normatividade do Governo. Assim, a sensação de despertamento foi sendo substituída pelo desejo de se ter uma Constituição mais próxima da realidade. (GONÇALVES, 2006, p. 97)

Foi dentro desse contexto histórico que veio a lume, no dia 05 de outubro de 1988, a Constituição Federal atualmente em vigor, a respeito da qual passaremos a traçar considerações, sobretudo no que diz respeito à forma pela qual os direitos sociais e seus mecanismos de proteção foram nela contemplados.

1.4. Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988

A instalação do governo militar levou o Brasil a uma época caracterizada pela supressão dos direitos e garantias fundamentais, sendo que o Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, inaugurou um período cujo signo foi a concentração e abuso de poder como nunca antes observado no País.

Referido Ato Institucional caracteriza-se, do ponto de vista jurídico, por um autoritarismo sem similaridade, conferindo ao Presidente da República uma gama de poderes

da qual poucos déspotas desfrutaram ao longo da história, tornando-se o marco de um novo surto revolucionário, dando a tônica do período vivido na década subsequente. (BASTOS, 1995, p. 82)

Entretanto, com o passar dos anos, já em 1982, os movimentos tendentes à redemocratização do País ganharam força com as eleições para o cargo de Governador de Estado, força esta que se intensificou em 1984, quando deflagrado o movimento que tinha por objetivo assegurar o direito às eleições diretas para o cargo de Presidente da República, refletindo o desejo maciço do povo brasileiro.

Apesar de não ter sido alcançado referido objetivo, a eleição, pela via indireta, do civil Tancredo de Almeida Neves para a Presidência da República significou a derrota das forças autoritárias que governaram o País por vinte anos.

Para o desalento da maioria dos brasileiros, Tancredo, antes de assumir o cargo de Presidente, falece, sendo que tal fato deu ensejo à posse do Vice-Presidente eleito, José Sarney de Araújo Costa.

A aprovação da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, possibilitou a convocação dos membros do Congresso Nacional, que seriam eleitos nas eleições de 1986, para a instalação da Assembléia Constituinte no dia 01º de fevereiro de 1987, sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal. No dia seguinte foi eleito Presidente da Assembléia Nacional Constituinte o Deputado Federal Ulysses Silveira Guimarães.²⁴

A Assembléia convocada em 1987 preferiu não partir de um projeto já alinhavado. A opção foi pela formação de vinte e quatro Subcomissões incumbidas de dar início à elaboração do projeto que levaria à construção do texto constitucional. O término do trabalho das Subcomissões verificou-se no dia 25 de maio, passando-se, então, para a fase subsequente, desenvolvida no âmbito de oito Comissões Temáticas que, por sua vez, remeteram anteprojetos à Comissão de Sistematização. Bernardo Cabral, relator da Comissão de Sistematização, apresentou, aos 25 de junho, trabalho em que reuniu referidos anteprojetos em uma só peça de 551 artigos, documento este que acabou por ganhar o nome de “Frankenstein”. (BASTOS, 1995, p. 93)

²⁴ A respeito da forma pela qual se deu início ao processo que levou à aprovação do novo texto constitucional, os apontamentos de Reinéro Antonio Lérias: “Nota-se a persistência do eterno autoritarismo, pois a Constituinte nasceu de uma mensagem enviada para o Congresso Nacional pelo Executivo, que também instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais composta por 50 membros notáveis. Vale dizer, repetia-se a mesma ladainha desde o advento da República em 1889, a diferença estava só no número de notáveis, de 5 para 50 membros. Como se aqueles que são considerados notáveis pudessem ver com muito mais profundidade a realidade. No Brasil até a democracia é invertida: a minoria em lugar da maioria”. (LÉRIAS, 2008, p. 249)

Após uma série de intercorrências no âmbito da Comissão de Sistematização, muitas delas decorrentes da apresentação de emendas, tanto parlamentares quanto populares, que levaram ao surgimento de projetos substitutivos, o plenário aprovou as primeiras matérias, quais sejam, o Preâmbulo e o Título I, aos 28 de janeiro de 1988.

Durantes os trabalhos da Assembléia Constituinte, a memória do regime ditatorial levou a que se desse grande ênfase à cidadania e aos direitos fundamentais. Importante registrar, também, que na ânsia de varrer o entulho jurídico da legislação autoritária, o texto aprovado mostrou-se prolixo. Em linhas gerais, podemos assinalar que o trabalho dos legisladores constituintes marcou-se pela adesão irrestrita e imodificável ao Estado Democrático de Direito, à República e à Federação, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. (COELHO, 2006, p. 75).

Neste ponto, antes de avançarmos no que diz respeito à forma pela qual os direitos sociais foram positivados na Constituição Federal de 1988, entendemos necessária a análise de algumas das características que marcaram os movimentos populares no Brasil durante as décadas de 1970 e 1980, características estas que ajudaram a formar o pano de fundo dos trabalhos da Assembléia Constituinte.

A primeira de tais características é a autonomia. Os movimentos populares, em decorrência do fechamento dos canais de diálogo e da luta contra a ordem institucional vigente, fundamentavam-se na auto-organização a partir de entidades de base, como, por exemplo, clubes de mães, comunidades eclesiais, uniões de moradores, movimentos de mulheres, de donas de casa, etc. Essa característica colocava em evidência uma forma desmistificada e mais acessível de se fazer política, construída no cotidiano, pensada e conduzida pelo próprio grupo; como consequência disso, o Estado perdia a centralidade enquanto condutor exclusivo das decisões políticas. Entretanto, é preciso deixar registrado que muitos desses movimentos populares não refutavam o Estado enquanto sujeito do diálogo político; não estavam, dessa forma, necessariamente de costas para o Estado; apenas desejavam romper a posição subalterna que lhes era imposta no interior da ordem política, agravada com a instauração do regime militar. Assim, muitos dos referidos movimentos não desejavam romper definitivamente com a ordem jurídica, mas contestavam o seu caráter exclusivamente repressivo e hegemônico, que fechava os espaços de luta e confronto de idéias. Como evidência desse posicionamento, temos que vários movimentos populares participaram do processo de elaboração do texto constitucional por meio das audiências, das sugestões e das emendas populares, sendo que também participaram de forma muito intensa

das eleições de 1986, visando à escolha dos legisladores constituintes. Assim, para os movimentos populares o mais importante era criar espaços plurais de manifestação, independentemente de quais posições fossem alçadas à condição numérica de maioria. (GONÇALVES, 2006, p. 156-157)

A multiplicidade de demandas era outra característica marcante dos movimentos populares: a luta contra a violência doméstica; a mobilização pela redemocratização plena do País; a defesa dos direitos culturais e étnicos; a busca da consagração dos direitos econômicos e sociais podem ser citadas como apenas algumas das frentes que determinavam os caminhos trilhados por tais movimentos. Buscava-se, desta maneira, “explicitar a multiplicidade de violências integrantes da sociedade brasileira: algumas, fruto da própria institucionalização do Estado militarista; outras, oriundas da sociedade civil (preconceitos, violências familiares, intolerância, etc.)”. (GONÇALVES, 2006, p. 157-158)

Em decorrência de um certo grau de autonomia desses movimentos populares, mostra-se possível afirmar que o grande objetivo de suas ações políticas visava à reconfiguração do seguinte eixo: direito, lei e legitimidade. Tal objetivo explicita uma outra característica, qual seja, a centralidade dos movimentos populares enquanto marcos normativos. Em outras palavras, temos que a prática de muitos movimentos atuantes nas décadas de 1970 e 1980 parecia indicar que a lei não poderia envolver todas as expressões e possibilidades do Direito. Desta forma, a lei não poderia ser considerada como fonte de legitimidade das ações e das políticas públicas caso fosse elaborada à margem do ambiente democrático. Os movimentos populares, assim, não compartilhavam do entendimento segundo o qual a lei, por excelência, seria a garantia dos direitos e das liberdades, até porque o regime militar desconstituiu essa tese. A questão, portanto, seria de outra ordem: os direitos e as liberdades é que deveriam estabelecer os limites da normatividade institucional e não o inverso. Por tais motivos, a Constituição só seria o espaço da liberdade se fosse construída dentro de um contexto de respeito aos anseios dos movimentos populares. (GONÇALVES, 2006, p. 158)

Importante destacar, ainda, que as questões cotidianas focadas por tais movimentos populares influenciaram na forma como participaram do processo constituinte de 1987-1988, deixando de ver a Constituição apenas como o marco de normatividade do Estado e passando a lutar pela elaboração de um texto constitucional cujo foco central fosse o indivíduo; “não, contudo, o indivíduo abstrato e meritocrático do liberalismo clássico, mas

sim o indivíduo em seu cotidiano social, com todas as contradições e dificuldades do seu fazer diário”. (GONÇALVES, 2006, p. 160)

Daí a possibilidade de se reconhecer mais uma característica dos mencionados movimentos populares: o fato de darem importância às questões cotidianas.

Também não há como se negar que tais movimentos populares davam extrema relevância à questão dos direitos sociais.

Os graves problemas que afetavam o País nas décadas de 1970 e 1980 e que ainda não foram superados, tais como a má distribuição de renda, as desigualdades regionais e sociais e o baixo grau de satisfação no que concerne às políticas públicas, ensejaram a centralidade do tema relativo aos direitos sociais. Pode-se dizer, então, que os movimentos populares da época, além de buscarem a liberdade política, davam evidência à luta pelos direitos sociais objetivando, de um lado, a reivindicação de suas necessidades materiais básicas (educação, emprego, saúde, moradia, etc.) e, de outro, o estabelecimento de um mecanismo conducente à democratização das liberdades individuais, repelindo a percepção apolítica e homogênea da sociedade civil, construída pelo liberalismo clássico e representada no interior das constituições do século XIX. (GONÇALVES, 2006, p. 162)

Nesse ambiente, marcado pelo desejo de redemocratização do País, os direitos sociais foram positivados na Constituição Federal de 1988 que, em seu “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, viu cunhado o “Capítulo II – Dos Direitos Sociais”, agregando os arts. 6º *usque* 11.

O art. 6º elenca os direitos sociais,²⁵ ao passo que os arts. 7º *usque* 11 avançam especificamente no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

O “Título VIII – Da Ordem Social”, contemplando os arts. 193 a 232, foi dividido em oito capítulos:

Capítulo I – Disposição geral (art. 193);
Capítulo II – Da seguridade social (arts. 194 a 204);
Capítulo III – Da educação, da cultura e do desporto (arts. 205 a 217);
Capítulo IV – Da ciência e tecnologia (arts. 218 e 219);
Capítulo V – Da comunicação social (arts. 220 a 224);
Capítulo VI – Do meio ambiente (art. 225);
Capítulo VII – Da família, da criança, do adolescente e do idoso (arts. 226 a 230);
Capítulo VIII – Dos índios (arts. 231 e 232).

²⁵ Art. 6º. 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.

Aqui, cumpre-nos registrar a crítica feita pela doutrina relacionada à falha na sistematização dos dispositivos pertinentes aos direitos sociais:

Os direitos sociais abrangem tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados, como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação nos lucros (arts. 6º a 11º). No que é, por certo, a mais grave deficiência do texto constitucional, só muito depois surge a “ordem social” (arts. 193º a 232º), evidentemente indissociável dos direitos sociais, mesmo quando se traduz em garantias institucionais e incumbências do Estado. (MIRANDA, 1997, p. 232)

Os dispositivos constitucionais que tratam dos direitos sociais, mesmo envoltos por valores e princípios que os agregam, podem ser divididos em duas espécies fundamentais: a primeira, voltada para a questão dos trabalhadores urbanos e rurais, cuja característica básica é a de traçar normas de caráter geral regulamentadoras das relações de trabalho e emprego; a segunda, espraiando-se para um universo maior de sujeitos, avança sobre questões que atingem todos os indivíduos, e não somente os trabalhadores, pois tratam de direitos como a educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados, sendo que tais dispositivos voltam-se para a garantia do que se costuma denominar “mínimo existencial” a todos os membros da sociedade.

Também na tentativa de sistematizar as modalidades de direitos sociais, pode-se dizer que eles permitem o agrupamento em algumas categorias, quais sejam: 1ª) os direitos sociais dos trabalhadores; 2ª) os direitos sociais da seguridade social; 3ª) os direitos sociais de natureza econômica; 4ª) os direitos sociais da cultura; 5ª) os de segurança. Os direitos sociais dos trabalhadores podem ser classificados em: 1º) direitos sociais individuais do trabalhador; 2º) direitos sociais coletivos do trabalhador. Os direitos sociais da seguridade social compreendem: 1º) direito à saúde; 2º) direito à assistência social; 3º) direito à previdência social. Os direitos sociais de natureza econômica envolvem todas as prestações positivas do Estado voltadas: 1º) à busca do pleno emprego; 2º) à redução das desigualdades sociais e regionais; 3º) à erradicação da pobreza e da marginalização; 4º) à defesa do consumidor e da concorrência. Os direitos sociais da cultura englobam: 1º) direito à educação; 2º) direito à cultura propriamente dita. (TAVARES, 2006, p. 712)

O art. 7º da Constituição Federal elenca, nos trinta e quatro incisos de seu *caput*, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, entre os quais podem ser destacados o direito ao salário mínimo, ao fundo de garantia do tempo de serviço, ao décimo terceiro

salário, ao repouso semanal remunerado, ao seguro-desemprego e à aposentadoria. O art. 8º trata da liberdade de associação profissional ou sindical, ao passo que o art. 9º cuida do direito de greve.

Prosseguindo, temos que a Constituição de 1988 englobou as regras concernentes à ordem social. Sua disciplina minuciosa é retrato do grau de desconfiança dos constituintes nas instituições. Aliás, a descrição minudente é característica que permeia todo o texto, sendo certo que o legislador cuidou com pormenor de questões que, à primeira vista, poderiam estar fora da Carta Magna. Tal opção pertinente à forma pela qual o texto foi redigido deu origem ao que denominamos “Constituição Social”, ou seja, o conjunto de normas predispostas à regulamentação da ordem social, entendida de maneira a abranger os setores nos quais o Estado deve intervir por meio de prestações sociais, seja indicando direitos aos indivíduos, seja intervindo na realidade para propiciar um sistema de relações sociais mais equilibrado e justo. (ARAÚJO *et al*, 2008, p. 483)

Ao inaugurar o “Título VIII – Da Ordem Social”, o art. 193 prevê que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, sendo que o art. 194, ao tratar da seguridade social, estabelece que ela compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O art. 196 reconhece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O art. 197 reza que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Já o art. 198, trazendo os princípios fundamentais a serem seguidos no âmbito das políticas públicas inerentes ao direito à saúde, indica que as ações e serviços públicos nessa área integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; além da participação da comunidade.

O art. 201, ao estabelecer que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios

que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, elenca as hipóteses que serão por ela atendidas.²⁶

Ao cuidar da assistência social, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 203, aponta que ela será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, sendo seus objetivos fundamentais: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Ao tratar das políticas públicas inerentes a tal área, o art. 204 estabelece que as ações governamentais serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

A educação é reconhecida como direito de todos e dever do Estado e da família, sendo que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). Os princípios a serem respeitados na área do ensino estão assim elencados no art. 206: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, além da coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; gestão democrática do ensino público; garantia de padrão de qualidade; piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

²⁶ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

O art. 208 determina que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Ainda merecem destaques os parágrafos do art. 208:

§ 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º. O não-oferecimento de ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa a responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º. Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Com relação ao desporto e ao lazer, o art. 217 estabelece que é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, sendo que o § 3º do mencionado dispositivo acrescenta que o Poder Público incentivará o lazer como forma de promoção social.

Ao declarar que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226, *caput*), a Constituição Federal de 1988 estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*).

Com relação aos direitos dos idosos, o art. 230 prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Também existe a previsão de que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares (§ 2º), bem como que aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (§ 3º).

É possível afirmar, dentro do quadro até aqui apresentado, que a Constituição Federal de 1988 aproxima-se do modelo constitucional adotado pelo Estado social. Explicitando os motivos de tal conclusão, temos que:

[...] uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no poder.

Nem todos os países que têm procurado realizar o Estado social e sobretudo concretizar os direitos sociais básicos, o fizeram por meio do poder constituinte, em ordem a estabelecer na Lei Magna os fundamentos desse Estado e nela formular a Carta social dos direitos que o caracterizam. [...] Não foi esse porém o nosso caminho nem é essa a nossa tradição.

[...]

O Direito Constitucional clássico, tão valioso durante o século passado por cimentar o valor político da liberdade, seria hoje em sua dimensão exclusivista e unilateral uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade. (BONAVIDES, 2006, p. 371-372)

De tais assertivas decorre a questão central que aguarda resposta a ser dada pelo moderno constitucionalismo, qual seja, aquela que se volta para a descoberta de mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, valendo destacar que o Estado brasileiro, muito mais do que conceder direitos sociais, os garante. (BONAVIDES, 2006, p. 373)

1.5. Os direitos sociais no âmbito do Direito Internacional

A relevância atribuída aos direitos fundamentais recebe aprovação generalizada no contexto mundial contemporâneo.

Vale destacar, porém, que foram os inúmeros casos de violações dos direitos fundamentais, constatados ao longo da história, que deram evidência à dificuldade da tarefa de implementá-los. (SANTOS, 2008, p. 581)

Como resposta às atrocidades e horrores cometidos durante o nazismo, verificou-se um movimento de internacionalização dos direitos fundamentais, sendo que uma de suas principais preocupações foi converter tais direitos em assunto de legítimo interesse da comunidade internacional. (PIOVESAN, 2000, p. 17-18)

Dessa forma, fortaleceu-se a idéia de que a proteção dos direitos fundamentais não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, uma vez que o tema, por sua relevância, acarreta o interesse internacional, resultando dessa nova concepção duas conseqüências primordiais: 1^a) a revisão do conceito de soberania do Estado, a respeito da qual se verifica uma relativização na medida em que são admitidas intervenções no plano

nacional em prol da proteção dos direitos fundamentais, permitindo-se a adoção de formas de monitoramento e responsabilização internacional nas hipóteses de violação; 2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos, renunciando-se, desta maneira, o fim da era em que a forma com que o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema a ser resolvido exclusivamente pela sua jurisdição doméstica, como decorrência de uma soberania vista como absoluta e intransponível. (PIOVESAN, 2000, p. 19)

A Constituição de 1988 elenca o princípio da prevalência dos direitos humanos entre aqueles que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, *caput*, II). O reconhecimento de tal princípio possibilitou a abertura da ordem interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, reconhecendo-se, desta forma, a possibilidade de flexibilização do conceito de soberania nacional absoluta, viabilizando-se, ainda, uma maior intensidade do processo de ratificação dos tratados internacionais. (BONTEMPO, 2006, p. 87)

Vale destacar, também, que por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, o art. 5º da Constituição Federal de 1988 foi acrescido de um novo parágrafo, o terceiro, de acordo com o qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, não sendo desarrazoado lembrar que o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Dentro desse quadro, mostra-se perceptível o avanço do processo de universalização dos direitos fundamentais, permitindo-se, por consequência, a formação de um sistema normativo internacional de proteção de tais direitos. (PIOVESAN, 2000, p. 19).

Mais especificamente no que diz respeito à forma pela qual os direitos fundamentais de segunda dimensão vêm sendo disciplinados no âmbito do direito internacional, uma primeira nota deve ser endereçada à Declaração dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas aos 10 de dezembro de 1948.

Entre os direitos sociais contemplados na Declaração, podemos destacar: a) o direito à seguridade social (arts. XXII e XXV); b) o direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXIII, 1); c) os principais direitos ligados ao contrato de trabalho, como remuneração igual por trabalho igual (art. XXIII, 2), o salário mínimo (art. XXIII, 3), o repouso e o lazer, a limitação horária da jornada de trabalho, as férias remuneradas (art.

XXIV); d) a livre sindicalização dos trabalhadores (art. XXIII, 4); e) o direito à educação: o ensino elementar obrigatório e gratuito, a generalização da instrução técnico-profissional, a igualdade de acesso ao ensino superior (art. XXVI). (COMPARATO, 2007, p. 230)

A Declaração de 1948 inaugurou a concepção contemporânea pertinente aos direitos fundamentais, assinalando o entendimento inovador de que se caracterizam como direitos universais e compõem uma unidade indivisível, interdependente, no âmbito da qual os direitos civis e políticos devem ser interpretados e garantidos em sintonia com os direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, temos que a Declaração de 1948 procurou harmonizar o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade. (BONTEMPO, 2006, p. 97)

Entretanto, importante se faz a seguinte observação a respeito da força normativa da Declaração:

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, art. 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto. (COMPARATO, 2007, p. 226-227)

Como se percebe, o significado da Declaração de 1948 é simplesmente moral, tendo a característica de uma *soft law*: “é uma indicação a ser seguida pelos países membros, até porque a Declaração só traz normas de caráter material, não criando nenhum órgão jurisdicional internacional para garantir a eficácia dos direitos proclamados”. (BREGA FILHO, 2002, p. 17)

Assim, no intuito de que os preceitos da Declaração de 1948 passassem a ser considerados como juridicamente obrigatórios e vinculantes (*hard law*), a Assembléia Geral das Nações Unidas, aos 16 de dezembro de 1966, adotou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sendo que tal pacto foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de dezembro de 1992, ganhando, assim, definitiva força normativa entre nós.

No mesmo dia 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas também aprovou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, igualmente ratificado e promulgado pelo Brasil por meio dos referidos Decreto Legislativo nº 226/91 e Decreto nº 592/92.

Nos mesmos moldes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o maior objetivo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi o de incorporar os dispositivos da Declaração Universal de 1948, tornando-os preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes, permitindo, assim, a adoção de uma linguagem que implicasse em obrigações no plano internacional, mediante a sistemática da *international accountability*, ou seja, como outros tratados internacionais, esse Pacto criou obrigações legais aos Estados-partes, viabilizando a responsabilização internacional nas hipóteses de violação. (PIOVESAN, 2004, p. 179)

Mostra-se claro, portanto, que referidos Pactos tinham um objetivo comum, qual seja, o de desenvolverem, de forma pormenorizada, o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Partindo dessa constatação, torna-se pertinente indagar: se o objetivo era comum, por qual motivo não foi utilizado um único instrumento, contemplando e detalhando tanto os direitos fundamentais de primeira quanto de segunda dimensões?

A resposta a tal pergunta passa pela análise da conjuntura política internacional da época, conforme evidenciado na seguinte citação:

A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, “até o máximo dos recursos disponíveis” de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1). (COMPARATO, 2007, p. 280)

A análise do teor de ambos os instrumentos nos encaminha para a conclusão de que os direitos enunciados no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos afiguram-se como um meio de defesa de indivíduos ou grupos sociais contra os privilégios privados e o abuso de poder estatal, ao passo que as previsões do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, diversamente, buscam proteger as classes ou grupos sociais desfavorecidos da dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa. Assim, no primeiro caso, procura-se a defesa contra a oligarquia política; no segundo, o objetivo central é a luta contra a dominação de classe. (COMPARATO, 2007, p. 337-338)

A respeito da forma como os textos foram redigidos, temos que, enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foca os deveres endereçados aos Estados. Assim, enquanto o primeiro determina que “todos têm direito a...” ou “ninguém poderá...”, o segundo usa a fórmula “os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...”. (PIOVESAN, 2004, p. 180)

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 6º, reconhece o direito ao trabalho e, no art. 7º, contempla o direito a condições de trabalho justas e favoráveis. No seu art. 9º, o Pacto trata do direito à previdência e ao seguro social. O art. 10 aponta a família como elemento natural e fundamental da sociedade, motivo pelo qual lhe deve ser assegurada a mais ampla proteção e assistência possíveis. O art. 11 reconhece o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si própria e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhora contínua de suas condições de vida. O art. 12 contempla o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. O art. 13, reconhecendo o direito de toda pessoa à educação, estabelece que ela deverá capacitar para a participação efetiva em uma sociedade livre, além de favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos. Por sua vez, o art. 15 reconhece a cada indivíduo o direito de participar da vida cultural e de desfrutar o progresso científico e suas aplicações.

De se destacar, porém, que, nos termos concebidos pelo Pacto Internacional de 1966, os direitos econômicos, sociais e culturais apresentam realização progressiva, ou seja, os Estados signatários do documento comprometem-se a adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e por meio de assistência e cooperação internacionais, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, a completa realização dos direitos previstos no Pacto. Nestes termos, enquanto os direitos civis e políticos são concebidos como auto-aplicáveis, os direitos econômicos, sociais e culturais são tidos como direitos programáticos uma vez que não podem ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível, sem que se garanta um *standard* técnico-econômico ou se estabeleça um mínimo de cooperação econômica internacional e, especialmente, não podem ser implementados sem que se caracterizem como efetiva prioridade na agenda política nacional. (BONTEMPO, 2006, p. 103-104)

A análise crítica do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aponta para uma falha evidente uma vez que não foi criado órgão de fiscalização e

controle da aplicação de suas normas, sendo que tal impropriedade somente foi corrigida quase vinte anos mais tarde, com a Resolução nº 1985/17 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabeleceu, contra o voto solitário dos Estados Unidos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (COMPARATO, 2007, p. 242)

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é composto por dezoito membros, de reconhecida competência no campo dos direitos humanos, eleitos pelo Conselho Econômico e Social para um mandato de quatro anos, podendo ser reeleitos. Vale ressaltar que os membros do Comitê não podem ser representantes de seus governos, exigência feita para assegurar a independência de suas atuações. (BONTEMPO, 2006, p. 104-105)

Ainda no campo dos instrumentos de direito internacional, mostra-se necessário destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, sendo ela o documento de maior importância dentro do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Referida Convenção foi aprovada na Conferência de San José da Costa Rica aos 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 1978, sendo ratificada pelo Brasil aos 25 de setembro de 1992, reproduzindo a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. (BONTEMPO, 2006, p. 108)

Com o objetivo de obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais. (COMPARATO, 2007, p. 367) Por este motivo, a Convenção Americana não enunciou de forma específica qualquer direito econômico, social ou cultural, tendo se restringido a reservar um único artigo para tratar da proteção desses direitos, qual seja, o art. 26.²⁷ Este artigo, semelhantemente ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, prevê a “realização progressiva” dos direitos fundamentais de segunda dimensão. (BONTEMPO, 2006, p. 108)

Somente em 1988, com a adoção do Pacto Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,

²⁷ Art. 26. Desenvolvimento Progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

conhecido como Protocolo de San Salvador, foi solucionada a lacuna, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, relativa ao reconhecimento e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. O Protocolo de San Salvador entrou em vigor em novembro de 1999,²⁸ quando do depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação, nos termos do seu art. 21. (BONTEMPO, 2006, 110)

Além de prever, em seu art. 1º, a progressividade da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais (assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU), o Protocolo de San Salvador estabelece, dentre outros, o direito ao trabalho (art. 7º); os direitos sindicais (art. 8º); o direito à previdência social (art. 9º); o direito à saúde (art. 10); o direito à alimentação (art. 12); o direito à educação (art. 13); além do direito do indivíduo usufruir os benefícios da cultura (art. 14). (BONTEMPO, 2006, p. 110)

Aqui, um registro mostra-se oportuno: no decorrer dos trabalhos preparatórios do Protocolo de San Salvador partiu-se da premissa de que os direitos econômicos, sociais e culturais são efetivamente direitos exigíveis. O Grupo de Trabalho da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos da OEA tomou como ponto de partida um núcleo de direitos formado pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação, assim como os direitos relativos a três grupos de pessoas – as crianças, os idosos e os que demandam atenção a suas necessidades especiais, sendo que referido núcleo tornou-se o eixo normativo do Protocolo de 1988. (TRINDADE, 2000, p. 138-139)

Uma nota crítica a respeito do Protocolo de San Salvador mostra-se oportuna:

O Protocolo Adicional de 1988, referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, contém várias disposições inovadoras, relativamente ao Pacto Internacional sobre os mesmos direitos, aprovado em 1966. Não se pode, porém, deixar de questionar o grau de sinceridade ou seriedade dos Estados americanos que adotaram esse Protocolo, quanto à extensão do compromisso assumido. Tanto mais que, à época, já predominava em grande parte da América Latina a ideologia neoliberal, expressa no chamado “Consenso de Washington”, no sentido de orientar a ação do Estado para o fortalecimento da iniciativa empresarial privada em todos os campos, restringindo-se ao máximo as políticas públicas de proteção social. Tem-se a impressão de que os Estados que adotaram o Protocolo reproduziram, inconscientemente, a atitude retórica dos senhores rurais do período colonial, diante das ordenações régias que procuravam limitar seu poder de exploração

²⁸ Sobre a importância do Protocolo, as palavras de Renato Zerbini Ribeiro Leão: “Com a entrada em vigor do Protocolo de San Salvador, em 16 de novembro de 1999, o continente americano ganhou um novo alento em matéria de direitos humanos. Uma motivação que não deixa dúvidas acerca do esforço redobrado que deverá ser desenvolvido no sentido da conscientização cabal acerca da visão integrada e universal desses direitos, sobretudo nesta região, onde a história democrática é recente e a abertura política, a estabilização econômica e a reforma social conformam pontos urgentes e necessários de, basicamente, todos os países que compõem a região”. (LEÃO, 2001, p. 121)

econômica, fundado no trabalho escravo ou semi-escravo: “las ordenanzas se acatan, pero no se cumplen”. (COMPARATO, 2007, p. 373-374)

Ainda no campo da análise crítica, percebe-se que, mesmo após a criação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Organização das Nações Unidas ainda não conta com o ferramental adequado para a busca da concretização dos direitos reconhecidos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o mesmo acontecendo com a Organização dos Estados Americanos no que tange aos direitos estampados no Protocolo de San Salvador, faltando-lhes instrumentos capazes de obrigar seus membros a cumprir o que restou ajustado em referidos instrumentos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta uma peculiar sistemática de monitoramento e implementação dos direitos que contempla, incluindo o mecanismo concernente à elaboração de relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Mencionados relatórios devem consignar as medidas adotadas pelo Estado-parte visando conferir observância aos direitos fundamentais de segunda dimensão, bem como expressar os fatores e as dificuldades no processo de implementação das obrigações decorrentes de tais direitos. Os Estados-partes devem submeter os respectivos relatórios ao Secretário Geral das Nações Unidas que, por sua vez, encaminhará cópia ao Conselho Econômico e Social para apreciação. (PIOVESAN, 2004, p. 181-182)

Como é intuitivo, o sistema de controle baseado na elaboração periódica de relatórios, na divulgação de comentários a tais relatórios e no conseqüente encaminhamento de recomendações aos Estados-partes, não apresenta um nível de obrigatoriedade capaz de reverter ou prevenir violações aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesses termos, diante do que até aqui foi exposto, resta evidente que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (BOBBIO, 2004, p. 43)

É justamente sobre esse problema que a comunidade internacional deve se debruçar com o objetivo de que as declarações, convenções, pactos, protocolos e demais instrumentos concernentes aos direitos fundamentais, empapados de boas intenções, não venham a se caracterizar como documentos estéreis, absolutamente inócuos do ponto de vista prático, incapazes de afastar a pobreza, a miséria, a fome, a doença e a desesperança que continuam a assolar um número assustador de pessoas ao redor do planeta.

1.6. Conseqüências do déficit na implementação dos direitos sociais: exclusão, violência e criminalidade

Evidenciada a profunda necessidade de serem adotados mecanismos de concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, mostra-se oportuna a abordagem de um dos temas que mais motivam o debate em todas as esferas do organismo social mundo afora, qual seja, o recrudescimento da violência e da criminalidade e a sua relação com a ausência ou baixa efetividade das políticas sociais.

Em princípio, mostra-se necessário destacar que, durante o século XX, o projeto modernista buscou a incorporação crescente da população à plena cidadania, sendo certo que todo e qualquer contrato social marcado por tal intenção deve se basear na noção de uma cidadania não apenas formal, mas substancial. (YOUNG, 2002, p. 19)

“Estado de Direito” e “cidadania” caracterizam-se como expressões correntes no âmbito do vocabulário político atual, sendo que se mostram “ligadas geralmente às idéias de democracia, de Governo limitado pelo Direito e de participação do povo nas decisões políticas”. (DALLARI, 2003, p. 194)

A cidadania é uma condição complexa e, assim, deve ser considerada como um antecedente lógico da democracia, caracterizando-se como a aptidão-direito do homem a ter direitos, derivada de sua própria condição humana. O fato de não se poder separar cidadania de condição humana não lhe imprime um caráter de naturalidade, sendo, portanto, inafastável o entendimento de que a cidadania caracteriza-se como uma construção histórica. Não obstante tal entendimento, chega-se, hoje, a uma aporia, qual seja, a de que negar a condição de cidadania a alguém equivale a negar-lhe a própria humanidade. Assim, percebe-se, em certo sentido, uma retomada da concepção aristotélica de homem, este compreendido como animal político e, portanto, incapaz de viver sem conexões com a cidade, devendo ser salientada a circunstância de que o homem só adquire a referida condição humana quando lhe é reconhecido um direito fundamental de existência, que é justamente o direito a ter direitos. (ALVES, 2008, p. 279-280)

Nesses termos, a cidadania,²⁹ em um de seus aspectos, traz em si a idéia do direito fundamental à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outras garantias que o Estado deve assegurar.

²⁹ A cidadania, na Constituição Federal de 1988, é apontada como um dos fundamentos do Estado – Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...] II – a cidadania.

O reconhecimento da cidadania sempre foi considerado uma das principais conquistas que se verificaram ao longo da história da humanidade, especialmente em razão da influência do iluminismo francês, de caráter eminentemente racionalista, segundo o qual a cidadania baseia-se nos princípios da igualdade e da fraternidade. Em nossos dias, a idéia de cidadania pode ser compreendida, entre outras acepções, como o poder jurídico do indivíduo voltado para a fruição de serviços públicos ligados aos direitos fundamentais sociais (saúde, educação, moradia, segurança, etc.).³⁰ (APPIO, 2005, p. 69)

Assim, não há como se deixar de reconhecer que a falta de concretização dos direitos sociais acarreta o que podemos denominar de “déficit de cidadania”,³¹ lançando o indivíduo nas esferas da pobreza e da miséria, sendo que, “século após outro, décadas e mais décadas e o problema da exclusão social no Brasil continua presente, a despeito de sua gravidade e das conseqüências para grande parcela da população”. (POCHMANN *et al*, 2004, p. 09)

Por certo, a pobreza e a miséria não são as únicas causas dos alarmantes índices de violência e criminalidade constatados não só no Brasil como também ao redor do Planeta; porém, enquanto geradoras de desigualdade social, contribuem de forma decisiva para o crescimento de tais índices. (PAULA, 2007, p. 3.164)

Os cientistas sociais indicam, entre outras causas, que a atividade criminosa está relacionada a fatores como urbanização, migração, pobreza, industrialização e analfabetismo, sendo que a profunda desigualdade que permeia a sociedade brasileira certamente serve de pano de fundo à violência cotidiana e ao crime. “A associação de pobreza e crime é sempre a primeira que vem à mente das pessoas quando se fala de violência. Além

³⁰ Sobre a concepção moderna de cidadania, as palavras de Haroldo Abreu: “A cidadania moderna deve ser pensada como uma categoria que tem seu ponto de partida no modo como os indivíduos pertencem a um ordenamento social específico, historicamente determinado e pré-constituído. Recobrando os lugares ocupados neste ordenamento e sem negá-los, os indivíduos dele participam por meio de diferentes formas jurídicas e políticas conforme os recursos materiais, políticos e culturais de que dispõem e, também, por meio de suas identidades coletivas, classes, grupos etc. As complexas conexões entre o modo de pertencimento e as condições de participação concretizam-se por meio das formas legalmente constituídas de exercício do direito e do poder no ordenamento político institucional. Mas, dependendo das circunstâncias históricas, as formas jurídicas e os compromissos políticos do ordenamento institucional podem ir além das exigências do específico modo de produção capitalista, como ocorreu em algumas formações nacionais que foram impulsionadas até o *welfare State*”. (ABREU, 2008, p. 339)

³¹ A respeito das diversas dimensões da cidadania, oportuna a abordagem de Ricardo Lobo Torres: “O estudo jurídico da cidadania deve considerá-la a partir das diversas dimensões em que aparece. Inicialmente, na dimensão temporal, a visualização sucessiva dos direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos, o que envolve tanto a liberdade quanto a justiça e a solidariedade. Do ponto de vista espacial cumpre examinar a cidadania nos planos local, nacional, internacional e supranacional, assim como no virtual (cibernético). Uma terceira dimensão é a bilateral, a compreender os direitos/deveres que se expressam na cidadania pública/privada e na cidadania ativa/participativa. A dimensão processual envolve os processos jurídicos através dos quais se atualizam direitos e deveres. A cidadania, conseqüentemente, é multidimensional”. (TORRES, 2001, p. 256)

disso, todos os dados indicam que o crime violento está distribuído desigualmente e afeta especialmente os pobres”. (CALDEIRA, 2000, p. 126 e 134)

No plano dos conceitos, a pobreza pode ser definida como a falta do necessário à vida, ao passo que a miséria é a pobreza extrema, a indigência ou penúria.

Tanto a pobreza quanto o seu estado mais agudo, a miséria, são reconhecidas como fatores sociais de violência e criminalidade, sendo certo que os delitos derivam principalmente da desigualdade econômica, valendo destacar que, para uma vertente do pensamento socialista, o crime representa uma reação contra a injustiça social. (GAROFALO, 1997, p. 103)

Essa constatação nos encaminha para o entendimento de que o sistema penal, sobretudo no âmbito do cárcere, agrega, em sua maioria, pessoas que não possuem o mínimo necessário para uma vida digna, uma vez que não lhes são assegurados os direitos fundamentais sociais. Neste sentido, temos que:

[...] os assaltantes, em sua quase totalidade, são indivíduos rudes, semi-analfabetos e pobres, quando não miseráveis. Sem formação moral adequada, eles são parias da sociedade, nutrindo indisfarçável raiva e aversão, quando não ódio, por todos aqueles que possuem bens de certo modo ostensivos, especialmente automóveis de luxo e mansões, símbolos inquestionáveis de um “status” econômico superior.

Esse sentimento de revolta por viver na pobreza não deixa de ser um dos fatores que induz o indivíduo ao crime (contra o patrimônio, especialmente), adquirindo, não raro, um sentido de violência delinqüencial muito grande. De fato, assaltantes adultos ou jovens, agindo isoladamente ou em quadrilhas, não se apiedam das vítimas, matando-as, às vezes, pelo simples esboço de um gesto qualquer de pavor ou de instintiva e desarmada defesa.

Esse ódio ou aversão contra os possuidores de bens age como verdadeiro fermento, fazendo crescer o bolo da insatisfação, do inconformismo e da revolta das classes mais pobres da sociedade, que se tiverem a temperar o bolo algum hipertensor da violência e agressividade humanas, infalivelmente as levarão ao cometimento de alentado número de atos anti-sociais, desde a destruição de uma simples cabine telefônica até à perpetração dos crimes mais bárbaros, dando números maiores às altas taxas de criminalidade, que parecem incluir-se na categoria das deseconomias de aglomeração, como um particular custo pago pelo habitante das grandes cidades pelas vantagens da urbanização.

Nesses casos, a repressão policial tem valor limitado, pois combatendo uma parte maior ou menor dos efeitos, não tem o condão de eliminar as causas.

E as causas todas emanam, principalmente, da má distribuição de riquezas e do conluio do Poder Público com o poder econômico, permitindo que este caminhe paralelamente com ele, como seu sub-gerente na condução dos destinos de um país. (FERNANDES et al, 2002, p. 389)

Resta claro, dessa forma, que a pobreza e a miséria são causas de um dos problemas mais sérios que atingem toda a humanidade nos dias atuais, qual seja, o aumento vertiginoso dos índices de criminalidade, sendo que nem mesmo o mais sofisticado e contundente aparato de repressão estatal vem conseguindo alcançar resultados relevantes no combate à violência que brota das desigualdades sociais.

Feita essa constatação, é preciso dizer que sob o império da economia de mercado e do fenômeno da globalização, a sociedade vem passando por transformações profundas a respeito das formas pelas quais o Estado promove intervenções em seu âmbito.³² No atual contexto, as relações, os processos e as estruturas econômicas, políticas, demográficas, geográficas, históricas, culturais e sociais, desenvolvidas internacionalmente, impõem-se sobre as relações, processos e estruturas que se desenvolvem em escala nacional. (IANNI, 2006, p. 237)

Nos países desenvolvidos, o “Estado providência” vem cedendo espaço para uma forma de atuação neoliberal. As conseqüências desta mudança são sentidas de maneira marcante no aumento do número de delitos, fato que vem implicando em uma nova forma de atuação do Estado no campo da justiça criminal, acarretando um aumento considerável do tamanho, bem como da virulência, do aparato inerente ao sistema penal. Percebe-se, ainda, que em tais países o recrudescimento das formas de punição dos criminosos caracteriza-se como o método adotado para a busca da pacificação social, ao mesmo passo em que mecanismos inerentes ao *welfare State* são abandonados, tornando as camadas sociais menos privilegiadas do ponto de vista econômico a “clientela preferencial” dos sistemas judiciais.

Já nos países em desenvolvimento ou países de modernidade tardia, antes da consolidação do “Estado do bem-estar social” está se verificando uma mudança na forma de atuação dos Poderes constituídos, sendo que estes, mesmo que de forma míope, vêm adotando uma estratégia de cunho neoliberal, circunstância que acarreta a consolidação das profundas desigualdades sociais entre os cidadãos e acentua a seletividade no campo de incidência dos

³² Sobre as conseqüências da globalização, mostram-se oportunos os apontamentos de José Augusto Lindgren Alves: “Uma das contradições evidentes de nossa época consiste no vigor com que os direitos humanos entraram no discurso contemporâneo como contrapartida natural da globalização, enquanto a realidade se revela tão diferente. Não é necessário ser ‘de esquerda’ para observar o quanto as tendências econômicas e as inovações tecnológicas têm custado em matéria de instabilidade, desemprego e exclusão social. Inelutável ou não, nos termos em que está posta, e independentemente dos juízos de valor que se lhe possa atribuir, a globalização dos anos de 1990, centrada no mercado, na informação e na tecnologia, conquanto atingindo (quase) todos os países, abarca diretamente pouco mais de um terço da população mundial. Os dois-terços restantes, em todos os continentes, dela apenas sentem, quando tanto, os reflexos negativos. [...] Enquanto para a sociedade de classes, da ‘antiga’ modernidade, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência (daí o *welfare State*), para a sociedade eficientista, da globalização pós-moderna, o pobre é responsabilizado e estigmatizado pela própria pobreza. Longe de produzir sentimentos de solidariedade, é associado ideologicamente ao que há de mais visivelmente negativo nas esferas nacionais, em escala planetária: superpopulação, epidemias, destruição ambiental, vícios, tráfico de drogas, exploração do trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade. As classes abastadas se isolam em sistemas de segurança privada. A classe média (que hoje abarca os operários empregados), num contexto de insegurança generalizada, cobra dos legisladores penas aumentadas para o criminoso comum. Ou, sentindo os empregos e as fontes de remuneração ameaçadas, recorre a ‘bodes expiatórios’ na intolerância contra o ‘diferente’ nacional – religioso, racional ou étnico – ou contra o imigrante estrangeiro (às vezes simplesmente de outra região do país). Anulam-se, assim, os direitos civis”. (ALVES, 2005, p. 26-27)

mecanismos do sistema penal, atingindo principalmente os pobres e miseráveis.³³

É preciso reconhecer que a produção de “refugo humano”,³⁴ ou, em outras palavras, de “seres humanos refugados”, dos “excessivos” e “redundantes”, enfim, dos que não puderam ou não quiseram ser reconhecidos ou obter permissão para ficar e fazer parte de determinada sociedade, caracteriza-se como um produto inevitável da modernização, e um acompanhante inseparável da modernidade. (BAUMAN, 2005, p. 12)

A desigualdade econômica e as conseqüências dela decorrentes, mormente a pobreza e a miséria, são consideradas como características das sociedades modernas, “apesar de estas terem vindo proclamar que todos os homens (mesmo os trabalhadores) são livres e iguais perante a lei”. (NUNES, 2003, p. 30)

³³ A respeito das conseqüências da adoção do modelo neoliberal em países de modernidade tardia, como o Brasil, as observações de Lenio Luiz Streck: “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do ‘Estado providência’ ou *welfare State* tem conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado social. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo deste Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia [...]. No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um ‘simulacro de modernidade’. Como muito bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é um ‘monumento à negligência social’, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso País as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno do Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso País, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno. [...] É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do ‘Estado providência’. Já em nosso País, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao ‘Estado absenteísta’, ‘minimizado’, ‘enxuto’ e ‘desregulamentado’ (*sic*) [...]. É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe! Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas”. (STRECK, 2005, p. 24-27)

³⁴ A idéia recebe tratamento interessante lançado por Marcelo Gonçalves Saliba e Maurício Gonçalves Saliba: “A característica da reciclagem está no aproveitar aquilo que não pode mais ser aproveitado, já que o consumidor dali retirou o que lhe interessava. É assim com o bagaço! Tiramos o doce suco e o resto vai para o lixo, porém o processo determina sua reutilização como adubo orgânico, dando-lhe nova utilização, tão importante quanto aquela. Mas nem tudo é reciclável! Alguns restos não conseguem ser reaproveitados, não havendo um espaço no processo econômico a que se consiga dar-lhe destinação. Eis o resto do resto, aquilo que ninguém quer por não se aproveitar. A esse resto, não reciclável, o destino é o isolamento, o afastamento dos nossos olhos, para que não possamos enxergá-lo. Mas o afastamento não nos permite tomar consciência que aquele resto foi por nós produzido e o seu constante amontoamento tende apenas a aumentar e protelar o problema. A sociedade moderna é antropeômica, o que significa dizer, vomita a parcela da sociedade que não lhe interessa, excluindo-a do seu meio (Lévi-Strauss). Quem interessa à nossa sociedade? O doente, o velho, o enfermo, o delinqüente? Com certeza, não! Eles são então excluídos, afastados, institucionalizados”. (SALIBA *et al*, 2006, *on line*)

De se observar, também, que durante grande parte da história moderna, muitas partes do Planeta, sobretudo as “atrasadas” e “subdesenvolvidas”, permaneceram total ou parcialmente inatingidas pelas pressões modernizadoras, escapando, assim, de seu efeito “superpopulacional”. Essas partes “pré-modernas” ou “subdesenvolvidas” eram vistas e tratadas como terras capazes de absorverem os excessos populacionais dos “países desenvolvidos” e, assim, eram encaradas como destinos naturais para a exportação de “pessoas redundantes”, caracterizando-se como aterros sanitários óbvios e prontos a serem utilizados para o despejo do refugo humano produzido pelo processo de modernização. A remoção desse refugo caracterizou-se como a mais específica característica da colonização e das conquistas imperialistas, ambas possíveis, e mesmo inevitáveis, em decorrência do poder diferencial continuamente reproduzido pela abissal desigualdade de “desenvolvimento” (chamada, eufemisticamente, de “atraso cultural”), resultante, por sua vez, do confinamento do modo de vida moderno a uma parte “privilegiada” do Planeta. Essa desigualdade permitiu aos países modernos buscar – e encontrar – soluções globais para problemas de superpopulação produzidos localmente. (BAUMAN, 2005, p. 12-13)

Tal situação pôde permanecer enquanto a modernidade, isto é, a modernização perpétua, compulsiva, obsessiva e viciosa, permanecia um privilégio. A partir do momento em que a modernidade tornou-se a condição universal da humanidade, vieram à tona os efeitos de seu domínio planetário. Observou-se, a partir daí, que a modernização progrediu de modo avassalador, atingindo as partes mais remotas do Planeta, sendo que quase toda produção e consumo humanos tornaram-se mediados pelo dinheiro e pelo mercado, motivo pelo qual a mercantilização, a comercialização e a monetarização dos modos de subsistência dos indivíduos alcançaram os recantos mais longínquos. Em virtude de tais circunstâncias, não mais se dispõe de soluções globais para excessos locais, observando-se, na realidade, exatamente o contrário, isto é, todas as localidades (incluindo, de modo mais notável, aquelas com elevado grau de modernização) têm de suportar as conseqüências do triunfo mundial da modernidade, vendo-se na obrigação de procurar, ao que parece sem sucesso, soluções locais para problemas produzidos globalmente. Em síntese, poderia se dizer que a nova plenitude do Planeta significa, essencialmente, uma crise aguda da indústria de remoção do refugo humano pois, enquanto sua produção prossegue inquebrantável, atingindo novos ápices, o Planeta, de forma cada vez mais rápida, necessita de novos locais de despejo e de ferramentas para reciclagem do lixo. (BAUMAN, 2005, p. 13)

Após a implosão do socialismo como modelo puro de governo, a prevalência do sistema capitalista e, mais recentemente, a adoção do modelo estatal

neoliberal,³⁵ intensificaram as desigualdades entre os diversos estratos da pirâmide social, quer nos países desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, acarretando uma cada vez mais acentuada concentração de riquezas, fazendo com que uma legião de pobres e miseráveis sejam privados dos direitos fundamentais à educação, saúde, trabalho e segurança e, por este motivo, recebam continuamente estímulos para a prática criminosa. Nestes termos, é possível afirmar que o processo de transição da modernidade para a modernidade recente pode ser encarado como um movimento que se dá a partir de uma sociedade inclusiva no sentido da consolidação de uma sociedade excludente, ou seja, desde uma sociedade cuja tônica é a assimilação e a incorporação até uma outra que, com características opostas, separa e exclui. (YOUNG, 2002, p. 23)

De forma lenta e contínua, esse novo modelo social, marcado pela exclusão, vai esculpindo novos valores e substituindo antigas crenças, concepções de mundo e moral, acarretando mudanças que se verificam em diversos campos, como o econômico, social, familiar, político e, inclusive, no relacionamento humano. É certo que ainda se mostra prematuro apontar, de forma conclusiva, quais são os novos valores sociais emergentes, mas é possível observar como algumas alterações, já visíveis, alteram e abalam a modernidade, provocando um panorama assustador. (SALIBA, 2008, p. 172)

A análise da mudança do modelo estatal em cotejo com o fenômeno do aumento da criminalidade³⁶ explica, em muitos de seus aspectos, a constatação de que há alguns anos a Europa vem sofrendo a escalada de um desses pânicos morais capazes, por sua amplitude e virulência, de mudar profundamente os rumos das políticas estatais, redesenhando a fisionomia das sociedades por ele atingidas, tendo por objeto a delinqüência dos jovens, a violência urbana, os múltiplos distúrbios e as incivildades, cujo centro de irradiação seriam os “bairros sensíveis”. (WACQUANT, 2001, p. 17)

Especificamente sobre a França, constata-se que o Estado iniciou um

³⁵ A respeito de uma das principais características do neoliberalismo, a abordagem de Anthony Giddens: “O antagonismo ao *welfare State* é um dos traços neoliberais mais característicos. O *welfare State* é visto como a fonte de todos os males, de maneira muito parecida àquela como o capitalismo era visto outrora pela esquerda revolucionária. [...] O que provê o bem-estar social se o *welfare State* deve ser desmantelado? A resposta é um crescimento econômico conduzido pelo mercado. *Welfare* deveria ser entendido não como benefícios estatais, mas como maximização do progresso econômico, e, portanto, riqueza geral, permitindo-se aos mercados operar seus milagres”. (GIDDENS, 2005, p. 23)

³⁶ Até mesmo entre crianças e adolescentes a questão mostra-se alarmante. A este respeito, o apontamento de Maurício Gonçalves Saliba: “A criminalidade infantil torna-se a cada dia um problema mais pungente em nossa sociedade. Talvez essa seja a maior mazela herdada do projeto brasileiro de desenvolvimento acelerado e da grande concentração de renda pela qual o País passou, agora acrescida de uma crescente incapacidade governamental de solucionar os problemas e desequilíbrios gerados pela dinâmica do crescimento das forças produtivas em detrimento das relações sociais. Neste momento, abundam projetos e discursos sobre as maneiras mais eficazes de se livrar dos inconvenientes ‘pequenos criminosos’”. (SALIBA, 2006-A, p. 15)

processo marcado pelo abandono de muitas políticas no campo social, resultando daí uma soma extraordinária de sofrimentos de todos os tipos, afetando não apenas as pessoas que vivem na pobreza e na miséria. Com o novo perfil do Estado francês, temos que, na origem dos problemas surgidos nos subúrbios das grandes cidades, há uma política neoliberal de habitação que, posta em prática na década de 1970, acarretou uma autêntica segregação social, colocando, de um lado, o subproletariado, composto, em grande parte, por imigrantes, que permaneceu nos grandes conjuntos coletivos, e, de outro lado, os trabalhadores permanentes dotados de um salário estável e a pequena burguesia, que passaram a residir em pequenas casas individuais compradas a crédito, fato que lhes trouxeram enormes dificuldades. Inegável, portanto, que o corte social sob foco foi determinado por uma medida política. (BORDIEU, 1998, p. 45)

É importante destacar que, atualmente, a Europa vem recebendo a influência decisiva dos Estados Unidos no que tange à forma de organização do Estado, deixando o modelo social (“Estado providência”) e fortalecendo uma tendência neoliberal, postura que acarreta forte redução dos investimentos voltados para a implementação dos direitos fundamentais sociais, bem como a erradicação de sindicatos com a conseqüente modificação das relações trabalhistas e a extinção de benefícios.³⁷

Vale observar, neste ponto, que nos Estados Unidos o que atualmente se verifica é um desdobramento do Estado, ou seja: de um lado, observa-se um Estado que

³⁷ A respeito do tema, as palavras esclarecedoras de Rolf Kuntz: “As políticas públicas de pleno emprego estão falidas, admite-se por toda parte; fala-se em redução da semana de trabalho, mas a proposta mais freqüente é tornar as relações de emprego ‘mais flexíveis’. Na Espanha, os socialistas tomam a iniciativa de pôr em debate mudanças desse tipo, como estímulo à sustentação do emprego. Os padrões de competição impostos pelo Extremo Oriente acabam ganhando o *status* de ‘normalidade’. Enquanto o drama não se resolve, e não se resolverá tão cedo, fecham-se as fronteiras, tenta-se frear a imigração e, de vez em quando, torram-se algumas famílias de estrangeiros. A combustibilidade, como descobriu a nova geração alemã, é uma das propriedades químicas mais interessantes dos povos morenos. Os turcos, porém, nada têm a ver com as decisões de cúpula da Volkswagen, da Kodak, da Nestlé, da Peugeot ou Mitsubishi. Por isso, enquanto as famílias de imigrantes fornecem um alvo à estupidez organizada, os grupos transnacionais prosseguem na sua rearticulação, dando novo formato aos mercados e jogando pela borda milhões de trabalhadores. Se há algo fora de dúvida, quanto a essa reorganização do capital, é o seu caráter excludente e concentrador. Os novos padrões de tecnologia e de gerência criam multidões de excedentes, alargam a distância entre as maiores e as menores remunerações e deixam aos planejadores e políticos um novo problema: descobrir um meio de reincorporar milhões de trabalhadores à atividade produtiva”. (KUNTZ, 2005, p. 145) Em complementação, a oportuna abordagem de José Murilo de Carvalho: “A exigência de reduzir o déficit fiscal tem levado governos de todos os países a reformas no sistema de seguridade social. Essa redução tem resultado sistematicamente em cortes de benefícios e na descaracterização do ‘Estado do bem-estar’. A competição feroz que se estabeleceu entre as empresas também contribuiu para a exigência de redução dos gastos via poupança de mão-de-obra, gerando um desemprego estrutural difícil de eliminar. Isso por sua vez, no caso da Europa, leva a pressões contra a presença de imigrantes africanos e asiáticos e contra a extensão a eles de direitos civis, políticos e sociais. O pensamento liberal renovado volta a insistir na importância do mercado como mecanismo auto-regulador da vida econômica e social e, como conseqüência, na redução do papel do Estado. [...] Diante dessas mudanças, países como o Brasil se vêem frente a uma ironia. Tendo corrido atrás de uma noção e uma prática de cidadania geradas no Ocidente, e tendo conseguido alguns êxitos em sua busca, vêem-se diante de um cenário internacional que desafia essa noção e essa prática”. (CARVALHO, 2007, p. 225-226)

mantém as garantias sociais, mas apenas para os privilegiados, isto é, para os que tenham cacife econômico capaz de dar garantias à atuação estatal; de outro, o que se percebe é um Estado repressor, policialesco, voltado para o povo. Neste sentido, dois exemplos mostram-se emblemáticos: no Estado da Califórnia, um dos mais ricos e conservadores dos Estados Unidos, o orçamento das prisões é superior, desde 1994, ao orçamento de todas as universidades reunidas; já os negros do gueto de Chicago só conhecem, do Estado, o policial, o juiz, o carcereiro e o *parole officer*, que é o oficial encarregado de aplicar as penas, diante de quem eles devem se apresentar regularmente, sob risco de voltarem à prisão. Como se percebe, a atuação do Estado está se reduzindo, cada vez mais, à sua função policial e punitiva.³⁸ (BORDIEU, 1998, p. 45-46)

Entretanto, ao contrário do que se esperava, tal postura estatal vem ensejando um sensível aumento da criminalidade tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, deixando claro, então, que a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social, sendo tal estratégia a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, sejam desenvolvidos ou não. (WACQUANT, 2001, p. 07-08)

Ainda sobre a política de segurança neoliberal, temos que:

[...] ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública – simbolizada pela luta contra a delinquência de rua – no momento em que este afirma-se e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hipermobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira. E isso não é uma simples coincidência: é justamente porque as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado-total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de “segurança”, subitamente relegada à mera dimensão criminal. No entanto, e sobretudo, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. Isso é dizer que a alternativa entre o tratamento social da miséria e de seus correlatos – ancorado numa visão de longo prazo guiada pelos valores de justiça social e de solidariedade – e seu tratamento penal – que visa as parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânico orquestrados por uma máquina midiática fora de controle, diante da qual a Europa se vê atualmente na esteira dos Estados Unidos, coloca-se em termos particularmente cruciais nos países recentemente industrializados da América do Sul [...].(WACQUANT, 2001, p. 07-08)

³⁸ Com a observação de Michel Foucault, deixando claro que esta não é a melhor estratégia no combate à violência e à criminalidade: “se há um desafio político global em torno da prisão, este não é saber se ela será não corretiva; se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poder que os administradores e guardas; na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente de prisão. O problema atualmente está mais no grande avanço desses dispositivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de poder que eles trazem, através da colocação de novas objetividades”. (FOUCAULT, 1991, p. 268)

Especificamente sobre o Brasil, constatamos um ambiente de desesperança e pânico coletivo, sendo que a histeria em torno da necessidade de segurança e as reações irracionais e reacionárias em face da questão da violência urbana comprometem até mesmo um projeto democrático que se pretenda duradouro, uma vez que preconizam desde a adoção da pena de morte para delinqüentes de todo tipo, passando por operações militares violentas e indiscriminadas em favelas e núcleos de pobreza da população civil, até a utilização banal de providências extraordinárias de estabilização da ordem pública, como o estado de sítio e o estado de defesa (arts. 136 e 137 da Constituição Federal), sabidamente acompanhadas da conseqüente supressão de direitos e garantias fundamentais. Este fenômeno, que em maior ou menor escala tem hoje feição mundial, demonstra a expansão do movimento *law & order*, assentando-se: a) na deterioração generalizada do tecido social; b) na violência urbana e na ineficiência do Estado no sentido de enfrentá-la; c) na expansão mundial do terrorismo, do crime organizado, do narcotráfico e das operações de lavagem de dinheiro obtido por meios ilícitos (*money laundry*). Diante de tal quadro, mostra-se impossível ignorar que a escalada da violência nos centros urbanos brasileiros, especialmente a violência gerada pelas facções de narcotraficantes, que explode nas favelas e se irradia para todos os pontos das cidades, tem atingido proporções extremas e insuportáveis. (CASTRO, 2005, p. 263-265)

Assim, mostra-se necessário que aos indivíduos seja garantida a possibilidade de superarem a pobreza e a miséria³⁹ sendo que, para tanto, devem ser promovidos mecanismos de concretização dos direitos fundamentais, caracterizando-se esta como uma das principais estratégias no combate à violência e à criminalidade, uma vez que, afastado do estado de penúria, o indivíduo deixará de encontrar tantos estímulos que o levam

³⁹ Pedro Demo aponta alguns horizontes voltados para o enfrentamento da pobreza: “Em primeiro lugar, torna-se claro que, para enfrentar a pobreza, é mister acertar seu fulcro político, e isto quer dizer, sem tirar nem pôr, que não é possível fugir do confronto. Esse termo parece excessivamente agressivo, mas quer apenas denotar sua dialética intrínseca política. Se o pobre não souber confrontar-se, entra no cenário como massa de manobra e disso não sai mais. Confrontar-se é a habilidade da cidadania democrática, feita dentro de regras de jogo do Estado de Direito, mas plantada na capacidade do pobre de fazer história própria. Não se combate a pobreza sem o pobre no comando desse processo. Em segundo lugar, não basta distribuir, é imprescindível redistribuir renda, tocando decisivamente no espectro das desigualdades vigentes. Os pobres não são pobres apenas porque produzem pouco, são desqualificados, heterogêneos, mas principalmente porque são ‘desiguais’, ou seja, espoliados, marginalizados, imbecilizados. É preciso tocar nessa chaga e virar o sentido histórico do acesso às oportunidades. Redistribuir renda implica necessariamente retirar de quem tem demais, equalizar oportunidades, privilegiar os desprivilegiados, o que coloca outro sentido ao debate sobre focalização das políticas sociais. Quando feita de cima, a focalização acaba em coisa pobre para pobre, inapelavelmente. Quando o pobre é figura central e comanda a focalização, pode ter como resultado iniciativas redistributivas de renda e poder. Sobre esse pano de fundo, o combate à pobreza poderia ser organizado em três dimensões hierárquicas e essenciais: a) primeiro, é mister haver assistência social, porque o direito à sobrevivência é um direito radical; sem ele, não há nada depois; todavia, o mais imediato nem sempre é mais importante; b) segundo, é mister haver inserção no mercado, para que o pobre se auto-sustente, ande com pernas próprias, tenha projeto de vida; c) terceiro, é mister haver cidadania, para que o pobre assuma seu destino com devida autonomia”. (DEMO, 2006, p. 35-36)

à prática delitiva.⁴⁰

Não há como se negar que o papel do Estado é intervir de modo a realizar, passo a passo, a justiça social. “Os pilares gêmeos da modernidade são o Estado de Direito e o “Estado do bem-estar social” tal como representado na teoria legal neoclássica e nas noções positivistas de planejamento. O Estado protege e o Estado liberta”. (YOUNG, 2002, p. 19-20)

É preciso, de uma vez por todas, compreender que “os direitos humanos não são mais simplesmente solenes declarações de intenção, mas, muito antes, uma parte obrigatória da ordem dos direitos e do Estado. Eles perderam o caráter de simples princípios de legitimidade e se tornaram princípios de legalidade”. (HÖFFE, 2006, p. 416)

Mesmo dentro de uma concepção liberal de Estado, mostra-se necessário compreender que o liberalismo realmente democrático já não pode ser aquele da Revolução Francesa, devendo ser permeado pelos elementos humanistas que vieram ao encontro do ideal da liberdade. (BONAVIDES, 1993, p. 49)

Em um País como o nosso, repleto de injustiças, os direitos sociais apresentam-se como uma contribuição essencial do Estado, sobretudo em favor daquela parcela da população que se mostra carente dos recursos básicos para o acesso a uma condição existencial minimamente aceitável, possibilitando-lhe alcançar o livre desenvolvimento físico e espiritual. (ZIMMERMANN, 2006, p. 333-334)

Não podemos ver perdurar um Estado que mantém relações ambíguas com a sociedade: autoritário e violento com a grande maioria da população e, ao mesmo passo, dócil e transigente com os interesses da elite. Sem que a sociedade brasileira seja capaz de provocar uma autêntica ruptura que tenha os direitos fundamentais como paradigma ético e a Constituição como único caminho, “a exceção continuará sendo a regra para largos setores da população e a democracia continuará sofrendo grandes dificuldades em se consolidar”. (VIEIRA, 1995, p. 195)

Devemos ressaltar que os conceitos de cidadania, democracia e direitos fundamentais estão intimamente ligados, sendo que um remete ao outro e seus conteúdos

⁴⁰ Evidenciando a idéia aqui lançada, as palavras realistas de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Eu disse em um Congresso no Rio de Janeiro que o nosso sério problema hoje, e eu dizia isso a eles lá no Rio, é que quando você chama a polícia, ela vem porque entraram na sua casa e te roubaram. Quando dez entrarem na tua casa e você chamar a polícia, a polícia vem, e vai ter mais dificuldade ainda. Quando mil descerem da Rocinha e entrarem na tua casa, você vai chamar a polícia e ninguém vai atender, porque o policial vai estar lá, entre os mil. E é isso que nós não estamos nos dando conta. É isso que nós estamos fazendo de conta que não existe. É isso que nós não estamos levando a sério. Nós não estamos levando a sério a situação de anomia. Nós não estamos levando a sério a situação de disfunção e menoscabo pela estrutura do sistema do ordenamento vigente. É isso que produz uma ‘Cidade de Deus’, e você vem me dizer que o Estado tem que ser privatizado!”. (COUTINHO, 2003, p. 421)

interpenetram-se. A análise da realidade brasileira, sobretudo pelo viés daqueles que se encontram na pobreza ou, pior do que isso, na mais completa indigência, deixa claro que as inovações trazidas pela Constituição, cujo signo maior é a verdadeira democracia, aquela que implica total respeito aos direitos fundamentais, estão ainda muito longe de serem alcançadas. O cidadão brasileiro, na realidade, usufrui de uma cidadania aparente, uma cidadania de papel, sendo que a temática da cidadania encontra seu limite quando nos deparamos com o problema da efetividade das normas constitucionais e com a inépcia dos Poderes Públicos. A concepção da nova cidadania está articulada a partir dos direitos fundamentais, sendo que cada um deles tem sua especificidade, mas constituem um todo integrado, em que cada um está implicado com os demais e a sua totalidade é que dá suporte para a “democratização da democracia”. (COSTA, 2007, p. 187)

Os Poderes constituídos e a sociedade civil organizada devem enfrentar o tema da concretização dos direitos sociais pois, somente assim, a pobreza e a miséria, enquanto causas da violência e da criminalidade, serão adequadamente equacionadas, em benefício de todos os indivíduos, independentemente do estrato social em que estejam inseridos.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: NORMAS (PRINCÍPIOS E REGRAS) CONSTITUCIONAIS

2.1. Princípios constitucionais: conceito, distinção (das regras), classificação e eficácia jurídica

As constituições são instrumentos que cumprem uma função-dever. Em outras palavras, é possível dizer que as constituições justificam-se na medida em que cumprem a exigência de proteger os direitos fundamentais, estes considerados como postulados ético-sociais destinados à tutela do livre desenvolvimento da dignidade humana, inspirados nos valores de determinada sociedade em dado momento histórico. (VERDÚ, 2003, p. 537-538)

A Constituição Federal de 1988 contemplou em seu texto regras e princípios diretamente relacionados aos direitos sociais e que servem de fundamento a uma nova forma de interpretação constitucional, voltada para a concretização de tal modalidade de direitos. Por este motivo podemos dizer que, em muitas de suas dimensões essenciais, a de 1988 caracteriza-se como “uma Constituição do Estado social”.⁴¹ (BONAVIDES, 2006, p. 371)

Uma análise sistemática do texto constitucional em vigor demonstra que um grande número de dispositivos palmilhou claramente o caminho do chamado “Estado do bem-estar social”. Dentro deste contexto, temos que a Constituição de 1988 identificou como

⁴¹ Oportuna a lição de Agustin Gordillo: “A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do ‘Estado do bem-estar’, é que enquanto naquela se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e ‘Estado do bem-estar’, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios. Pois bem, que relação há entre eles? Trata-se de uma noção que veio substituir outra? Na realidade, se tomamos a noção tradicional de Estado de Direito pareceria talvez que foi substituída pelo ‘Estado do bem-estar’; porém isso não seria verdadeiramente exato. A nosso ver, a noção de ‘Estado do bem-estar’ veio a operar como um corretivo para a noção clássica de Estado de Direito, revitalizando-a e atualizando-a. Em rigor, a noção de ‘Estado do bem-estar’, tomada isoladamente, poderia também resultar insuficiente, porquanto fazia questão fechada na ação positiva que o Estado deve ter, dando em certo modo, por implícita, a existência de todos os limites negativos que a doutrina clássica do Estado de Direito se ocupou de construir. Esta hipótese não se pode perder de vista e nem isolar-se conceitualmente, sob pena de cair nos excessos totalitários [...]. Desde já, não existe antítese entre ambos conceitos, como alguns autores advertiram. Como afirma Treves, ‘também o ‘Estado do bem-estar’ preocupa-se com a liberdade dos indivíduos e se esforça por estendê-la, pondo à disposição deles toda uma série de serviços sociais’. O fato de que a idéia do ‘Estado do bem-estar’ implique alcançar certos objetivos de bem-comum, tampouco é demonstração de que seria antitética à noção de Estado de Direito, pois esta também admite a limitação dos direitos individuais com finalidades de interesse público. E em definitivo se o ‘Estado do bem-estar’ reduz, por um lado, a esfera individual, o faz para poder acrescê-la por outro pelo que, ‘a afirmação do *welfare State* não implica, *de per se*, uma negação do *Rechtsstaat*, mas pressupõe, por outro lado sua permanência e até sua expansão”’. (GORDILLO, 1977, p. 74-75)

objetivos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, sendo que tais objetivos foram explicitados pelas regras constitucionais pertinentes à economia (art. 170 e s.), que, por disposição textual, deve se voltar para a valorização social do trabalho e também para a realização da justiça social. De se destacar, ainda, que a educação e a saúde deixaram de ser tratadas como programas de caráter indicativo, passando a compor o rol dos direitos fundamentais, sendo que estes, modernamente, já não são enfocados somente como uma das espécies dos direitos subjetivos, incorporando, na realidade, uma dimensão institucional pois, na medida em que um Estado passa a reconhecer e proteger direitos fundamentais, tais direitos demarcam o perfil deste mesmo Estado, indicando a forma de ser e agir em relação aos indivíduos que o integram. A “Constituição Cidadã”, assim, aponta para uma busca do bem-estar social, de tal modo que este aspecto não pode ser desconsiderado na tarefa de delimitar o perfil constitucional do Estado brasileiro. (ARAÚJO, 2008, p. 99-100)

Entre os princípios constitucionais umbilicalmente ligados aos direitos fundamentais sociais, podemos citar o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da solidariedade, o da vedação do retrocesso social e o da eficiência na Administração Pública.

Antes de abordarmos de forma individualizada cada um desses princípios, necessária se faz uma análise do que a doutrina denomina eficácia jurídica dos princípios constitucionais.⁴² (BARCELLOS, 2008, p. 73)

Tal análise tem como pressuposto a necessidade de se proceder a uma distinção entre regras e princípios.⁴³

No campo conceitual, os princípios revelam-se como os mandamentos nucleares de um sistema normativo, verdadeiros alicerces, disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua

⁴² Em busca de uma definição para a eficácia jurídica, a abordagem de Ana Paula de Barcellos: “Eficácia jurídica é um atributo associado aos enunciados normativos e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles. O natural seria que se pudesse exigir diante do Poder Judiciário exatamente aquele efeito que o comando normativo pretende produzir e as condutas que o realizam e que, por qualquer razão, não vieram a acontecer espontaneamente. Bastaria, assim, identificar o efeito pretendido pelo dispositivo e as condutas necessárias para torná-lo real e solicitar ao Judiciário que os produzisse no mundo dos fatos, coativamente”. (BARCELLOS, 2008. p. 73)

⁴³ Oportuno lembrar, também, dos pontos de aproximação entre as regras e os princípios, conforme ressaltado por Walter Claudius Rothenburg e Robert Alexy: “Antes de adentrar a discussão acerca da autonomia conceptual dos princípios, com detença em suas particularidades e distinções para com as demais normas jurídicas, mister se faz render homenagem ao muito que todos – princípios como regras – têm em comum, é dizer, do caráter normativo de ambos, a fazê-los espécies filiais de um mesmo gênero: a norma jurídica”. (ROTHENBURG, 2003, p. 15) “Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos estabelecem o que é devido. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”. (ALEXY, 2007, p. 64-65)

adequada compreensão, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema, conferindo-lhe a tônica e o sentido harmônico. De se observar que é o conhecimento dos princípios que norteia o entendimento a respeito das diferentes partes componentes de um sistema jurídico positivo. Por este motivo, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma regra, sendo que o desrespeito a um princípio implica na ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos, caracterizando-se como a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, representando uma insurgência contra todo o sistema, uma autêntica subversão de seus valores fundamentais. (MELLO, 2007, p. 922-923)

A distinção entre regras e princípios não é nova. Apesar de sua antiga e freqüente abordagem, sobre esta distinção ainda pairam consideráveis doses de confusão e polêmica. (ALEXY, 2007, p. 64)

Podem ser apontados diversos critérios de distinção entre regras e princípios. De imediato e partindo de uma análise em torno do conteúdo, temos que os princípios incorporam primeira e diretamente os valores fundamentais, ao passo que as regras destes se ocupam mediatamente, num segundo momento. Quanto à apresentação ou forma enunciativa, os princípios mostram-se vagos, amplos, abertos, sendo que as regras contam com uma maior especificidade. No que diz respeito à aplicação ou maneira de incidir, os princípios incidem sempre, porém, normalmente, mediados pelas regras, sem excluir outros princípios concorrentes e sem desconsiderar outros princípios divergentes, que podem conjugar-se ou ser afastados apenas para o caso concreto; já as regras incidem direta e exclusivamente, caracterizando-se por uma aplicação integral (apesar de não exaustiva) e estrita, eliminando outras conflitantes. Com relação à funcionalidade ou utilidade, os princípios mostram-se estruturantes e voltados para a fundamentação, enquanto que as regras descem à regulação específica. (ROTHENBURG, 2003, p. 81)

Como se vê, numerosos são os critérios propostos para a distinção entre regras e princípios. O da generalidade é o mais freqüentemente utilizado. Segundo este critério, os princípios são normas com um nível (ou grau) de generalidade relativamente alto, enquanto as regras possuem um nível relativamente baixo. Ainda podem ser citados, entre outros critérios de distinção, aquele inerente à gênese da norma (distinção entre normas “criadas” e “desenvolvidas”); o que se relaciona à explicitude de seu conteúdo valorativo; o da referência à idéia de direito ou à noção de um direito supremo; além daquele vinculado à própria importância para o ordenamento jurídico. (ALEXY, 2007, p. 65-66)

Entretanto, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios diz respeito ao fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em sua maior amplitude possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são “mandamentos de otimização”, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes níveis (ou graus), sendo que a devida medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. (ALEXY, 2007, p. 67-68)

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2007, p. 68) Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, “mandamentos definitivos”. A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção. (ALEXY, 2008, p. 64) Realçando essa linha de entendimento:

Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo). Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica. (CANOTILHO, 2003, p. 1.255)

A existência dessas duas modalidades de normas, conforme até aqui destacado, permite-nos compreender que a Constituição deve ser encarada como um sistema aberto de regras e princípios. Como se presume, um modelo constituído exclusivamente por regras poderia nos conduzir a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, exigindo uma disciplina legislativa exaustiva e completa, correspondendo a um autêntico legalismo do mundo e da vida, fixando, em termos absolutos, as premissas e os resultados das regras. A adoção de tal modelo resultaria em um aperfeiçoado sistema de segurança jurídica; entretanto, não haveria qualquer espaço para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente aberto. Por outro lado, o modelo baseado somente em princípios acarretaria conseqüências inaceitáveis decorrentes da inexistência de regras precisas, da coexistência de princípios conflitantes e da dependência do “possível” fático e jurídico, conduzindo a um sistema falho do ponto de vista da segurança. (CANOTILHO, 2003, p. 1.162)

Percebemos, assim, que um determinado sistema jurídico necessita de regras, como aquelas que fixam a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva. Entretanto, este mesmo sistema precisa de princípios como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito. Tais princípios caracterizam-se como exigências de otimização, abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. (CANOTILHO, 2003, p. 1.162-1.163).

Em virtude de sua relevância ou proximidade axiológica, os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica pois, a um só passo, caracterizam-se como fundamentos das regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite amalgamar todo o sistema constitucional. (CANOTILHO, 2003, p. 1.163)

Dessa forma, podemos compreender que os princípios e as regras, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática: o direito constitucional é um sistema aberto de regras e princípios que, por meio de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, além de iniciativas dos cidadãos, passa de um *law in the books* para um *law in action*, para uma *living Constitution*. (CANOTILHO, 2002, p. 1.162-1.163) Aprofundando este raciocínio:

Esta perspectiva teórico-jurídica do “sistema constitucional”, tendencialmente “principlista”, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. [...] colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores⁴⁴ (liberdade, democracia, dignidade)

⁴⁴ Sobre o tema, uma outra distinção que se mostra necessária é aquela relativa aos valores e princípios, valendo destacar, aqui, as ponderações de Luiz Antônio Rizzatto Nunes e Eros Roberto Grau: “Com efeito, têm-se usado os dois termos indistintamente, como se tivessem o mesmo conteúdo semântico. Mas o fato é que, enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que ‘vale’, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização. O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo, portanto. O valor sofre toda a influência de componentes históricos, geográficos, pessoais, sociais, locais etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação – jurídicas ou não. Por isso, há muitos valores e são indeterminadas as possibilidades de deles falar. Eles variarão na proporção da variação do tempo e do espaço, na relação com a própria história corriqueira dos indivíduos. O princípio, não. Uma vez constatado, impõe-se sem alternativa de variação”. (NUNES, 2002, p. 05) No mesmo sentido: “As possibilidades de realização de justiça material hão de residir – ou não residir – no próprio Direito, em seus princípios; não se as pode buscar além dele, em valorações abstratas, subjetivas. Assim, entre as alternativas que temos diante de nós – jurisprudência de valores e jurisprudência de princípios –, não me parece restar opção senão pela segunda. Sigo, para tratar da questão da distinção entre princípios e valores, as indicações de Habermas, no *Faktizität und Geltung* (1992). Os princípios são dotados de sentido deontológico; já os valores são dotados de significado teleológico. Por isso, os princípios obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Os valores, por outro lado, devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas; expressam a ‘preferencialidade’ (*Vorzugswürdigkeit*) – o caráter preferencial – de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a objetivos ou finalidades. Daí dizermos que valores são bens atrativos – não são normas”. (GRAU, 2008, p. 112)

fundamentadores da ordem jurídica e dispõem da capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da Constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a Constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais. A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico [...] quer se trate de um texto constitucional programático [...]. (CANOTILHO, 2003, p. 1.163-1.164)

Expostas as premissas fundamentais a respeito da distinção entre as duas espécies de normas sob foco, mostra-se relevante a apresentação de uma das classificações possíveis relativas aos princípios e as regras constitucionais.⁴⁵

Os princípios podem ser classificados como: a) princípios jurídicos fundamentais; b) princípios políticos constitucionalmente conformadores; c) princípios constitucionais impositivos; e d) princípios-garantia. Já as regras podem ser classificadas em: a) regras jurídico-organizatórias (estas podendo ser classificadas como: 1. regras de competência; 2. regras de criação de órgãos; e 3. regras de procedimento); b) regras jurídico-materiais (classificadas em: 1. regras de direitos fundamentais; 2. regras de garantias institucionais; 3. regras definidoras de fins e tarefas do Estado; e 4. regras constitucionais impositivas).

Os princípios jurídicos fundamentais são aqueles historicamente construídos e progressivamente introduzidos na consciência jurídica, que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, sendo que comportam uma função negativa (relevante nos chamados “casos limites” – Estado de Direito e de Não-Direito, Estado Democrático e Ditadura –, bem como nos casos em que se constate o perigo do excesso de poder), além de uma função positiva (informando materialmente os atos dos Poderes Públicos).

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são os que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Em tais princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o cerne político de uma Constituição, não admirando que sejam reconhecidos como limites do poder de revisão, bem

⁴⁵ A classificação adotada é aquela apresentada por Joaquim José Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 1.164-1.173, 2003).

como que se revelem como aqueles mais diretamente visados no caso de alteração profunda do regime político. Entre eles podem ser citados: os princípios definidores da forma de Estado; os princípios definidores da estrutura do Estado; os princípios estruturantes do regime político; e os princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral.

Entre os princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos aqueles que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, também, normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas. Traçam, sobretudo para o legislador, diretrizes da sua atividade política e legislativa. Inegável, portanto, a íntima relação de tais princípios com os direitos fundamentais sociais.

Já os princípios-garantia visam instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos, sendo que a eles é atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Podem ser citados, a título de exemplos, os princípios *nullum crimen sine lege*; *nulla poena sine lege*; do juiz natural; *non bis in idem*; e *in dubio pro reo*.

Quanto às regras constitucionais, uma primeira nota deve ser dirigida às regras jurídico-organizatórias. Estas comportam as chamadas regras de competência, ou seja, aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos ou são estabelecidas esferas de competência entre os vários órgãos, além das regras de criação de órgãos (normas orgânicas) que visam disciplinar a criação ou instituição constitucional dos organismos estatais (quando, além da criação de órgãos, as normas fixam as atribuições e competências dos mesmos, diz-se que são normas orgânicas e de competência). Entre as jurídico-organizatórias temos, ainda, as regras de procedimento, valendo destacar, aqui, que uma das técnicas de elaboração constitucional é a de estabelecer normas procedimentais apenas nos casos em que o procedimento é um elemento fundamental da formação da vontade política e do exercício das competências constitucionalmente consagradas.

Como se percebe, as regras jurídico-organizatórias são complexas, com uma grande diversidade de funções: a) função estruturante das organizações (esquema organizatório, individualização dos órgãos); b) função atributiva de um poder (competência); c) função distributiva de competências por vários órgãos de um ente público; e d) função procedimental ou processual.

Por sua vez, no âmbito das regras jurídico-materiais, temos aquelas que trazem os preceitos destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de

direitos fundamentais, garantindo aos cidadãos um *status* jurídico-material (regras de direitos fundamentais). Também aqui se incluem as regras de garantias institucionais, sendo que estas se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) e andam, muitas vezes, associadas às normas de direitos fundamentais, visando tutelar formas de vida e de organização social indispensáveis à própria proteção de direitos dos cidadãos. Confundidas com estas garantias institucionais, mencionam-se, por vezes, aquelas normas que prescrevem determinadas exigências ou requisitos aos titulares de certas funções estatais (órgãos e agentes), de forma a assegurarem o exercício funcional nos termos fixados na Constituição.

Temos, ainda no campo das regras jurídico-materiais, aquelas que determinam os fins e tarefas do Estado, podendo ser definidas como preceitos constitucionais que, de uma forma global e abstrata, fixam essencialmente as atividades prioritárias do Poder Público, muitas vezes vinculadas à realização e garantia dos direitos dos cidadãos, sobretudo aqueles de índole econômica, social e cultural.⁴⁶

Por último, continuando na esfera das regras jurídico-materiais, temos as impositivas, cuja importância está no fato de imporem um dever concreto e permanente, materialmente determinado, que, no caso de não ser cumprido, dará origem a uma omissão inconstitucional.

Sobre a relação entre os princípios e as regras dentro de um sistema constitucional, temos que:

[...] a articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam-se em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (= diferentes densidades semânticas).

Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico e político.

[...]

Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que “densificam” os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno. [...] Estes princípios gerais fundamentais podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda através de outros princípios constitucionais especiais.

[...]

Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza. [...] As normas reconhecedoras de direitos econômicos, sociais e culturais, densificam o princípio da socialidade que, por sua vez, concretiza o princípio democrático na sua dimensão de democracia econômica, social e política.

⁴⁶ O tópico 2.7. desta pesquisa volta-se para a análise detalhada dessa modalidade de regras.

Os princípios estruturantes → princípios constitucionais gerais → princípios constitucionais especiais → regras constitucionais, constituem um sistema interno. [...]

Este esquema não se desenvolve apenas numa direção, [...] ou seja, dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou [...] do concreto para o abstrato. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de “esclarecimento recíproco”. Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter um grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial. (CANOTILHO, 2003, p. 1.173-1.175)

Feitas as necessárias distinções conceituais e de ordem classificatória, mostra-se relevante consignar que o estudo do caminho percorrido pela doutrina até o reconhecimento da eficácia jurídica dos princípios constitucionais demanda a análise de três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. (BONAVIDES, 2006, p. 259)

Com o termo “jusnaturalismo” identificamos uma das principais correntes filosóficas do Direito, que o acompanha ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. A idéia matriz do jusnaturalismo repousa no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado e, assim, não possuem uma relação de dependência para com o direito positivado. O direito natural possui uma validade inata, legitimando-se por uma ética superior, estabelecendo limites ao próprio corpo das normas estatais. (BARROSO, 2006, p. 19)

Em um primeiro enfoque, observamos que a doutrina tradicional, de cunho jusnaturalista, sempre negou eficácia jurídica aos princípios. Por conta de um suposto caráter transcendente, ou mesmo em razão de seu conteúdo e vagueza, assim como pela formulação por meio de dispositivos destituídos de sanção imediata, qualificavam-se os princípios como singelas exortações, preceitos de ordem moral ou política, não considerados como verdadeiros comandos dotados de força normativa. (ROTHENBURG, 2003, p. 13)

Essa face mais tradicional do jusnaturalismo apresenta o entendimento de que os princípios constituem uma esfera “por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”. (BONAVIDES, 2006, p. 259)

Ainda de acordo com os postulados jusnaturalistas, a Constituição estaria cravada na fronteira entre o social (a moral, o político etc.) e o jurídico, ou seja, justamente porque não representa um corpo de normas estritamente jurídicas, a Constituição apareceria como o repositório natural dos princípios. (ROTHENBURG, 2003, p. 13)

Com o surgimento do Estado liberal, bem como em virtude da consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos, reconheceu-se a vitória do direito natural, sendo que este atingiu o seu ápice. Entretanto, paradoxalmente, mencionados fatores também representaram a superação histórica da doutrina jusnaturalista.

De fato, no início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, incorporaram-se aos ordenamentos positivos e, por tal motivo, já não significavam uma revolução, mas tendiam ao conservadorismo. Por tal motivo, considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi colocado à margem da história pela onipotência positivista do século XIX. (BARROSO, 2006, p. 22-23)

Assim, a segunda fase da “teorização dos princípios vem a ser a juspositivista,⁴⁷ com os princípios entrando já nos códigos como fonte normativa subsidiária”. (BONAVIDES, 2006, p. 262)

O positivismo jurídico correspondeu à importação do positivismo filosófico para o universo do Direito, com o que se pretendia criar uma ciência jurídica com características semelhantes às das ciências exatas e naturais. A busca de uma objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, trouxe consigo a compreensão de que o Direito diferencia-se da moral e dos valores transcendentais. Neste sentido, consolidou-se o entendimento de que Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa, sendo que a ciência do Direito, como as demais, fundamenta-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Mesmo correndo o risco inerente a toda e qualquer simplificação, mostra-se possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: a) a aproximação quase plena entre Direito e norma; b) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; c) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; d) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo.

⁴⁷ Segundo Norberto Bobbio, um critério de distinção entre jusnaturalismo e positivismo jurídico pode ser assim sintetizado: “A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma é válida somente se for justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é confirmação da validade; para outros, a validade é a confirmação da justiça. Chamamos esta doutrina de positivismo jurídico, embora devemos convir que a maior parte daqueles que são positivistas na filosofia e teóricos e estudiosos do direito positivo (o termo “positivismo” se refere tanto a uns quanto a outros), nunca sustentaram uma tese tão extremada”. (BOBBIO, 2005, p. 58-59)

Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.⁴⁸ (BARROSO, 2006, p. 24-25)

A doutrina positivista sustenta que os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam o direito positivo e lhe servem de fundamento. Dentro desta concepção, os princípios decorrem de induções abstratas e de sucessivas generalizações das regras positivadas, servindo como instrumentos destinados a impedir o vazio normativo. O valor dos princípios decorre do fato de derivarem do próprio direito posto e não por constituírem um direito natural ou ideal. “O juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supraleais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”. (BONAVIDES, 2006, p. 262-263)

Entretanto, a superação histórica do jusnaturalismo, aliada ao fracasso político do positivismo, permitiram o surgimento de um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. “Pós-positivismo”: esta é a designação provisória e genérica de um ideário difuso sob o qual se enfeixam a definição das relações entre valores, princípios e regras, os aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, além da teoria dos direitos fundamentais, esta construída sobre o alicerce da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte deste ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. Gradativamente, formulações que antes se mostravam dispersas e afastadas ganham unidade e

⁴⁸ Impostergáveis, neste ponto, as palavras incisivas de Fábio Konder Comparato: “Graças à ação ideológica do positivismo jurídico, passou-se, tranqüilamente, da concepção substancial à meramente formal de Constituição. Nas origens, a função maior, senão única, de uma Constituição era a garantia dos cidadãos contra o abuso de poder. Em 1789, os representantes do povo francês, constituídos em assembléia nacional, declararam que ‘toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição’ (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 16). Depois do trabalho de sapa do positivismo jurídico, passou-se a admitir a existência e validade jurídica de constituições com qualquer conteúdo. A Constituição tendeu a ser, doravante, uma espécie de codificação, cuja diferença em relação às outras consistiria em sua maior força normativa e em não poder ser ela alterada pelos meios ordinários. Além disso, desenvolveu-se uma tendência à dissolução do corpo normativo constitucional em normas esparsas, as chamadas leis constitucionais. Após a sua derrota na guerra de 1870 contra a Prússia, a França passou a ser regida, a partir de 1875, não por uma Constituição, mas por várias leis constitucionais: sobre a organização dos Poderes Públicos, sobre a organização do Senado, sobre as relações entre os Poderes Públicos. Nessas condições, o objeto próprio de uma Constituição deixou de ser a proteção dos cidadãos contra o abuso de poder, reduzindo-se à regulação do funcionamento dos órgãos estatais. De onde a conhecida crítica do movimento neoliberal às declarações constitucionais de proteção aos direitos econômicos e sociais, em nome da ‘governabilidade’. Ora, com a afirmação da simples legalidade formal como fator de legitimidade política, e pela redução da Constituição ao nível de mero ordenamento dos órgãos estatais, qualquer que seja a finalidade última perseguida pelos governantes, é inegável que os positivistas do Direito contribuíram, decisivamente, para o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade jamais conheceu em toda a sua longa história: o Estado totalitário”. (COMPARATO, 2006, p. 362-363)

consistência, ao mesmo tempo em que a doutrina e a jurisprudência desenvolvem o esforço que procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos. É preciso destacar, aqui, que o discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve repercutir, de forma concreta e objetiva, sobre o ofício dos operadores do Direito, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Na realidade, o que se deve buscar é o rompimento da fronteira da reflexão filosófica, com o conseqüente ingresso na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial, tudo com o objetivo de que sejam produzidos efeitos positivos sobre a realidade. (BARROSO, 2004, p. 300-301)

Assim, com o pós-positivismo, inaugurado com os grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, temos o reconhecimento da “hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. (BONAVIDES, 2006, p. 264)

Dentro desse quadro, os princípios constitucionais, explícitos ou não,⁴⁹ passam a ser compreendidos como a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, espelhando a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas; além disso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve caminhar pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, partindo do mais genérico para o mais específico, até encontrar a formulação da regra que vai disciplinar o caso concreto. Em síntese, podemos afirmar que os papéis centrais a serem desempenhados pelos princípios são os seguintes: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. (BARROSO, 2006, p. 29-30)

É preciso destacar que, “na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia ou aplicabilidade imediata”. (BARROSO, 2006, p. 30)

Assim, todo discurso normativo tem que colocar os princípios em seu raio de abrangência, aos quais as regras se vinculam. Tal necessidade decorre da circunstância de

⁴⁹ A respeito dos “princípios implícitos”, as ponderações de Luís Roberto Barroso: “Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, e sem pretender enveredar por discussão filosófica acerca de positivismo e jusnaturalismo, tem-se, aqui, como fora de dúvida, que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e se encontram em permanente mutação”. (BARROSO, 2009, p. 157-158)

que os princípios lançam clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complexas que sejam. (BONAVIDES, 2006, p. 259)

Tomado a sério, o constitucionalismo, como projeção jurídica do Direito, confere um sentido novo, de tipo construtivo, à ciência jurídica, exigindo da teoria a elaboração de técnicas de garantia que busquem outorgar eficácia aos princípios. (FERRAJOLI, 2002, *on line*)

Tal forma de constitucionalismo, que pode ser denominado de “garantista”, implica até mesmo em uma revisão da concepção puramente formal da democracia. A positivação dos princípios e dos direitos fundamentais em normas constitucionais, condicionando a legitimidade do sistema político à sua plena tutela e observância, traz consigo a incorporação de uma dimensão substancial da democracia, que se soma à dimensão formal ou política tradicional. (FERRAJOLI, 2002, *on line*)

Avançando sobre o assunto em pauta, temos que a doutrina reconhece três modalidades de eficácia jurídica aos princípios: a) a interpretativa; b) a negativa; e c) a vedativa de retrocesso. (BARCELLOS, 2008, p. 107)

Por conta da multiplicidade de situações às quais podem ser aplicados ou em relação às quais deverão funcionar como vetor interpretativo, bem como em virtude da indeterminação de seus efeitos e das condutas necessárias para realizá-los, os princípios contam com uma eficácia interpretativa bastante ampla. Tal amplitude mostra-se ainda mais clara quando estamos diante de princípios constitucionais que, além das referidas características, gozam ainda da superioridade hierárquica própria da Constituição. Como consequência da eficácia interpretativa, cada disposição infraconstitucional, ou mesmo constitucional, deverá ser interpretada de modo a realizar o mais amplamente possível o princípio que rege a matéria. (BARCELLOS, 2008, p. 107)

Já a eficácia negativa funciona como uma espécie de “barreira de contenção, impedindo que sejam praticados atos, editados comandos ou aplicadas normas que se oponham aos propósitos do princípio”. (BARCELLOS, 2008, p. 107-108)

Quanto à vedação do retrocesso, temos que tal forma de eficácia desenvolveu-se particularmente voltada para os princípios constitucionais que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais para cuja consecução é necessária a edição de disciplina infraconstitucional. Partindo do pressuposto de que essas disposições infraconstitucionais serão as responsáveis por construir o caminho capaz de levar ao fim pretendido, o propósito da vedação é evitar que o legislador vá tirando as tábuas e destruindo o

caminho porventura já existente, sem criar qualquer alternativa que conduza ao objetivo em questão. (BARCELLOS, 2008, p. 108)

Não há dúvida de que a tripla eficácia reconhecida aos princípios constitucionais – interpretativa, negativa e vedativa de retrocesso – representa um considerável avanço no esforço de construção da sua normatividade, uma vez que, embora de forma indireta, procura assegurar, coativamente inclusive, os efeitos pretendidos pelos princípios. (BARCELLOS, 2008, p. 108)

Os princípios são o oxigênio das constituições na época do pós-positivismo, sendo que graças a eles os sistemas constitucionais ganham unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa. A força que impulsiona a grande transformação pela qual passam os princípios reside no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, deixa os códigos, no âmbito dos quais os princípios eram fontes de mero teor supletivo, para ganhar as constituições, nas quais se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica. Colocados no ponto mais alto da escala normativa, os princípios revestem-se da condição de normas supremas. Servindo de pautas ou critérios para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios recebem máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais, somada aos arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo, confirmam essa tendência irrefreável que conduz à valoração e à eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das constituições em seus valores fundamentais. (BONAVIDES, 2006, p. 286, 288-290)

Assim, a compreensão de índole pós-positivista do universo jurídico aponta para o reconhecimento da efetiva natureza normativa dos princípios, afastando as tentativas de caracterizá-los como simples sugestões ou diretivas, “a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica ‘mitificadora’ e enganosa, frequentemente empregada”. (ROTHENBURG, 2003, p. 81-82)

Ainda sobre a questão da eficácia, mostra-se importante observar que, embora, na maioria das vezes, os princípios realizem melhor suas potencialidades quando desenvolvidos e particularizados por outras normas, temos que, em casos-limites, como aqueles marcados pela ausência, insuficiência ou inadequação das regras, pode-se deduzir

uma pretensão específica e resolver uma questão concreta com fundamento exclusivo nos princípios jurídicos. (ROTHENBURG, 2003, p. 82)

De se destacar, também, que os ordenamentos jurídicos contemporâneos, diante da rapidez com que se verificam os avanços tecnológicos e as mudanças em conceitos clássicos, como os de soberania, democracia e Estado Democrático de Direito, apoiam-se muito mais nos princípios constitucionais do que em qualquer outro tipo de norma jurídica. Assim, o Direito, fruto da razão humana e da sistematização de suas experiências, não pode pretender esgotar-se em textos mutáveis, sempre sujeitos a revogações pelos órgãos normativos do Estado e, principalmente, pela força cada vez maior da sociedade civil. Neste sentido, temos que, mesmo para o mais purista dentre os que se alinham à doutrina do positivismo, mostra-se impossível não concordar com a existência de um núcleo essencial permanente no ordenamento jurídico, que possibilita a fundamentação da validade e da efetividade do conjunto de normas que o compõem. Um ordenamento jurídico, mesmo que construído em padrões profundamente herméticos, não deve ser compreendido como um simples amontoado de regras esparsas, produto da vontade de quem está no poder em determinado momento histórico; quando isso é constatado, o Estado Democrático de Direito mostra-se ausente, não se podendo afirmar a presença de um pressuposto de civilização contemporânea a orientar a produção das normas jurídicas. (CRUZ, 2006, p. 09-10)

Dentro da concepção que reconhece força normativa e, portanto, eficácia jurídica aos princípios, passaremos a analisar alguns deles, consagrados na Constituição Federal de 1988, que guardam estreita relação com os direitos fundamentais sociais, trazendo a estes a necessária possibilidade de reivindicação, inclusive na esfera do Poder Judiciário.

2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial

A doutrina cristã representou um ponto de inflexão no mundo antigo posto que, pela primeira vez, o homem passou a ser valorizado enquanto indivíduo. Muitos séculos mais tarde, o movimento iluminista, calcado na razão, foi o responsável por retirar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem. O fortalecimento do humanismo trouxe consigo uma série de conseqüências que influenciaram decisivamente no desenvolvimento da idéia de dignidade humana, sobretudo por meio da preocupação com os direitos individuais e o exercício democrático do poder. Atualmente, um dos poucos consensos teóricos reside no valor essencial do ser humano, sendo que a dignidade, o valor do homem como um fim em si mesmo, mostra-se como um axioma da

civilização ocidental, talvez a única ideologia remanescente. (BARCELLOS, 2008, p. 121-124)

O princípio ético central corresponde à constatação de que o ser humano existe como um fim em si mesmo, não podendo ser visto como meio do qual esta ou aquela vontade pode servir-se a seu talante, sendo que a dignidade “resulta do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”. (COMPARATO, 2007, p. 21-22)

A dignidade não abarca somente a circunstância da pessoa não se caracterizar como mero instrumento, sendo certo que desta primeira constatação decorre outra, tão importante quanto, segundo a qual o indivíduo deve ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir. (TAVARES, 2006, p. 497-498)

O princípio da dignidade da pessoa humana tem uma dupla dimensão, tanto negativa quanto positiva. A dignidade consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação, que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza. (TAVARES, 2006, p. 498)

Na história recente, temos que a reação aos horrores do nazismo e do fascismo levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana como valor máximo dos ordenamentos jurídicos, sendo reconhecido como princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países introduziram em suas constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (*e.g.*, Alemanha, Portugal, Espanha e Bélgica), sendo que também a Constituição Brasileira de 1988 trouxe referido princípio, pela primeira vez, no art. 1º, III,⁵⁰ desenvolvendo-o de forma analítica ao longo de seu texto em diversos dispositivos que, de forma clara, mostram-se permeados pelo ideal de valorização do homem enquanto sujeito de direitos. (BARCELLOS, 2008, p. 126-127)

⁵⁰ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana caracteriza-se como o valor-guia do ordenamento constitucional brasileiro, sendo expressamente positivado pelo constituinte de 1988 por meio de uma fórmula principiológica. (MARTINS, 2005, p. 98) Enquanto núcleo dos fundamentos da República, o princípio da dignidade da pessoa humana irradia o seu conteúdo e autoriza a afirmação de que o cidadão precede ao Estado, sendo que este somente se justifica enquanto garantidor de tal princípio, buscando a plena efetividade dos direitos de cidadania. (GOMES, 2006, p. 39)

O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana se relaciona com os direitos fundamentais, partindo do pressuposto de que o indivíduo terá respeitada sua dignidade quando seus direitos básicos forem observados e, mais que isso, concretizados. (BARCELLOS, 2008, p. 128)

Nesse sentido, a dignidade humana constitui o fundamento para a legitimação dos direitos sociais, sendo que a dedução de tal modalidade de direitos a partir do valor básico da dignidade aponta para a inafastável conclusão de que é exatamente ela o critério unificador para a estruturação e ordenação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. (NEUNER, 2006, p. 146 e 154-155)

Dentro desse quadro, é possível afirmar que o postulado da dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, mas sim um valor ao qual a Constituição decidiu atribuir máxima relevância por meio de uma formulação de cunho principiológico, expressamente incorporada ao sistema jurídico; trata-se, portanto, de princípio constitucional que tem a pretensão de plena normatividade, sendo que tal pretensão mostra-se perfeitamente caracterizada pela escolha do legislador constituinte no sentido de incluí-lo entre os princípios fundamentais. (MARTINS, 2005, p. 98)

Enquanto princípio constitucional decorrente de um dos fundamentos da República brasileira, a dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

O não reconhecimento em favor do indivíduo de seus direitos fundamentais significa negar-lhe a própria dignidade, sendo que esta se mostra absoluta, plena e, portanto, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos capazes de relativizá-la. (NUNES, 2002, p. 46) Ratificando essa constatação:

Verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa

humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio [...], em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. (SARLET, 2007-A, p. 86)

Voltando atenção mais especificamente aos direitos fundamentais sociais, temos que o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionado à noção de mínimo existencial,⁵¹ entendido como o dever do Estado de garantir a todos um *standard* social mínimo e incondicional.

Tendo por fundamento o homem, este considerado como único ser dotado de valor absoluto, a teoria do mínimo vital estabelece a necessidade da preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a manutenção da vida e para sua integração na sociedade. Percebe-se, assim, que referida teoria estabelece, a rigor, um comando implícito, determinando que outras ações estatais, inerentes às políticas públicas, somente sejam implementadas depois de satisfeitas as necessidades básicas de todas as pessoas vinculadas a um determinado Estado. A idéia do mínimo vital indica que a organização socioeconômica pode variar, mas, qualquer que seja a opção, deve ela estar comprometida com a preservação da dignidade material de todos. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 70)

Aqui, vale destacar que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, foram inseridas entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988. Assim, temos que a questão social é uma preocupação inextirpável do Estado brasileiro, sendo que a discricionariedade dos responsáveis pelas correspondentes políticas públicas limita-se aos meios que devem ser postos à disposição de referida causa, sem nunca perdê-la de vista em sua essência. Não se pode admitir que a riqueza sirva apenas a alguns, sendo inconcebível que populações enormes careçam do mínimo indispensável à sua sobrevivência com dignidade. (BASTOS, 1988, p. 446) O Brasil é um dos países em que a pobreza atinge grande parte da população e, assim, cabe aos Poderes Públicos a erradicação deste estado de penúria, auxiliando os mais necessitados. (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 162)

⁵¹ Sobre a amplitude do conceito de mínimo existencial, invocamos as ponderações de Carina de Castro Quirino: “Vale dizer que o direito ao mínimo vital, garantia que é das condições materiais básicas de vida, possui dimensão positiva e negativa. Ao mesmo momento em que constitui direitos prestacionais essenciais à manutenção deste mínimo, também atua como limite aos atos estatais ou privados que possam cercear as condições materiais básicas de um indivíduo”. (QUIRINO, 2008, p. 62)

Nota-se, assim, que a denominada “Constituição Cidadã” ocupou-se, de forma efetiva, da condição material de existência do indivíduo, “pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema”. (BARCELLOS, 2008, p. 223) Neste sentido, ratificando e sintetizando a idéia até aqui desenvolvida:

A Constituição brasileira hospedou claramente essa perspectiva de um “standard” social mínimo incondicional, revelando tal opção em várias passagens de seu texto. Citemos, a título de exemplo, algumas das disposições constitucionais claramente orientadas nessa direção: primeiro, a indicação da cidadania como fundamento do Estado (art. 1º, III); segundo, a previsão da erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado (art. 3º, III); terceiro, a identificação de que nossa ordem econômica, calcada na propriedade privada e na livre iniciativa, deve ter por objetivo propiciar a dignidade de todos, segundo os ditames da justiça social. Diante de normas como estas, ou se nega juridicidade a dispositivos constantes de nossa Lei Maior ou se admite que o Estado brasileiro, não importa o momento e qual a orientação do Governo, está orientado à realização do mínimo vital para todos os seus cidadãos. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 71)

A respeito dos pontos de contato entre os direitos fundamentais sociais e o conceito de mínimo existencial, sobretudo no âmbito das chamadas “sociedades periféricas”,⁵² temos que, no Brasil, como em vários “países de modernidade tardia”, as carências sociais e econômicas de grande parcela da população e as desigualdades sociais alcançam níveis estratosféricos, fazendo com que seja necessário um esforço ingente para que tal situação de iniquidade seja superada. Mostra-se imperioso notar que o conceito de mínimo existencial deve possuir maior amplitude naqueles países que se encontram na periferia do capitalismo; assim, quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas. Para que seja assegurado o mínimo existencial no âmbito positivo (*status positivus libertatis*), é imperioso garantir o *status* de direito fundamental aos direitos sociais. Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se caracterizarão como meras liberdades jurídicas

⁵² Aqui, a importante observação de Nagibe de Melo Jorge Neto: “[...] o mínimo existencial acaba por se relativizar em função do contexto socioeconômico, político e até mesmo cultural. O que ofende a dignidade humana? O mínimo existencial que podemos inferir das circunstâncias políticas sociais do Brasil é completamente diferente do mínimo existencial que se poderia exigir na Etiópia ou na Inglaterra, por exemplo. Enquanto, na Inglaterra, o sistema educacional discute o número máximo de alunos por sala de aula, no Brasil estamos às voltas com a inclusão de todas as crianças nas escolas e com a existência de instalações mínimas, capazes de abrigar alunos e professores das intempéries. Ainda dentro das fronteiras de um mesmo país, onde os aspectos econômicos, sociais e culturais se apresentam mais ou menos uniformes, o mínimo existencial pode apresentar-se de modo diferente em diferentes conjunturas: para as populações urbanas e rurais, por exemplo”. (JORGE NETO, 2008, p. 154)

formais, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade, que será parcialmente excluída da comunidade jurídica. (SCAFF, 2005, p. 218-219)

Como vimos, os direitos sociais caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., evidenciando o comprometimento do Estado com a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Sem que se garanta ao indivíduo o mínimo necessário à satisfação de suas necessidades essenciais com saúde e alimentação, assegurando-se, também, o seu acesso aos estabelecimentos de ensino e ao mercado de trabalho, protegendo-o, ainda, de dificuldades específicas caso possua necessidades especiais, não há como se dar por respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3. Princípio da igualdade

Dentre os temas que envolvem o caminhar do homem moderno, a igualdade surge como um dos mais polêmicos e permanentes, sendo que, tanto no que diz respeito ao campo do embate ideológico,⁵³ quanto no plano da realidade, seu potencial é transformador. O ideal da igualdade animou sonhos, lutas e conquistas, valendo destacar que o

⁵³ A respeito das diferentes concepções ideológicas sobre a igualdade, eis a abordagem de Norberto Bobbio: “[...] o critério mais freqüentemente adotado para distinguir a direita da esquerda é a diversa postura que os homens organizados em sociedade assumem diante do ideal da igualdade, que é, com o ideal da liberdade e o ideal da paz, um dos fins últimos que os homens se propõem a alcançar e pelos quais estão dispostos a lutar. [...] O conceito de igualdade é relativo, não absoluto. É relativo ao menos a três variáveis que precisam ser consideradas toda vez que se introduz o discurso sobre a maior ou menor desejabilidade, e/ou sobre a maior ou menor realizabilidade, da idéia de igualdade: a) os sujeitos entre os quais se trata de repartir os bens e os ônus; b) os bens e os ônus a serem repartidos; c) o critério com base no qual fazer a repartição. Em outras palavras, nenhum projeto de repartição pode deixar de responder a estas três perguntas: igualdade sim, mas entre quem, em relação a que e com base em quais critérios? Combinando estas três variáveis, pode-se obter, como é fácil imaginar, uma variedade enorme de tipos de repartição, todos passíveis de serem chamados de igualitários apesar de serem muito diversos entre si. Os sujeitos podem ser todos, muitos ou poucos, até mesmo um só; os bens a serem distribuídos podem ser direitos, vantagens ou facilidades econômicas, posições de poder; os critérios podem ser a necessidade, o mérito, a capacidade, a posição social, o esforço e outros mais; e, no limite, a ausência de qualquer critério, que caracteriza o princípio maximamente igualitário, que proponho chamar de ‘igualitarista’: ‘a todos a mesma coisa’. Nenhum destes critérios tem valor exclusivo. Existem situações em que podem se ajustar um ao outro. Mas não se pode ignorar que existem situações em que um deve ser aplicado com base na exclusão de qualquer outro. [...] Doutrinas mais ou menos igualitárias podem ser distinguidas segundo a maior ou menor extensão dos sujeitos interessados, a maior ou menor quantidade e valor dos bens a distribuir e o critério adotado para distribuir tais bens a um certo grupo de pessoas. Com respeito aos sujeitos, o sufrágio universal masculino e feminino é mais igualitário do que o sufrágio universal apenas masculino; o sufrágio universal masculino é mais igualitário do que o sufrágio masculino limitado aos possuidores ou aos não-analfabetos. Com respeito aos bens, a democracia social que estende a todos os cidadãos, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais, é mais igualitária do que a democracia liberal. Com respeito ao critério, a máxima ‘a cada um segundo suas necessidades’ é [...] mais igualitária do que a máxima ‘a cada um segundo sua posição’, que caracteriza o Estado de estamentos ao qual se contrapõe o Estado liberal”. (BOBBIO, 2001, p. 111-115)

reconhecimento da “igualdade perante a lei” caracteriza-se como *conditio sine qua non* para que determinada sociedade seja considerada como efetivamente inserida em um Estado de Direito. A história da humanidade, em muitas de suas passagens, está ligada à busca pela ampliação dos termos componentes da igualdade. Determinadas diferenças tornaram-se injustificáveis socialmente e, por isso, passou-se de uma sociedade fundada em privilégios, em prerrogativas, para uma sociedade, em princípio, sem distinções, sendo que, a cada conquista, novos traços são incorporados ao conceito substancial de igualdade. (SADEK, 2007, p. XIII) É preciso advertir, porém, que mesmo reconhecendo a igualdade como uma das aspirações que residem permanentemente no coração das pessoas, é a desigualdade que, paradoxalmente, acompanha a trajetória concreta do homem na Terra. (FACHIN, 2008, p. 327)

Aquilo que chamamos “Constituição” consiste precisamente em um sistema de regras, substanciais e formais, que tem como destinatários os titulares do poder. As constituições se caracterizam por serem um conjunto de dispositivos regulamentadores dos Poderes Públicos, sendo estes obrigados a respeitar os direitos fundamentais de todos. Disto se depreende que as constituições, tendo a igualdade como base dos direitos fundamentais, são sempre, direta ou indiretamente, estabelecidas como garantia da igualdade política (por meio da outorga de direitos políticos), da igualdade civil (por meio da garantia dos direitos civis) e dos níveis mínimos de igualdade social, por meio da satisfação dos direitos fundamentais sociais. (FERRAJOLI, 2002, *on line*)

A igualdade, ou isonomia, caracteriza-se como princípio constitucional básico, trazendo consigo o conceito de igualdade jurídico-formal de todos diante da lei, tendo como objetivo fundamental a extinção de privilégios. (FERREIRA, 1989, p. 62) Entretanto, a doutrina reconhece, hoje, que a igualdade, no sentido constitucional, significa igualdade na aplicação do direito. Aprofundando essa abordagem, temos que uma interpretação inicial dava conta de que a igualdade perante a lei caracterizava-se como uma:

[...] exigência dirigida ao juiz legal e às autoridades administrativas no sentido de se assegurar formalmente uma igual aplicação da lei a todos os cidadãos. A igualdade perante a lei confundia-se, de certo modo, com o princípio objetivo da prevalência da lei: obediência das autoridades (judiciais e administrativas) ao ato de decisão (estruturalmente considerado igualitário) dos representantes do povo. Igualdade na aplicação do direito é, porém, mais do que uma positivística igualdade de aplicação da lei: é igualdade através da lei. Igualdade nos encargos (igualdade na tributação, igualdade nas medidas legais ingerentes na liberdade e na propriedade), assinalou a doutrina liberal; igualdade nas vantagens (ex.: igualdade nas subvenções) assinala a doutrina do Estado social. Reduzir, porém, o princípio da igualdade a uma refração do princípio da legalidade (com minimização da dimensão subjetiva do direito à igualdade) e a um mecanismo de aplicação igual do direito, significa encobrir o problema fundamental da igualdade:

aplicação igual do direito igual. A primeira dimensão (aplicação igual do direito) seria e será suficiente quando a lei contém direito igual; a segunda dimensão (criação de direito igual) ganha particular acuidade quando não há direito igual e a lei tem de o criar. No último caso, a igualdade é direito à igualdade através da lei. Em termos clássicos: por igualdade entende-se igualdade em sentido formal e igualdade em sentido material. (CANOTILHO, 2001, p. 380-381)

Rezam as constituições, e a brasileira estabelece no art. 5º, *caput*,⁵⁴ que todos são iguais perante a lei. Como se percebe, a igualdade está diretamente relacionada à afirmação do princípio da não-discriminação, ou seja, não podem existir discriminações que impliquem na exclusão de pessoas ou grupos sociais do exercício de determinado direito por terem realizado escolhas inerentes ao seu modo de vida (religião que professam, por exemplo), ou por contarem com certas características natas, como aquelas decorrentes da raça ou sexo a que pertencem. (FRISCHEISEN, 2007. p. 12)

O princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas determina que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. O preceito magno da igualdade caracteriza-se como determinação voltada tanto para o aplicador da lei quanto para o próprio legislador, sendo preciso reconhecer que não só perante o ordenamento jurídico positivado se nivelam os indivíduos, mas a própria edição de um ato normativo sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições; pelo contrário, deve ser vista como instrumento regulador da vida em sociedade, objetivo este que demanda, por óbvio, o tratamento equânime dos cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, sendo assimilado pelos sistemas normativos em vigor. (MELLO, 2002, p. 09-10)

Nesses termos, o respeito ao princípio da igualdade caracteriza-se tanto como uma limitação ao legislador quanto como uma regra de interpretação: voltando-se para o legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo; enquanto princípio interpretativo, explicita o dever do juiz de dar sempre à lei entendimento a partir do qual não sejam criados privilégios, sendo que, nos mesmos moldes do juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei. (FERREIRA FILHO, 2006-A, p. 280)

Uma das associações mais freqüentes que encontramos ao tratarmos do princípio sob foco é aquela entre igualdade e justiça. Se entendermos justiça como a

⁵⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

possibilidade de todos terem acesso a bens e direitos considerados essenciais em uma determinada sociedade, a igualdade será um dos critérios possíveis de distribuição de justiça. Por outro lado, se delimitarmos a noção de justiça à resolução de conflitos levados ao sistema estatal, a igualdade poderá ser encarada como um critério para a aplicação de normas aos casos concretos. Note-se, ainda, que a idéia de justiça pode alcançar a política, por exemplo, no que diz respeito à decisão em torno da amplitude dos investimentos voltados para a implementação de determinada política pública, ou limitar-se ao campo de resolução das questões levadas ao Poder Judiciário. (FRISCHEISEN, 2007, p. 16-17)

De se destacar, porém, que o princípio da igualdade não é absoluto uma vez que as próprias constituições, ao consagrá-lo, nem por isso negam outras disposições que estabelecem desigualdade de tratamento entre os indivíduos. Por este motivo, o princípio da igualdade não pode ser invocado quando a Constituição, de forma explícita ou implícita, permite a desigualdade. Assim, quando a Constituição Federal em vigor determina, no *caput* do art. 5º, que todos são iguais perante a lei, está simplesmente querendo dizer que não se deve aceitar qualquer forma de privilégio injustificável, não afastando a possibilidade de incidência do que se pode denominar “discriminações positivas”, como a da proibição do trabalho ao menor e a da aposentadoria diferenciada em favor das mulheres, cujo objetivo é beneficiar o lado considerado como o mais fraco dentro da estrutura de poder da sociedade. (ZIMMERMANN, 2006, p. 270)

Dentro desse contexto, os direitos sociais podem ser concebidos como “direitos de desigualdades” ou de “discriminações positivas”. Neste sentido:

Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias fundamentais desenvolvidos pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos. Como não são “self-executing” nem muito menos fruíveis ou exequíveis individualmente, esses direitos têm sua efetividade dependente de um “welfare commitment”. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos. Os textos legais baseados nessa perspectiva “social” não se limitam, dessa maneira, a institucionalizar a liberdade negativa, como se ela fosse toda a liberdade (e não apenas uma de suas dimensões); em outras palavras, não se circunscrevem a estabelecer e/ou denegar competências, a fixar obrigações e/ou enunciar princípios – função tradicional dos institutos jurídicos do Estado liberal clássico. Oriundos das mais variadas fontes materiais, muitas delas conflitantes entre si, e editados em tempos distintos, tutelando interesses que nem sempre são combináveis e conciliáveis, esses textos se destacam por exigir tratamentos diferenciados em favor de determinados segmentos sociais. (FARIA, 2002, p. 272-273)

Assim, temos que o princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na realidade, dentro da lógica aristotélica, consagrada ao longo dos séculos, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de justiça. Assim, o princípio da igualdade determina que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação. (FERREIRA FILHO, 2006-A, p. 281)

É preciso ter presente que a função da lei consiste exatamente em discriminar situações, pois só dessa forma procedendo é que pode vir a regulamentá-las. A constatação acerca da existência de discriminações não é suficiente para que se possa concluir sobre o respeito ou eventual ofensa ao princípio da isonomia, pois, como se viu, em determinadas situações, a discriminação empreendida, ao invés de contrariar, concretiza o princípio sob foco. (ARAÚJO, 2008, p. 131)

Percebe-se, desta maneira, que “a função de impulso e a natureza dirigente do princípio da igualdade aponta para as leis como um meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fáticas”. (CANOTILHO, 2001, p. 383)

Partindo do pressuposto de que o tratamento diferente de situações que não são iguais caracteriza-se como verdadeira afirmação do princípio da isonomia, a questão que se coloca é aquela relacionada à identificação dos elementos ou critérios que autorizam o tratamento diferenciado.

É preciso que se investigue, por um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada; finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (TAVARES, 2006, p. 512)

O elemento discriminador erigido como causa da desequiparação deve se voltar, para que seja válido, ao alcance de uma finalidade, sendo que esta, por sua vez, deve corresponder a um objetivo encampado pelo Direito, seja expressa ou implicitamente. Ainda se mostra necessária uma relação de proporcionalidade entre os meios e os métodos empregados para alcançar tal finalidade. Não se pode, por exemplo, utilizar meios extremamente gravosos ao cidadão para realizar uma finalidade, ainda que constitucional, quando existirem outras formas de se alcançar o mesmo objetivo. A análise da adequação dos

meios e métodos aos fins propostos deve ser construída tomando-se em conta os efeitos que irão produzir. (TAVARES, 2006, p. 509)

Os sociais, econômicos e culturais caracterizam-se como direitos fundados no princípio da igualdade e com alcance positivo, garantindo a concessão de prestações a todos os indivíduos por parte do Poder Público. (WOLKMER, 2004, p. 06)

O princípio da igualdade caracteriza-se como o ponto de apoio do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica, sendo que tal modalidade de Estado é a responsável pela materialização da liberdade proveniente da herança clássica, com esta compondo um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado Democrático de Direito. O modelo social de Estado é o produtor da igualdade fática, sendo o responsável pelo movimento que possibilitou a conversão da igualdade estritamente jurídica do liberalismo para a igualdade material. O princípio da igualdade, no âmbito do Estado social, caracteriza-se como um conceito que deve iluminar toda a hermenêutica constitucional quando a questão em foco é aquela voltada para a equivalência de direitos. A busca da igualdade substancial obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia, sendo que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo. É preciso reconhecer que os direitos fundamentais não mudaram, mas incorporaram uma dimensão nova com a previsão dos direitos sociais básicos. Por certo, a igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável; o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática. (BONAVIDES, 2006, p. 376-378)

Importância deve ser dada, neste ponto, à íntima relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, ambos atrelados ao conceito de mínimo existencial.

De acordo com as idéias que foram até aqui expostas, mostra-se possível dizer que a igualdade é um valor que só se afirma entre dois termos e, portanto, mediante comparação entre uma pluralidade de sujeitos e objetos. Ao afirmarmos que existe um direito à igualdade precisamos mencionar o campo no qual irá atuar, ou seja, relativamente a que sujeitos e bens haverá um direito à igualdade. Partindo dessa premissa, será necessário identificar qual é o conjunto de bens e direitos aos quais todas as pessoas devem ter acesso em condições mínimas de igualdade. A promoção do bem de todos incorpora a idéia de acesso universal aos bens e serviços em patamares mínimos, sem o que não há dignidade da pessoa

humana. O direito ao acesso aos bens e serviços de natureza pública está assentado no princípio de que todos têm direito a ter tal acesso (reconhecimento – igualdade formal), mas também na concepção de que é necessário agir para que este acesso seja efetivo (redistribuição – igualdade material). A igualdade material ou substancial consiste, portanto, no acesso real aos bens e serviços indispensáveis para uma vida digna, nos conduzindo à idéia de redistribuição. O acesso aos bens e serviços em patamares mínimos leva ao efetivo reconhecimento de direitos sociais como a saúde, a educação, a moradia e a segurança, pois estes devem ser direitos de todos, independentemente do poder econômico dos indivíduos, uma vez que os direitos sociais estão na esfera da cidadania e não na do mercado. (FRISCHEISEN, 2007, p. 31 e 39-41)

Em que pese sua inegável relevância, mostra-se perceptível que o direito à igualdade não tem merecido tantos discursos quanto o direito à liberdade. Tal constatação decorre do fato de que a igualdade constituiu o signo fundamental da democracia, não admitindo os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que as classes sociais economicamente mais fortes, conscientes de seus privilégios, jamais postularam um regime de igualdade tanto quanto reivindicaram o de liberdade. Isso acontece porque um regime de igualdade “contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa”. (SILVA, 2008, p. 211)

O reconhecimento, do ponto de vista formal, dos direitos sociais não assegura sua efetiva implementação, sendo que daí decorre a conhecida distância entre a legalidade e a realidade.

Importante observar, entretanto, que o fato das relações concretas não espelharem a igualdade prevista em lei não diminui o valor da legalidade. Ao contrário, tal constatação aponta para a existência de um desafio assumido pelos grupos sociais que tiveram força política suficiente para conferir a tais direitos o *status* da positivação, sendo que, por consequência, ainda que não respeitados, não se pode dizer que a presença ou não de direitos formalizados em diplomas legais caracterizam-se como situações equivalentes. A não coincidência entre o mundo real e o legal adverte para a necessidade de se construir mecanismos que garantam a sua aproximação. (SADEK, 2007, p. XV)

Dentro desse contexto, mostra-se inafastável a conclusão de que a igualdade, sobretudo no seu aspecto material, não é dada mas sim construída por determinada sociedade. Confirmando tal posicionamento:

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da Justiça. Não nascemos iguais, tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força de nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais. (ARENDETT, 1989, p. 335)

Dessa forma, se a igualdade formal é aquela que se dá perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), a igualdade material, a ser promovida mediante a diminuição das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, depende da própria implementação das normas legais, ou seja, a igualdade não será somente perante a lei, mas também construída pela lei. (FRISCHEISEN, 2007, p. 19)

A elaboração de um conjunto de regras que pune práticas discriminatórias que não são aceitas em uma determinada sociedade, ao qual podemos denominar “legislação antidiscriminação e antipreconceito”, está inserida dentro do contexto da igualdade formal. De se observar, porém, que o reconhecimento da igualdade entre as pessoas não corresponde à mera retórica da superação de suas diferenças intrínsecas ou extrínsecas, mas decorre do propósito de não se permitir que tais diferenças caracterizem-se como fundamentos para a impossibilidade de acesso a bens e direitos considerados universais e essenciais à dignidade humana. É verdade que a discussão sobre quais bens podem e/ou devem ser considerados universais em uma determinada sociedade é bastante profunda; entretanto, no Brasil, algumas respostas podem ser encontradas a partir da própria estrutura do texto constitucional quando observamos que a Lei Maior, por exemplo, contempla em seu texto direitos como a saúde e a educação. (FRISCHEISEN, 2007, p. 19-20)

Assim, não resta dúvida de que a pretensão voltada para o amplo e irrestrito respeito ao princípio da igualdade, sobretudo no que tange à sua vertente material, revela-se como poderoso alicerce na busca da concretização dos direitos fundamentais sociais.

2.4. Princípio da solidariedade

Tomando como ponto de partida o entendimento de que: a) o princípio da dignidade da pessoa humana, em uma de suas vertentes, encontra-se diretamente relacionado ao conceito de mínimo existencial, segundo o qual se mostra necessário garantir a todos um *standard* social mínimo incondicional; e b) que o princípio da igualdade assegura a possibilidade de tratamentos diferenciados aos indivíduos, incluindo os diferentes níveis de acesso às prestações estatais, na exata medida dos fatores que os diferenciam; a conclusão que se impõe é a de que é o princípio da solidariedade que assegura a possibilidade de que a uns

seja fornecido pelo Estado mais do que a outros, sem que o princípio da igualdade se desnature.

A solidariedade é algo inerente ao social, não existindo a possibilidade de ser tratada na esfera do indivíduo tomado de *per si*, mas somente no âmbito das relações do ser humano com o outro, vinculando-se, em suas origens, à fraternidade. Assim, é possível afirmar que a solidariedade nada mais é do que o vínculo ou interdependência entre os integrantes de uma sociedade. (BEZERRA, 2007, p. 516 e 518)

A idéia ou noção de solidariedade mostra-se em plena consonância com a teoria do Estado social, parecendo dissociada da doutrina que fundamenta o Estado liberal clássico. No liberalismo a solidariedade não é encarada como um princípio inerente à atuação dos Poderes Públicos, sendo vista como uma mera preocupação da sociedade civil, isto porque à liberdade é conferido valor mais importante. Já no moderno Estado social, além da garantia da liberdade, busca-se estimular a atuação de toda a sociedade em favor da igualdade. O Estado social não quer ser neutro e propõe-se a corrigir as desigualdades, posicionando-se como protetor do mais fraco, sendo que a solidariedade surge como justificadora dessa intenção. (ROSSO, 2008, *on line*)

Trazendo a solidariedade para a esfera do jurídico, temos que o direito de solidariedade se constituiu a partir de uma concepção de justiça social. O discurso da justiça social procura construir uma idéia de justiça própria, inédita, irreduzível à abordagem individualista do direito moderno e à concepção liberal do direito clássico. “O fato é que a noção de justiça social se produz numa conjuntura epistemológica e histórica específica, na qual busca-se uma nova concepção de justiça capaz de conciliar a liberdade individual e o bem-estar social”. (FARIAS, 1998, p. 58)

A solidariedade tem percorrido, ao longo dos tempos, diversas formas de pensamento. No ocidente, a idéia não é nova, comportando duas vertentes intelectuais: o estoicismo e o cristianismo primitivo. De se observar, ainda, que o conceito de solidariedade já permeava o pensamento dos gregos e romanos na antigüidade, sobretudo no que diz respeito à noção pertinente aos laços que ligam os devedores de uma soma, idéia que evoluiu para o âmbito do direito comercial e, depois, para o direito dos contratos. A partir das Declarações de Direitos do século XVIII, nas quais prevaleceram os ideais de caridade e filantropia, a solidariedade passou a ser vista como dever de prestar ajuda àqueles que enfrentam dificuldades, dever que tinha como contrapartida o direito ao socorro público, este considerado como direito de crédito fundado na justiça social, conforme previsto na Constituição francesa de 1793. (BEZERRA, 2007, p. 524-525)

Entretanto, apenas no final do século XX, a solidariedade surge por intermédio de um discurso coerente, dissociado da caridade ou filantropia, centrado em uma nova maneira de pensar a sociedade, indo além de um mero sistema de proteção e avançando como o fio condutor da construção das políticas sociais. (BEZERRA, 2007, p. 524-525)

A Constituição de 1988, ao estabelecer no seu art. 3º, I, que entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil encontra-se o de construir uma sociedade livre, justa e solidária,⁵⁵ acolhe a solidariedade como um valor e um princípio. (ROSSO, 2008, *on line*) De se observar, por sua importância, que o verbo utilizado pelo legislador constituinte é “construir”, tendo por objeto direto uma “sociedade solidária”, indicando, assim, que a solidariedade é inerente à sociedade. Desta forma, temos que a previsão constitucional tem por objetivo possibilitar a construção de uma sociedade que seja solidária, porque assim também será, a um só tempo, justa e livre. (BEZERRA, 2007, p. 528-529)

Necessária, aqui, a abordagem da distinção entre fraternidade e solidariedade, acentuando-se, desta forma, a natureza jurídica do dever oriundo da segunda. A este respeito:

*A idéia de fraternidade, ainda que virtuosa, não se mostra suficiente para representar o vínculo caracterizador de uma sociedade que, pautada pelo pluralismo, cada vez mais compreende distintas e sortidas culturas. Mais do que um sentimento fraternal – como exige-lo? – é o respeito pela diferença que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a igual dignidade de todas as pessoas humanas. Do mesmo modo, o ato beneficente ou caritativo, permanece sempre como uma liberalidade, uma opção que diz respeito apenas à consciência, não se concebendo em termos de obrigação, a não ser moral; ao passo que a solidariedade, nos termos invocados pelo constituinte, é um dever de natureza jurídica. (MORAES, 2009, *on line*)*

Como se percebe, “a solidariedade que aqui se propõe é um direito, e um direito fundamental, que cria, em contrapartida, obrigação, dever, para os Estados e a sociedade civil como um todo”. (BEZERRA, 2007, p. 528)

Importante destacar, ainda, que tal dever não será adequadamente cumprido somente com programas de ajuda direta, como os atuais “Bolsa Escola” e “Bolsa Família”, mantidos pelo Governo Federal. Mostra-se necessária a adoção de outras estratégias públicas e privadas, tais como políticas de tributação e distribuição de rendas compatíveis com práticas de inserção. (BEZERRA, 2007, p. 528)

⁵⁵ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Na vida em sociedade, à medida que o tempo passa, nos deparamos com novas formas de desigualdade, impondo a necessidade de criação de novas estratégias de solidariedade. Para tanto, mostra-se imprescindível uma reforma das idéias que conduzam a uma remodelação do próprio Estado. Neste sentido, temos que o Direito, a solidariedade e a democracia devem caminhar juntos (FARIAS, 1998, p. 274), sendo que os campos político e jurídico são chamados a assumir um papel de mediação entre valores pessoais e coletivos. Preservando suas especificidades, as experiências jurídica e política mostram-se intimamente ligadas, ocupando um papel regulador na sociedade. A construção do direito de solidariedade, em que se realiza a síntese da moral e da lógica, do individual e do coletivo, do fato e do direito, não pode ser realizada sem uma mediação político-jurídica. (BEZERRA, 2007, p. 529-530)

De se observar, ainda, que a noção intuitiva de que a todo direito corresponde um dever aplica-se ao princípio da solidariedade que, sob o ponto de vista do cidadão, deve ser visualizado muito mais como um dever do que um direito. (ROSSO, 2008, *on line*) Avançando a respeito de tal linha de argumentação temos que:

*[...] o dever de ser solidário decorre, justamente, da existência dos direitos fundamentais. O princípio da solidariedade “explica” a existência de diversos direitos fundamentais abrangidos pela Constituição, representando a “outra face da moeda” de tais direitos. Pode ser encarado como a contraprestação devida pela existência dos direitos fundamentais: se têm direitos, tem-se, em contrapartida, o dever de prestar solidariedade àqueles que se encontram em posição mais frágil. (ROSSO, 2008, *on line*)*

Assim, temos que o princípio da solidariedade tem o condão de sintetizar as atuais aspirações no campo dos direitos fundamentais sendo que, na realidade, o que se busca com as mais diversas construções teóricas existentes a respeito do tema é, justamente, a construção de um mundo mais solidário. (ROSSO, 2008, *on line*)

2.5. Princípio da vedação do retrocesso social

Os direitos sociais, por estarem relacionados, invariavelmente, a prestações positivas do Estado, possuem a característica da progressividade no que tange à sua implementação. Em outras palavras: a previsão constitucional dos direitos sociais não traz a sua imediata concretização; por dependerem, na maioria das vezes, de normas de natureza complementar, bem como da disponibilidade de recursos orçamentários, os direitos fundamentais de segunda dimensão ensejam uma implementação gradativa.

Por esse motivo, o princípio da vedação (ou proibição) do retrocesso social mostra-se profundamente vinculado à disciplina dos direitos sociais, incluindo-se na esfera do que se pode denominar eficácia protetiva dos direitos fundamentais.

A especial força jurídica dos direitos fundamentais, decorrente tanto da privilegiada posição que recebem na arquitetura constitucional quanto da vinculação de todos, Poderes Públicos e particulares, aos seus ditames, traz a necessidade de que sejam devidamente protegidos, valendo destacar que um dos elementos caracterizadores da fundamentalidade de tais direitos reside na circunstância de terem sido erigidos à condição de “cláusulas pétreas”, integrando o rol do art. 60, § 4º, da Constituição Federal em vigor. Por isso, essa proteção reforçada pode ser encarada como um dos efeitos jurídicos gerados pelos direitos fundamentais e, portanto, caracteriza-se como uma dimensão de sua eficácia. (SARLET, 2007, p. 407)

A eficácia vedativa do retrocesso pressupõe que as normas constitucionais inerentes aos direitos fundamentais devem ser concretizadas por meio de regulamentação infraconstitucional, ou seja, os efeitos que pretendem produzir devem ser especificados por meio da legislação ordinária. (BARCELLOS, 2008, p. 84)

O princípio sob análise, embora tenha aplicação aos direitos sociais como um todo, assume particular relevância no que diz respeito às denominadas normas constitucionais programáticas uma vez que estas, quer quando definam tarefas ou obrigações para o Estado, quer quando consagrem princípios, não determinam os meios e, muitas vezes, não delimitam de forma clara os fins a serem alcançados. Desta forma, se de uma determinada norma programática mostra-se possível extrair um conteúdo mínimo, cuja inobservância leva à conclusão de que se verificou a violação de um preceito constitucional, mostra-se evidente que, na perspectiva de acesso a uma melhor qualidade de vida, uma norma programática deve ser progressivamente concretizada e, dependendo da evolução das relações socioeconômicas, direitos que outrora se concebiam como superficiais passam a comungar de uma condição de essencialidade. “Assim, concretizado um fim ou definida uma tarefa ou diretriz do Poder Público, o retrocesso desta eventual política pública implica uma inconstitucionalidade”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 118)

O princípio da vedação do retrocesso social propõe que seja possível exigir do Poder Judiciário a invalidade da revogação dos enunciados que, regulamentando determinada norma definidora de direito fundamental, possibilitaram a aplicação e a fruição deste mesmo direito ou as ampliaram, caso tal revogação não seja acompanhada de uma política substitutiva. (BARCELLOS, 2008, p. 84) Em outras palavras:

A invalidade, por inconstitucionalidade, ocorrerá quando se revogam as disposições infraconstitucionais descritas deixando um vazio em seu lugar. A idéia é que a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional. (BARCELLOS, 2008, p. 84-85)

Na busca de uma formulação para o princípio da vedação do retrocesso social,⁵⁶ temos que o núcleo essencial dos direitos sociais, identificado por meio de medidas legislativas, deve ser considerado como constitucionalmente garantido, sendo vedadas quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, signifiquem, na prática, sua anulação, revogação ou aniquilação. Não se trata, portanto, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos e gerais, nem mesmo de garantir em abstrato um *status quo social*, mas sim de se buscar a proteção dos direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial. “A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”. (CANOTILHO, 2003, p. 340)

Como se percebe, o princípio da vedação do retrocesso social mostra-se intimamente relacionado à noção de segurança jurídica. Uma das obrigações do Estado, ao vislumbrar a renovação da ordem jurídica, por intermédio tanto de normas legais quanto de atos administrativos, é a de propiciar segurança, ou seja, estabilidade ao cidadão. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 119) Ampliando essa construção:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conectada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos Poderes Públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer Poder – Legislativo, Executivo e Judiciário. (CANOTILHO, 2003, p. 257)

⁵⁶ Joaquim José Gomes Canotilho apresenta, ainda, as seguintes denominações para tal princípio: a) princípio da proibição da contra-revolução social; b) princípio da proibição da evolução reacionária (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 340, 2003).

Dentro dessa linha de entendimento, a vedação do retrocesso seria uma espécie de direito adquirido capaz de salvaguardar um determinado direito social, tanto a título individual quanto coletivo, de eventuais mudanças legislativas ou de revisões das estratégias administrativas a cargo do Poder Executivo. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 119)

Assim, torna-se claro que a vedação do retrocesso, especificamente no campo dos direitos sociais, interpenetra-se com a idéia de segurança jurídica, de confiança no Estado, de limites à retroatividade, enfim, de premissas que informam, há muito, a ordem jurídica regulamentadora de outras matérias e que, em tema de direitos sociais, tem encontrado indevida resistência em diversos setores do Estado brasileiro. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 120)

Em que pese tal resistência, temos como inafastável o reconhecimento do princípio da vedação do retrocesso social no âmbito do sistema constitucional pátrio, sobretudo diante:⁵⁷

a) do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que impõe um patamar básico de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;

b) do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;

c) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo;

d) do fato das manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), não

⁵⁷ O entendimento e sua exposição é de Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 455-457, 2007).

darem conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no art. 5º, *caput*, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado Social e Democrático de Direito;

e) do princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica), que impõe ao Poder Público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f) da circunstância dos órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontrarem-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização infra-constitucional, mas também estarem sujeitos a uma certa auto-vinculação no que tange aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quanto os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais;

g) do fato de que a negativa de reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o Poder Público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em sua amplitude, pudessem dispor do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte;

h) da circunstância dos argumentos até aqui esgrimidos mostrarem-se robustecidos por um fundamento adicional extraído do direito internacional, notadamente no plano dos direitos econômicos, sociais e culturais, qual seja, o de que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados, razão pela qual se encontra implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados.

Assim, no que tange especificamente aos direitos fundamentais de segunda dimensão, o respeito ao princípio da vedação do retrocesso social mostra-se imprescindível no sentido de que seja assegurada uma gradativa e segura evolução dos seus níveis de implementação.

2.6. Princípio da eficiência na Administração Pública

Conforme já ressaltamos, os direitos sociais caracterizam-se, preponderantemente, como direitos de crédito, ou seja, direitos a prestações estatais. Com base no art. 6º da Constituição Federal, podemos apontar que entre tais prestações encontram-se aquelas relacionadas ao fornecimento, pelo Poder Público, de condições de acesso do indivíduo aos serviços públicos de educação, saúde, segurança, etc.

Na procura de um conceito, podemos afirmar que:

[...] serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2007, p. 650)

É preciso destacar que a Constituição Federal de 1988 projeta um Estado desenvolto e forte na medida do que seja necessário para a concretização de seus fundamentos (art. 1º)⁵⁸ e objetivos (art. 3º).⁵⁹ Por este motivo, a preservação dos vínculos sociais pelo Estado assume enorme relevância, exatamente porque ao Estado incumbe “a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social”. (GRAU, 2003, p. 259)

Os serviços públicos são alvo de diversas classificações, entre as quais podemos citar aquela que designa “serviços públicos propriamente ditos” aqueles prestados pelo Estado para atendimento das necessidades coletivas e perenes, que dizem respeito à própria existência estatal, como os serviços de defesa nacional, de segurança pública, saúde, educação e justiça (são os serviços próprios do Estado ou primários). Já os “serviços de utilidade pública” são as atividades úteis para os indivíduos, prestados diretamente pelo Estado ou por concessão, como o fornecimento dos serviços de energia, gás, telecomunicação,

⁵⁸ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵⁹ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

água e esgoto e transporte coletivo (são os denominados serviços impróprios do Estado ou secundários). (SANTIN, 2004, p. 42)

Os “serviços essenciais” são aqueles ligados diretamente à atividade estatal e de importância social, como de saúde pública, educação, previdência social, justiça e segurança pública. Os “serviços não essenciais” são de natureza privada, mas por razões estratégicas são efetuados pelo poder público, especialmente no que diz respeito à intervenção na ordem econômica. (SANTIN, 2004, p. 42)

Os “serviços gerais” (*uti universi*) são aqueles prestados de forma geral, em benefício de toda a coletividade, sem distinção entre os usuários, como a segurança pública, iluminação pública, limpeza das vias públicas, ao passo que os “serviços específicos” (*uti singuli*) são os prestados em benefício de usuário determinado (água, energia elétrica, telecomunicação e gás). (SANTIN, 2004, p. 43)

São denominados “divisíveis” os serviços públicos que permitem a separação em unidades, em benefício individual (água, energia elétrica, telecomunicação e gás), ao mesmo tempo que são “indivisíveis” os que não possibilitam a repartição em unidades (segurança pública, iluminação pública e limpeza das vias públicas). (SANTIN, 2004, p. 43)

Os serviços públicos “compulsórios” são aqueles de utilização e manutenção obrigatória para preservação da segurança, higiene e saúde pública (água e esgoto), sendo possível apontar que também existem os serviços públicos “facultativos”, cuja utilização fica a critério de cada indivíduo (telecomunicação, gás e energia elétrica). (SANTIN, 2004, p. 43)

É importante destacar, porém, que muito mais do que a mera possibilidade de acesso a tais modalidades de serviços públicos, o indivíduo, com fundamento no princípio da eficiência, pode exigir da Administração Pública que as prestações disponibilizadas estejam revestidas de qualidade, atendendo, assim, de maneira efetiva, e não simplesmente formal, aos comandos constitucionais que lhe asseguram os direitos fundamentais sociais.

O art. 37 da Constituição Federal, em seu *caput*, estabelece que a Administração Pública obedecerá ao princípio da eficiência,⁶⁰ buscando, desta forma, “garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos”. (MORAES, 2002, p. 315)

⁶⁰ Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

É preciso destacar, neste ponto, que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos, podendo ser considerado tanto em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível, quanto no que diz respeito ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração, com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços. (DI PIETRO, 2001, p. 83)

Conceitualmente, temos que o princípio da eficiência é aquele que:

[...] impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. (MORAES, 2002, p. 317)

A partir desse conceito, depreende-se que do princípio da eficiência decorrem alguns vetores que devem ser observados pela Administração quando da prestação dos serviços públicos,⁶¹ quais sejam:

a) direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum: a Constituição Federal prevê, no IV do art. 3º, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ressalte-se que ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e da Instituição do Ministério Público, referido objetivo fundamental deverá servir como vetor de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações;

b) imparcialidade: como ressalta Maria Teresa de Melo Ribeiro,⁶² a afirmação do princípio da imparcialidade na Administração Pública surgiu, historicamente, da necessidade de se salvaguardar, por um lado, o exercício da função administrativa e, conseqüentemente, o interesse público, da influência de interesses outros que não aqueles voltados para a consecução do bem comum, e, por outro, da interferência indevida, no procedimento administrativo, em especial na fase decisória, de sujeitos ou entidades exteriores à Administração, concluindo que a atuação eficiente do Poder Público exige uma

⁶¹ O entendimento e sua exposição é de Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, p. 318-321, 2002).

⁶² *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, p. 170, 1996 – citada por Alexandre de Moraes (*op. cit.*).

atuação imparcial e independente, e que imparcialidade é independência: independência perante os interesses privados, individuais ou de grupos; independência perante os interesses partidários; independência, por último, perante os concretos interesses políticos do Governo;

c) neutralidade: a idéia de eficiência está ligada à neutralidade, no conceito apresentado por João Baptista Machado⁶³ de que há um outro plano de sentido quando se fala de neutralidade do Estado: o da justiça. Neste sentido o Estado é neutro se, na resolução de qualquer conflito de interesse, assume uma posição valorativa de simultânea e igual consideração de todos os interesses presentes. A neutralidade não impõe aqui ao Estado atitudes de abstenção, mas mais propriamente atitudes de isenção na valoração de interesses em conflito. O Estado é neutro quando faz vingar a justiça e estabelece regras do jogo justas;

d) transparência: dentro da idéia de eficiência formal da Administração encontra-se a necessidade de transparência das atividades dos órgãos e agentes públicos. O princípio da eficiência da Administração pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção e tráfico de influência. Essa transparência, no intuito de garantir maior eficiência à Administração, deve ser observada na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicas, exigindo-se, portanto, a observância tão-somente de fatores objetivos como mérito funcional e competência, vislumbrando-se a eficiência da prestação de serviços, e, conseqüentemente, afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação;

e) participação e aproximação dos serviços públicos da população: deverá existir participação e aproximação dos serviços públicos da população, dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos, de acordo com o princípio da gestão participativa, como verdadeiro desmembramento do princípio da soberania popular e da democracia representativa, previstos no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, pois, como salientam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira,⁶⁴ esse requisito assume aqui um claro e concreto valor jurídico-constitucional, que se traduz fundamentalmente no seguinte: intervenção nos órgãos de gestão dos serviços públicos não apenas de profissionais burocratas, mas também de representantes das comunidades em que os serviços estão inseridos (co-gestão de serviços administrativos). Não devemos nos esquecer, porém, da

⁶³ *Participação e descentralização: democratização e neutralidade na Constituição de 1967*. Coimbra: Almedina, p. 145, 1982 – citado por Alexandre de Moraes (*op. cit.*).

⁶⁴ *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, p. 927, 1993 – citados por Alexandre de Moraes (*op. cit.*).

advertência de Paulo Otero,⁶⁵ para quem uma excessiva participação e aproximação dos serviços públicos da população pode deslocar o poder de decisão para grupos de interesses fortes, com desvalorização prática dos grupos de fraco poder associativo, conduzindo a formas não democráticas de comportamento;

f) eficácia: a eficácia material da Administração Pública se traduz no adimplemento de suas competências ordinárias e na execução e cumprimento pelos entes administrativos dos objetivos que lhes são próprios, enquanto a eficácia formal da Administração é a que se verifica no curso de um procedimento administrativo, ante a obrigatoriedade do impulso ou resposta do ente administrativo a uma petição formulada por um dos administrados. Assim, deverá a lei, como nos ensina Tomás-Ramón Fernández,⁶⁶ conceder à Administração – nos limites casuisticamente permitidos pela Constituição – tanta liberdade quanto necessite para o eficaz cumprimento de suas complexas tarefas;

g) desburocratização: uma das características básicas do princípio da eficiência é evitar a burocratização da Administração Pública, no sentido apontado por José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira,⁶⁷ de burocracia administrativa, considerada como entidade substancial, impessoal e hierarquizada, com interesses próprios, alheios à legitimação democrática, divorciados dos interesses da população, geradora dos vícios iminentes às estruturas burocráticas, como a demora na resolução dos assuntos dos cidadãos e o compadrio na seleção de pessoal;

h) busca da qualidade: ressalte-se a definição dada pela Secretaria Geral da Presidência da República no sentido de que qualidade de serviço público é, antes de tudo, qualidade sem distinção se o serviço foi prestado por instituição de caráter público ou privado; busca-se a otimização dos resultados pela aplicação de certa quantidade de recursos e esforços, incluída, no resultado a ser otimizado, primordialmente, a satisfação proporcionada ao consumidor, cliente ou usuário. Outra característica básica da qualidade total é a melhoria permanente, ou seja, no dia seguinte a qualidade deverá ser melhor do que no dia anterior.⁶⁸

Todos esses vetores têm como objetivo comum garantir ao indivíduo o acesso, o mais amplo e eficiente possível, aos serviços públicos, assegurando-se, desta maneira, a efetiva concretização dos direitos sociais enquanto direitos de índole prestacional.

⁶⁵ *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra, p. 268, 1992 – citado por Alexandre de Moraes (*op. cit.*).

⁶⁶ *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid: Civitas, p. 117, 1991 – citado por Alexandre de Moraes (*op. cit.*).

⁶⁷ *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, p. 927, 1993 – citados por Alexandre de Moraes (*op. cit.*).

⁶⁸ Definição baseada na Portaria nº 05, de 14.11.1991, do Presidente do Comitê Nacional da Qualidade e Produtividade, Secretaria Geral da Presidência da República.

Nesses termos, “a aplicação do princípio da eficiência se manifesta na exigência de que o administrador, mesmo nos casos em que a norma lhe confira discricionariedade, deve sempre buscar a solução que melhor atenda ao interesse público por cujo cumprimento é responsável”. (LIMA, 2007, p. 537)

Em que pese a previsão constitucional do princípio da eficiência, devemos observar que ele é apenas mais um dentre tantos descumpridos de forma rotineira no dia-a-dia de nossos órgãos públicos.

Mesmo diante dos confiscatórios patamares em que os tributos são fixados no Brasil,⁶⁹ a imensa arrecadação não vem sendo traduzida em serviços públicos de qualidade, tanto do ponto de vista horizontal (amplitude de pessoas atendidas) quanto do vertical (eficiência no atendimento). Neste sentido, temos que o nível de qualidade da educação pública mostra-se alarmante,⁷⁰ sendo impossível não lembrar do aterrador quadro do Sistema Único de Saúde, dos péssimos indicadores relativos à eficiência dos serviços de segurança pública, previdência e assistência social, ou, ainda, da incompetência que assola o País quando o assunto é a organização do espaço urbano, com nossas incontáveis favelas, repletas de cidadãos condenados a viverem em um ambiente degradante e indigno, onde a falta de esperança marca de forma indelével a vida de milhões de brasileiros, todos pobres e sem voz.

Por tal motivo, mostra-se imprescindível que se estabeleça entre os operadores do Direito um debate tendente à busca de mecanismos, cada vez mais eficazes, de tutela do princípio da eficiência no âmbito da Administração, tudo para que seja possível assegurar, sobretudo aos hipossuficientes, a adequada prestação dos serviços públicos, concretizando-se, assim, os direitos fundamentais sociais.

⁶⁹ A respeito desta abordagem, as impressões de Valter Foletto Santin: “O Estado é uma figura artificial, que tem o monopólio da força e usa o poder da soberania e da violência simbólica para a imposição e arrecadação de tributos, como meio para a obtenção de recursos para atendimento de suas finalidades de bem-estar social. O Poder Público beneficia a sociedade e o cidadão pela prestação de serviços públicos. Para contraprestação pelos tributos arrecadados, o Poder Público é obrigado a fornecer serviços públicos ao contribuinte e ao povo. [...] O povo contribui compulsoriamente com os tributos, muito preocupado com o destino dos recursos arrecadados, fruto das notórias distorções e deficientes aplicações do dinheiro público, robustecidas pela baixa qualidade dos serviços públicos, condimentos fortes para a sonegação e evasão fiscal. [...] A situação brasileira é paradoxal, porque o Estado cobra tributos no patamar europeu e fornece serviços no estilo africano. Cobra muito e dá pouco em troca, normalmente com serviços de baixa qualidade. É o padrão ‘mau e caro’, quando deveria ser ‘bom e barato’ ou no mínimo ‘caro e suficiente’”. (SANTIN, 2004, p. 28-30)

⁷⁰ De acordo com pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), divulgada em julho de 2008, a metade dos alunos da terceira série do ensino fundamental do Brasil não demonstra o conhecimento esperado em leitura e matemática. A pesquisa foi promovida em dezesseis países da América Latina pelo Laboratório Latino-Americano de Avaliação da Qualidade da Educação, ligado à UNESCO. O estudo mostrou, ainda, a influência que o Produto Interno Bruto (PIB) e a desigualdade social têm nos resultados educacionais. Quanto maior o PIB, melhores os resultados. Quanto maior a desigualdade, piores os resultados. Apesar de ter a maior riqueza da América Latina, os resultados brasileiros, apenas razoáveis na comparação com os vizinhos, podem ser explicados pelo fato do Brasil ser o país mais desigual das Américas e um dos mais desiguais do mundo. (PARAGUASSÚ, 2008, *on line*).

2.7. Natureza e interpretação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais

O estudo pertinente à natureza e interpretação⁷¹ das normas definidoras dos direitos sociais deve ser antecedido pela constatação de que tais direitos mostram-se estreitamente associados a um conjunto de condições econômicas, sociais e culturais que a moderna doutrina denomina “pressupostos de direitos fundamentais”. Estes pressupostos podem ser entendidos como a multiplicidade de fatores, tais como a capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa, que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos fundamentais. Mostra-se importante observar, ainda, que tais fatores caracterizam-se como pressupostos de todos os direitos fundamentais, porém, alguns deles, como a distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento econômico e o nível de ensino, têm particular relevância no campo dos direitos sociais posto que, no âmbito deste domínio, os *realien* (os “dados reais”) condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos. (CANOTILHO, 2003, p. 473)

Como se percebe, a abordagem dos pressupostos dos direitos fundamentais está diretamente vinculada à forma de Estado eleita por determinada sociedade em dado momento histórico, sendo que “o discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal)”.⁷² (BARROSO, 2006, p. 05)

⁷¹ A respeito da hermenêutica constitucional, eis o panorama apresentado por Paulo Gomes Pimentel Júnior: “Ao lado dos métodos tradicionais de interpretação (gramatical, histórico, sistemático, teleológico e genético), que não são suficientes para se obter os adequados alcances e sentidos das normas constitucionais, o aplicador utiliza-se de outros, específicos, consagrados nos seguintes princípios: a) princípio da unidade da Constituição, pelo qual deve-se buscar uma interpretação que demonstre coerência das normas constitucionais, sejam regras ou princípios, evitando contradições; b) princípio da máxima efetividade, pelo qual se procurará interpretar a Constituição, atribuindo às suas normas o sentido de maior eficácia; c) princípio da concordância prática, que ordena, na resolução do caso concreto, que os bens jurídicos protegidos pela norma constitucional devem ser coordenados de forma a que ganhem realidade, evitando-se, no possível, o sacrifício de uns em relação aos outros; d) princípio da correção funcional, que preceitua ao intérprete a busca de uma interpretação da norma que não venha a frustrar a distribuição das funções estatais; e) princípio da função integradora, pelo qual deve optar o intérprete pela opção que produza efeito criador e conservador da unidade política da comunidade; f) princípio da força normativa da Constituição, pelo qual o intérprete deve se pautar na resolução dos conflitos constitucionais tendo em conta a imperatividade desta, na qualidade de complexo normativo que é”. (PIMENTEL JÚNIOR, 2004, p. 73-74)

⁷² Sobre o tema, as sempre esclarecedoras observações de Luís Roberto Barroso: “A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”. (BARROSO, 2006, p. 05)

Além dos referidos pressupostos – que condicionam mas não fazem parte do regime jurídico dos direitos fundamentais – existem outros elementos, denominados “estruturais” ou “configuradores” dos direitos sociais. Estamos falando, neste ponto, de um conjunto de elementos – desde elementos individuais até os dados normativo-constitucionais – que numa sociedade concreta estão na base da proteção dos direitos sociais. Explicitando a importância dos elementos “estruturais” ou “configuradores”, podemos afirmar que:

[...] a concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais ativa e comprometida ou de uma política passiva e resignada consoante se considere que, abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais, ou se entenda que a “cidadania social” é basicamente uma “conquista individual”. De igual forma, a concretização destes direitos é indissociável de dimensões histórico-sociais, como, por exemplo, o enraizamento de associações e organizações de defesa de direitos sociais (movimento operário, movimento cooperativo, movimento mutualista, formação de partidos laboristas). (CANOTILHO, 2003, p. 473-474)

De se destacar, ainda no âmbito dos elementos configuradores dos direitos sociais, que a perspectiva e o modo de fundamentá-los juridicamente são distintos “dentro de um enquadramento constitucional dotado de um catálogo individualizador de direitos sociais ou num enquadramento político-constitucional sem positivação constitucional desses mesmos direitos”.⁷³ (CANOTILHO, 2003, p. 474)

Feitas essas ponderações preliminares, temos que os direitos sociais podem receber quatro formas de tratamento jurídico-constitucional, ou seja, podem ser previstos em normas programáticas, em normas de organização, em normas voltadas para as garantias institucionais, bem como serem concebidos como direitos subjetivos públicos.⁷⁴

A primeira dessas formas é aquela que aponta como programáticas as normas consagradoras dos direitos sociais. Os textos constitucionais condensam, nas normas programáticas, os princípios definidores dos fins do Estado. A relevância de tais normas seria essencialmente política; todavia, sob o ponto de vista jurídico, a introdução dos direitos sociais nas vestes de programas constitucionais deve ser considerada como um procedimento relevante uma vez que, por intermédio das normas programáticas, mostra-se possível a obtenção do fundamento constitucional pertinente à regulamentação das prestações sociais e,

⁷³ Com a observação incisiva de Robert Alexy: “Poderia achar-se que com a codificação dos direitos do homem por uma Constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização está solucionado. Isso, contudo, não é o caso. Muitos problemas dos direitos do homem agora primeiro se tornam visíveis em toda sua extensão e novos se acrescem por sua vinculatividade, agora existente”. (ALEXY, 2008, p. 49)

⁷⁴ O encaminhamento preliminar do tema é baseado nas lições de Joaquim José Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 474-476, 2003).

ao mesmo passo, transportando os princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, tais normas podem ser invocadas no momento de concretização dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2003, p. 474-475)

Outra forma de positivação constitucional dos direitos sociais encontra-se nas chamadas normas de organização, que reconhecem a necessidade de que tais direitos sejam implementados. As normas constitucionais organizatórias atributivas de competência imporiam ao legislador a realização de certos direitos sociais e, ao imporem a efetivação de medidas voltadas para o bem-estar do povo, à sua segurança econômica e social, abrir-se-ia o caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais. (CANOTILHO, 2003, p. 475)

Os direitos sociais ainda podem ser contemplados por intermédio de normas definidoras de garantias institucionais. A positivação, em nível constitucional, de tais garantias traduz-se numa forma de imposição, dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos (por exemplo: medidas protetoras da família, da saúde pública e da administração local).

Uma quarta maneira de positivação constitucional dos direitos sociais decorre do tratamento que podem receber enquanto direitos públicos subjetivos, isto é, direitos inerentes ao espaço existencial do indivíduo. Existe uma grande diferença entre situar os direitos sociais dentro de uma dimensão subjetiva e considerá-los como simples imposições constitucionais, sendo tal diferença bastante acentuada no âmbito dos direitos reflexos para os cidadãos.

As diferentes maneiras pelas quais se verifica a positivação, no âmbito constitucional, dos direitos fundamentais sociais recebem sérias críticas doutrinárias,⁷⁵ sendo que estas podem ser assim sintetizadas:

- 1) no plano político-constitucional, as posições jurídicas prestacionais são posições claudicantes, pois a sua otimização pressupõe sempre uma reserva econômica do possível (“Vorbehalt des Möglichen”), que os órgãos ou Poderes Públicos interpretarão ou densificarão segundo os modelos político-econômicos dos seus programas de governo;*
- 2) no plano jurídico-dogmático, assiste-se a uma inversão do objeto do direito subjetivo: os clássicos direitos de defesa reconduziam-se a uma pretensão de omissão dos Poderes Públicos perante a esfera jurídica privada; os direitos a prestações postulam uma proibição de omissão, impondo-se ao Estado uma intervenção ativa de fornecimento de prestações;*

⁷⁵ A abordagem crítica do assunto também se desenvolve com fundamento nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho, mais especificamente em dois artigos de sua autoria (“Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais” e “Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais”), ambos inseridos em obra do mesmo autor (*Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004).

3) nos planos metódico e metodológico, enquanto a densidade das normas consagradoras de direitos de defesa permite, tendencialmente, a justiciabilidade destes direitos, jurídico-individualmente acionada, os preceitos consagradores dos direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais vagas e indeterminadas, dependentes da “interpositio” do legislador e demais órgãos concretizadores. (CANOTILHO, 2004-A, p. 52-53)

Ainda de acordo com uma posição crítica, existe o entendimento de que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável, na qual alguns paradoxos, algumas fragilidades metodológicas e algumas pré-compreensões dificultam a tarefa de todos aqueles que procuram encontrar o equilíbrio entre a normatividade e a eficácia por intermédio de um discurso jurídico-constitucional moralmente reflexivo. Mais detalhadamente:

Como todos sabem, “fuzzy” significa em inglês “coisas vagas”, “indistintas”, “indeterminadas”. Por vezes, o estilo “fuzzysta” aponta para o estilo do indivíduo ligeiramente embriagado. A nosso ver, paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais a carga metodológica da “vaguidéz”, “indeterminação” e “impressionismo” que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de “fuzzysmo” ou “metodologia fuzzy”. Em abono da verdade, este peso retórico é hoje comum a quase todas as ciências sociais. Em toda a sua radicalidade, a censura de “fuzzysmo” lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos económicos, sociais e culturais.

[...]

Mas se, no que diz respeito ao indeterminismo “fuzzy”, os juristas acompanham o discurso crítico sobre as ciências sociais, importa reconhecer que, mesmo nos estritos parâmetros jurídico-dogmáticos, os direitos sociais aparecem envoltos em quadros pictóricos onde o recorte jurídico cede o lugar a nebulosas normativas. É aqui que surge o “camaleão normativo”. A expressão não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee há mais de quinze anos. Com ela pretendia significar a instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto – como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema (“system-immanente”) quer a conteúdos normativos transcendentais ao sistema (“system-transcendente”). Esta indeterminação normativa explicaria, em grande medida, a confusão entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes. Por outras palavras: o “transformismo normativo” dará azo à passagem de um discurso jurídico rigoroso centrado em categorias como “direitos subjetivos” e “deveres jurídicos” para um discurso político constitucional baseado em programas concretizadores de “princípios setores” e de diretivas políticas. (CANOTILHO, 2004, p. 100-101)

Continuando na trilha da análise crítica, voltando o foco para a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais, temos que, não sem surpresa, os direitos sociais são os que têm percorrido trajetória mais ingrata.

Avançando sobre o assunto, com relação ao aspecto estritamente jurídico, uma das dificuldades enfrentadas pelos direitos sociais está na circunstância de que,

invariavelmente, apresentam-se envoltos às normas programáticas, sem que se possa prontamente discriminar as hipóteses em que existem prestações positivas exigíveis. Neste sentido, o texto constitucional contempla verdadeiros direitos sociais, conceitualmente qualificáveis como direitos subjetivos, voltados para a tutela de bens e interesses pronta e diretamente exigíveis, sendo que muitos deles, inclusive, já se tornaram plenamente efetivos, gerando, sem maior polêmica, o desfrute imediato e positivo de determinados benefícios, assim como a possibilidade de exigí-los – jornada de trabalho de oito horas (art. 7º, XIII); remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (art. 7º, IX); repouso semanal e férias anuais remunerados (art. 7º, XV e XVII); licença à gestante (art. 7º, XVIII); aposentadoria para a mulher aos trinta anos de trabalho (art. 201, § 7º, I), etc. Por outro lado, inúmeros direitos sociais ainda não se concretizaram, muito embora sejam veiculados por dispositivos que apresentam a mesma estrutura lógico-normativa das demais regras definidoras de direitos, comportando aplicação direta e imediata. Neste último caso, de forma injustificável e profundamente nociva à sociedade, tem-se desperdiçado a enorme potencialidade de preceitos aptos a proporcionarem o desfrute de bens e interesses de proveito individual e coletivo. (BARROSO, 2002, p. 148)

De se observar, porém, que mesmo a doutrina que reconhece tais dificuldades de implementação dos direitos sociais, não nega a necessidade de que sejam buscadas novas formas de análise do tema a fim de que os direitos fundamentais de segunda dimensão sejam efetivamente assegurados. Neste sentido:

O problema atual dos direitos sociais (“Soziale Grundrechte”) ou direitos a prestações em sentido restrito (“Leistungsrechten im engeren Sinn”) está em “levarmos a sério” o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjetivos onde falta a capacidade jurídica poder (= jurídico, competência) para obter a sua efetivação prática (= acionabilidade), não podemos considerar como simples “aleluia jurídico” (C. Schmitt) o fato de as Constituições (como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978) considerarem certas posições jurídicas de tal modo fundamentais que a sua não garantia não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares. (CANOTILHO, 2004-A, p. 51)

Dentro dessa perspectiva, é preciso ressaltar que os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional, sendo compreendidos como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada. (CANOTILHO, 2004, p. 98)

Com esse objetivo e nos termos da classificação anteriormente mencionada, mostra-se necessária uma maior atenção a duas das quatro espécies de normas constitucionais

vinculadas aos direitos sociais, quais sejam, as de natureza programática e aquelas que se caracterizam como definidoras de direitos subjetivos.

As normas programáticas podem ser conceituadas como aquelas por meio das quais os constituintes, ao invés de regularem, direta e imediatamente, determinados interesses, limitam-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 2000, p. 138)

Quando se fala em normas que indicam fins ao Estado, estabelecendo programas para atingi-los, se está a considerar a materialidade das normas constitucionais. É preciso observar, então, que as normas constitucionais que determinam apenas um esquema de atuação são tão preceptivas como qualquer outra posto que, ao regularem comportamentos públicos destinados a incidir sobre matérias específicas, são, nessa medida, vinculantes, de tal modo que as normas ordinárias contrárias a elas são inválidas (quando anteriores) e inconstitucionais (se posteriores), sendo que ao ditarem comportamentos em razão de interesses, ao disporem limites, o fazem do alto de sua imperatividade suprema de Lei Fundamental e dentro de sua capacidade eficaz. (FERRARI, 2001, p. 173-174)⁷⁶

As normas programáticas mostram-se profundamente relevantes porque procuram apontar para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica das normas programáticas lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais por meio da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com o objetivo de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. (SILVA, 2000, p. 141)⁷⁷

Não é fácil realizar justiça social num sistema em que predomina o poder econômico, sendo que tal forma de justiça somente se concretizará por meio de uma equitativa distribuição da riqueza nacional que busque estabelecer um sistema em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Mesmo diante do inafastável entendimento de que um regime democrático de justiça social não aceita a desigualdade sem fundamento, a pobreza e a miséria, temos que o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem apresentado a eficácia necessária para reequilibrar a

⁷⁶ Com esteio em Vezio Crisafulli. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

⁷⁷ Baseado na lição de Ugo Natoli. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, I – Introduzione*. Milão: Giuffrè, 1955.

posição de inferioridade que lhes retira a possibilidade do efetivo exercício das liberdades. A Constituição de 1988 sujeita a ordem econômica aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna, trazendo, ainda, mecanismos na ordem social voltados à efetivação de tal objetivo. Entretanto, as meras previsões constitucionais, em virtude de um baixo índice de efetividade, não têm proporcionado uma melhora do padrão de vida dos brasileiros, sobretudo dos hipossuficientes. Isto não quer dizer que os comandos voltados para a realização da justiça social sejam destituídos de valor jurídico e de eficácia; sem dúvida alguma, tais comandos constitucionais mostram-se imprescindíveis, obrigando que todas as demais normas da chamada “Constituição econômica” sejam entendidas e aplicadas em função deles. Entretanto, a questão que se coloca atualmente consiste muito mais em compreender a natureza deste valor-fim das ordens econômica e social, para que seja levado em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem. (SILVA, 2000, p. 141-142)

No que tange à compreensão dos sociais enquanto direitos subjetivos, vale destacar que o efetivo reconhecimento da índole normativa dos correspondentes dispositivos constitucionais não trouxe solução ao problema pertinente à operatividade prática de tal modalidade de direitos. (BARROSO, 2002, p. 108)

Os direitos sociais tutelam, em última análise, interesses e bens voltados à realização da justiça social. “Sem embargo, a conformação das regras que os consagram produz efeitos de natureza vária, que investem os jurisdicionados em posições jurídicas que se distribuem em três grupos”. (BARROSO, 2002, p. 108)

Num primeiro plano, as normas pertinentes aos direitos sociais geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção. Neste caso, que é o menos comum, a relação jurídica que se estabelece é semelhante à que resulta dos direitos individuais, na qual o dever jurídico, correspondente ao direito assegurado, consiste não em uma atuação, mas em uma omissão, um não fazer, normalmente dirigido ao Estado, podendo ser citado, como exemplo, o direito de greve, abrigado no art. 9º da Constituição Federal em vigor. Ao Estado cabe abster-se de reprimir e punir os que o exercem, o que não apresenta nenhuma dificuldade num quadro institucional normal. (BARROSO, 2002, p. 108)

Outras vezes as normas constitucionais atributivas de direitos sociais ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado. Aqui, ao contrário da hipótese anterior, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição Federal, podem ser apontados como exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art. 196), à previdência social (arts. 6º

e 201) e à aposentadoria da mulher após trinta anos de contribuição (art. 201, § 7º, I). Vale observar que, neste último dispositivo, o conteúdo da norma permite a pronta verificação do seu cumprimento; já nos dois outros, muito mais fluidos, esta verificação é complexa e encontra limites econômicos que derivam do fato de que certas prestações devem situar-se dentro do que se denomina “reserva do possível”, isto é, das disponibilidades do erário. Aqui, o momento de ser abordada uma questão extremamente delicada: a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável; entretanto, determinar se ela é plenamente satisfatória caracteriza-se como tarefa árdua e, muitas vezes, impossível. De se observar, ainda, que neste campo existem fronteiras de natureza política, podendo ser tomada como exemplo a determinação da melhor medida de caráter médico-preventivo, dentre as diversas existentes, para conter uma epidemia. Salvo diante de casos extremos de inércia ou manifesta inadequação das providências tomadas, esta será uma decisão que resvala para a discricionariedade dos Poderes Públicos e, pois, impossível de ser submetida ao controle jurisdicional. (BARROSO, 2002, p. 108-109)

O aprofundamento do tema sob foco pode ser promovido por meio da análise do art. 196 da Constituição Federal.⁷⁸ “A dicção ambígua do art. 196, que faz referência a direito à saúde e ao dever do Estado, mas tem redação de norma programática – fala em políticas sociais e econômicas que não estão especificadas – produziu vasta discussão jurisprudencial”. (BARROSO, 2002, p. 110)

No âmbito do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271286-RS, cujo relator foi o Ministro José Celso de Mello Filho, o E. Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria sob foco, enfatizando seus diferentes aspectos, sendo que as ponderações do eminente Ministro Relator foram sistematizadas dentro dos seguintes parâmetros:

- a) o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja 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 o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar;*
- b) o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional;*
- c) 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*

⁷⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental;

d) 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 e representa, na concepção 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 consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (BARROSO, 2002, p. 110-111)

Como se percebe, em referida decisão o direito à saúde é tratado, de forma heterogênea, como prerrogativa jurídica, direito fundamental, norma programática e preceito fundamental. Em que pese tal heterogeneidade, a decisão do E. Supremo Tribunal Federal revela tendência jurisprudencial, cada vez mais nítida e presente em nossos tribunais, voltada para o propósito de se dar efetividade às normas constitucionais, “superando por via judicial as omissões do Poder Público, mesmo ao custo de um ativismo judicial que não tem raízes profundas na tradição brasileira, mas que vem em boa hora”. (BARROSO, 2002, p. 111)

Se faz necessário destacar, também, que muitas vezes as normas constitucionais atributivas de direitos sociais contemplam interesse cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora.

A natureza concisa da Constituição faz com que ela transfira ao legislador ordinário, em múltiplos casos, a competência para regular o exercício de determinados direitos capitulados em seu texto. Também aqui resulta freqüentemente tormentosa a obtenção efetiva do bem jurídico tutelado, posto que a inexistência de regra integradora paralisa a operatividade do comando normativo maior. Importante observar, entretanto, que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder mencionados direitos; concede-os ela própria. Ao legislador infraconstitucional cabe, somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os, sendo que sua desídia dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão. (BARROSO, 2002, p. 112)

Assim, é possível afirmar que “a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’; exige um complemento: ‘a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais’”. (CANOTILHO, 2001, p. 363-364) Verticalizando a análise do tema sob foco:

Um aspecto verdadeiramente nuclear, sob o ponto de vista da Constituição dirigente, é o da dependência legal dos direitos fundamentais que pressupõem prestações do Estado (“Leistungsgrundrechte”). Fala-se aqui, para salientar a necessidade da “interpositio legislatoris”, de “direitos fundamentais sob reserva de medida legal” ou de “leges imperfectae”. O “ato de transformação do legislador democrático” surge, assim, não tanto

como um ato que “transforma” as pretensões abstratas das normas constitucionais em pretensões subjetivas individuais, mas como ato criador de pressupostos concretos, necessários ao exercício de um direito social. A realização dos direitos fundamentais é, neste sentido, um importante problema de competência constitucional: ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as “prestações integradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Paradoxalmente, parece vir a cair-se no esquema relacional lei - direitos fundamentais que vigorou no século passado: os direitos fundamentais apenas se reconhecem no âmbito da lei; a lei é “dona” dos direitos fundamentais. Só na aparência, porém. Não obstante ao dever jurídico-constitucional do legislador não corresponder uma pretensão jurídico-subjetiva, autonomamente acionável, o legislador inativo suporta uma censura jurídico-constitucional de violação de direitos fundamentais equivalente à antiga interferência ilícita no âmbito da liberdade e propriedade dos cidadãos. Afirma-se, assim, implicitamente, que a distinção entre ingerência (coação) e prestação deixou de ser o “padrão dogmático” da tutela dos direitos fundamentais e que o grau de vinculatividade jurídico-constitucional dos direitos com dimensão programática não é menor do que o dos direitos-garantia, dotados de justiciabilidade autônoma. (CANOTILHO, 2001, p 369-370)

Diante do quadro aqui exposto, mostra-se evidente que um dos principais problemas a serem enfrentados pela atual doutrina constitucional é aquele relativo à busca de mecanismos e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas, em sua maioria, como programáticas, dependentes de atividades tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, a fim de possibilitarem a concretização de tal modalidade de direitos, fazendo com que estes deixem o plano das idéias e boas intenções, modificando de forma positiva a vida de todos.

De acordo com a doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, incluindo as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: o da sua existência, validade e eficácia.⁷⁹ De se ressaltar, entretanto, que no período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação

⁷⁹ Ensina Luís Roberto Barroso, ao tratar da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral: “Os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade denominam-se atos jurídicos. Cifrando o objeto de nosso estudo, tem-se que os atos jurídicos – e, *ipso facto*, os atos normativos de todo grau hierárquico – comportam análise científica em três planos distintos e inconfundíveis: o da existência, o da validade e o da eficácia. [...] A existência de um ato jurídico – que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos – verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. [...] Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua validade. Aqui, cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição. [...] Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será existente. Se, além disto, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude – possibilidade, o ato, que já existe, será também válido. A ausência de algum dos requisitos conduz à invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico, considerando a maior ou menor gravidade da violação, comina as sanções de nulidade e anulabilidade. [...] A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma”. (BARROSO, 2002, p. 80-84)

das normas constitucionais: o da sua efetividade. (BARROSO, 2004, p. 323) A respeito da forma como pode ser compreendida, temos que:

[...] “efetividade” significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador. (BARROSO, 2004, p. 323-324)

Nessa trilha, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 1º, estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata.⁸⁰

Em que pese a clareza de tal dispositivo, os mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais têm se mostrado incapazes de dar conta de seu intento e de realizar suas promessas, quando não – o que é pior, têm servido ao propósito oposto.

Determinado entendimento doutrinário defende a posição de que a norma prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 contém fórmula desprovida de conteúdo na medida em que não tem o efeito de emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação e plena eficácia, pois do contrário se estaria atentando contra a natureza das coisas. Neste sentido:

A Constituição de 1988, no art. 5º, § 1º, edita uma regra que é novidade no direito pátrio. Trata-se da “aplicabilidade imediata” das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 102)

Entretanto, “essa concepção, além de simplista e pessimista, não está alinhada aos melhores, e dignos de encômios, posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, não podendo, portanto, prosperar”. (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 263)

Posição diametralmente oposta pode ser assim apresentada:

As normas sobre direitos fundamentais são de aplicação imediata, conforme disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não-programático dessas normas, deixando claro que os direitos

⁸⁰ Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. O seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que cria quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos. (KRELL, 2000, p. 34)

A distinção marcante entre essas duas concepções revela o embate entre duas linhas de interpretação constitucional, quais sejam, o “procedimentalismo” e o “substancialismo”. No Brasil, há um elenco considerável de juristas que defendem uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, sendo que este tema assume maior visibilidade em face da falta de efetividade da Constituição e da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas, circunstância que demanda a utilização de mecanismos (ações constitucionais, controle de constitucionalidade, etc.) aptos à realização dos direitos substantivos previstos na Lei Maior. Do outro lado, as teses procedimentais ganham corpo a cada dia, pela acusação que fazem da “judicialização da política” (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais. Partindo de uma concepção purista, algumas teses procedimentais fundamentam-se na idéia de um constitucionalismo débil, segundo a qual a Constituição teria apenas a função de limitar o poder existente, sem prever especificamente uma defesa material dos direitos fundamentais. (STRECK, 2006, p. 13-14)

Sem que seja necessário assumir, de forma radical, um posicionamento de índole substancial ou procedimental, o que se mostra mais importante destacar é o fato de que uma das principais matrizes da hermenêutica jurídica está vinculada ao prestígio que deve ser dado à interpretação capaz de extrair do texto a sua máxima utilidade e efetividade. Diminuir a força normativa do preceito contido no § 1º do art. 5º da Constituição é ir contra a natureza jurídica das coisas, mostrando-se inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia ao dispositivo sob foco, recusando ao mesmo o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou. (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 263)

Dentro dessa linha de entendimento, toda a Constituição tem valor normativo imediato e direto, sendo que a vinculação normativa do texto constitucional afeta a todos os cidadãos e todos os Poderes, sem exceção. Nem todos os artigos da Constituição têm um mesmo alcance e significação normativos; entretanto, todos enunciam efetivas normas jurídicas, seja qual for sua possível imprecisão ou indeterminação. (ENTERRÍA, 2006, p. 70-74)

As mais diversas tentativas de classificar as normas constitucionais não conseguirão abranger todas as manifestações possíveis em torno da eficácia e aplicabilidade dos dispositivos, sendo que as classificações, invariavelmente, assumem papel de índole preponderantemente didática. O que se mostra necessário destacar é a circunstância de que todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, sendo esta variável consoante o grau de densidade normativa do dispositivo, e, portanto, em certa medida, são diretamente aplicáveis, naturalmente nos limites de sua eficácia e normatividade. Neste sentido, temos que, desde a superação da concepção clássica sustentada por Ruy Barbosa,⁸¹ não se discute que cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade, sendo esta a razão pela qual todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia, imediatamente aplicáveis. (SARLET, 2007, p. 265-266)

Assim, respeitadas as peculiaridades de cada dispositivo constitucional, o intérprete deve buscar a maior efetividade possível dele decorrente. Desta maneira, as normas que contemplam os direitos fundamentais sociais, de natureza programática ou não, “têm, sim, aplicação direta e imediata na forma preconizada pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal, gerando diversas posições jurídicas para os administrados”. (MEIRELES, 2008, p. 236)

A aplicabilidade de uma norma caracteriza-se como decorrência lógica de sua eficácia jurídica; esta, por sua vez, diz respeito aos efeitos oriundos e ao dever ser que decorre da norma. Deste modo, não há como negar que de todas as normas jurídicas, sejam elas de direitos sociais ou não, decorrem efeitos e, ainda, a obrigação de cumprir determinado dever de abstenção ou de prestação. Assim, de todas as normas decorre eficácia jurídica, sendo que a aplicabilidade dependerá, entretanto, da análise do caso concreto. “A natureza principiológica da norma do § 1º do art. 5º da CF/88 gera a presunção de aplicação imediata dos direitos fundamentais, de forma que o operador que assim não fizer, trará para si o ônus da argumentação jusfundamental em sentido contrário”. (MEIRELES, 2008, p. 236-237)

Aqui, importante a observação de que a validade de uma Constituição compreende sua legitimidade em dois aspectos fundamentais: o da positividade, no sentido de sua existência como plano e expressão de um poder efetivo, e o da obrigatoriedade, no sentido

⁸¹ Aqui nos reportamos à classificação das normas apresentada por Ruy Barbosa, inspirada na doutrina norte-americana, onde apresenta a distinção entre normas auto-aplicáveis ou auto-executáveis (*self-executing*, *self-acting* ou *self-enforcing*) e normas não-auto-aplicáveis ou não-auto-executáveis (*not self-executing*, *not self-acting* ou *not self-enforcing*).

da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado. (BACHOF, 2008, p. 42)

A respeito de sua força normativa, podemos afirmar que “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”. (HESSE, 1991, p. 19) Avançando sobre o tema:

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (“Wille zur Macht”), mas também a vontade de Constituição (“Wille sur Verfassung”).

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei no pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo. (HESSE, 1991, p. 19-20)

Essa nova forma de compreender a Constituição, voltada para a efetividade dos direitos fundamentais nela consagrados, buscando, assim, a construção de uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária, vem recebendo a denominação de “neoconstitucionalismo”.⁸²

Na hermenêutica correspondente a essa nova concepção do constitucionalismo, a interpretação dos direitos fundamentais orienta-se pela pré-compreensão ético-jurídica da dignidade da pessoa humana, isto porque, inafastavelmente, a razão última dos direitos fundamentais está na defesa das prerrogativas do indivíduo contra os excessos de poder cometidos pelos órgãos do Estado, no estabelecimento de condições apropriadas de

⁸² Com a explicação preliminar de Ana Paula de Barcellos: “A expressão ‘neoconstitucionalismo’ tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. O prefixo *neo* parece transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história [...]”. (BARCELLOS, 2005, p. 83-84)

vida, assim como na promoção do desenvolvimento multidimensional da personalidade humana. (SILVA, 2006, p. 37-38)⁸³

As principais modificações promovidas pelo neoconstitucionalismo no campo da hermenêutica podem ser sistematizadas com base nos aspectos histórico, filosófico e teórico. (CAMBI, 2007, *on line*)

Do ponto de vista histórico, as transformações mais importantes no direito constitucional contemporâneo aconteceram a partir da Segunda Guerra Mundial, conforme revelam os textos da Lei Fundamental de Bonn (1949) e das Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). A terrível e recém terminada experiência decorrente da adoção de regimes totalitários trouxe a necessidade da criação de catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do indivíduo frente aos abusos cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual, etc.), sendo que também foi necessário o estabelecimento de mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional). A superação do paradigma da validade meramente formal do Direito resultou da idéia de que o Direito deve ser compreendido dentro das respectivas relações de poder, sendo inconcebível que, em nome da vontade da maioria legislativa, tudo que o Estado fizesse fosse legítimo. Com base nessas premissas, estreitaram-se os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os da “razoabilidade”, “senso comum” e “interesse público” mostraram-se permeados pelas relações de poder. Também deve ser observado que, após os horrores do nazismo e do fascismo, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida como o núcleo axiológico da tutela jurídica. (CAMBI, 2007, *on line*)

Já sob o aspecto filosófico, o dogma da lei como expressão da “vontade geral” foi superado pela hermenêutica jurídica por meio do desenvolvimento da distinção entre as regras e os princípios, reconhecendo-se força normativa a estes com o objetivo de ampliar a efetividade da Constituição. “Esta tendência é denominada de pós-positivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de colmatar lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos”. (CAMBI, 2007, *on line*)

Sob o enfoque teórico, o surgimento do neoconstitucionalismo acarretou três conseqüências fundamentais: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a

⁸³ Com base no entendimento de Imre Szabo. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem. In: VASAK, Karel (org.). *As dimensões internacionais dos direitos do homem*. Lisboa: LTC, 1983, p. 27.

expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.⁸⁴ (CAMBI, 2007, *on line*)

Quanto à primeira das referidas conseqüências, afirmar que as normas constitucionais têm força normativa é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. A positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa, em linhas gerais, que: a) o legislador está vinculado, de forma permanente, à concretização dos ditames constitucionais; b) que o texto constitucional vincula positivamente todos os órgãos capazes de lhe dar concretização (Executivo, Legislativo e Judiciário); e c) que as regras e princípios constitucionais devem ser encarados como limites materiais negativos dos Poderes Públicos, devendo ser considerados inconstitucionais os atos que os contrariam. (CAMBI, 2007, *on line*)

No que tange à segunda das conseqüências decorrentes do enfoque teórico neoconstitucionalista, mostra-se importante ressaltar que o estudo da jurisdição constitucional vem recebendo um impulso muito grande, motivado pelos fenômenos da expansão da litigiosidade e da ampliação do acesso à justiça. A simplificação do acesso ao Poder Judiciário, sobretudo após a criação dos Juizados Especiais, revelou-se como fator importante para que os cidadãos fossem em busca de seus direitos. Por outro lado, a tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos permitiu que as questões sociais juridicamente relevantes fossem resolvidas de forma mais adequada e rápida, contando com a atuação decisiva do Ministério Público que, com a Constituição Federal de 1988, assumiu novas atribuições no âmbito do processo civil. Essa onda revolucionária provocada pelo movimento de acesso à justiça proporcionou ao Poder Judiciário, nos últimos anos, dar efetividade aos direitos fundamentais – sobretudo os de caráter social – o que coloca o Poder Judiciário, hoje, no centro das atenções e das perspectivas da sociedade. (CAMBI, 2007, *on line*)

Verificamos, ainda, que o neoconstitucionalismo, a partir da falência do positivismo jurídico, abriu espaço para o desenvolvimento de uma nova forma de interpretação constitucional que, mesmo não abandonando os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), revitalizou a hermenêutica com base na preponderância da teoria dos princípios sobre a das regras. Isto possibilitou encontrar um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade, buscando melhores soluções para os conflitos entre direitos

⁸⁴ Com base em Luís Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, a.9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 nov. 2005.

fundamentais, não se mostrando mais necessárias decisões do tipo “ou tudo ou nada”, permitindo-se a busca por soluções mais ajustadas às pretensões sociais legítimas, que sejam, ao mesmo tempo, vinculantes e flexíveis. “Assim, é possível ajustar a Lei Fundamental às circunstâncias do caso concreto, permitindo solucionar as complexas colisões entre direitos fundamentais e, assim, levar a sério a Constituição”. (CAMBI, 2007, *on line*)

A concretização dos direitos fundamentais sociais, sobretudo nos chamados países de modernidade tardia, demanda a construção de horizontes mais amplos no âmbito da hermenêutica constitucional, mais particularmente voltados para o aspecto substancial (material) da Lei das Leis.⁸⁵ Em síntese, temos que:

[...] é necessário construir (novos) caminhos na busca da concretização das promessas da modernidade plasmadas no texto constitucional. Isto implica continuar a acreditar na força normativa da Constituição e no seu papel dirigente e compromissário. Daí a necessidade da construção de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), cujos fundamentos decorrem da necessidade de preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade nos países periféricos. Destarte, a defesa de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia fundamenta-se na idéia de um conteúdo compromissário mínimo a constar do texto constitucional, bem como nos correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

Uma tal teoria deve, assim, tratar da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares – democracia e direitos fundamentais sociais – que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. A idéia de uma TCDAPMT implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma teoria da Constituição dirigente voltada às especificidades de países periféricos como o Brasil não prescinde de uma teoria do Estado, que seja apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição. É importante pontuar que tal teoria conforma-se manifestamente ao que se projeta a partir de uma estrutura normativa consistente no Estado Democrático de Direito, ou seja, uma forma civilizada e democrática de realização do bem estar de todos, rechaçando alternativas revolucionárias, distantes de qualquer paradigma de Estado de Direito. A toda evidência, uma tal tese não implica sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção da Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um (poderoso) instrumento de implementação de políticas públicas. (STRECK, 2004, p. 368-369)

⁸⁵ A respeito da teoria da Constituição dirigente e da dogmática da efetividade constitucional, ressaltamos as ponderações de Cláudio Pereira de Souza Neto: “No Brasil, tem predominado, há cerca de duas décadas, uma ‘teoria normativa da Constituição dirigente’, cujo aspecto central é a afirmação de que também os dispositivos constitucionais instituidores de programas de ação (*i.e.*, os dispositivos programáticos) são normas e, como tais, devem ser aplicados. Para a teoria da Constituição dirigente, são legítimos os atos que, além de praticados de acordo com os procedimentos constitucionais, consistirem na concretização do projeto social plasmado na Constituição. Sob esse prisma, a teoria constitucional deve se preocupar ‘com a justeza das decisões, com a identidade material de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político’. Em nosso País, essa afirmação da normatividade do ‘bloco dirigente’ é uma das principais conseqüências da guinada por que passou a teoria constitucional progressista a partir da reabertura democrática e, especialmente, da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988”. (SOUZA NETO, 2006-A, p. 259-262)

Assim, não há como se negar que os princípios e regras inerentes aos direitos fundamentais sociais, seja qual for o enquadramento que recebam no âmbito das inúmeras classificações apresentadas pela doutrina, possuem efetiva força normativa e, dentro da concepção interpretativa que busca extrair o máximo de efetividade possível do texto constitucional, devem servir como sustentáculo para a concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão.⁸⁶

⁸⁶ Esse entendimento alinha-se a algumas das conclusões lançadas por Marcelo Antonio Theodoro em sua Dissertação de Mestrado, produzida junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR), posteriormente publicada com o título *Direitos fundamentais & sua concretização*: “- as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, apenas variando quanto à densidade, maior ou menor dessa eficácia; - a Constituição é um sistema aberto, e existe pluralidade de intérpretes sem, no entanto, afastar a legitimidade do controle jurisdicional da constitucionalidade; - os princípios são mandados de otimização, que devem nortear a interpretação constitucional, municiada de todo o instrumental concretizador, disponibilizado pela doutrina; - todas as normas constitucionais são imperativas, prevalecendo o princípio da unidade; - os direitos fundamentais constituem-se no núcleo essencial da Constituição; [...]”. (THEODORO, 2008, p. 121/122)

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1. Políticas públicas: conceito e relação com o modelo de Estado

Estamos inseridos em uma democracia formal há mais de duas décadas e, ao longo desse período, implementou-se, de forma gradativa, o debate em torno do conceito de “espaço público”, bem como a respeito de que atores devem atuar na sua construção, formulando e concretizando políticas capazes de estruturar um País efetivamente democrático,⁸⁷ diverso e socialmente justo. (LANZONI, 2007, p. 31)

Conforme anteriormente mencionamos, os direitos fundamentais sociais, de índole prestacional, demandam a implementação de políticas públicas,⁸⁸ expressão que “designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”.⁸⁹ (GRAU, 2008, p. 25)

O fundamento das políticas públicas está no reconhecimento dos direitos sociais, aqueles que se concretizam mediante prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais consistem em liberdades, os direitos sociais consistem em prestações. (BREUS, 2007, p. 219)

Por serem exigências de superação da inércia estatal, ou formas de se evitar o desvio da ação dos Poderes Públicos em favor das classes sociais ricas e poderosas, os

⁸⁷ A temática das políticas públicas suscita diversas questões pertinentes aos princípios democráticos: “[...] qual o grau de transparência ou de sigilo que se requer em cada caso, qual a previsibilidade de que se pode dispor, qual o impacto que se pode causar, qual o sentido da política, verificados seus beneficiários a curto, médio e longo prazo? Qual a responsabilidade do Estado na implementação da política pública? Responsabiliza-se por prejuízos causados a indivíduos singulares, ou não? Responsabiliza-se pelo insucesso, ou seja, pelo resultado da política, ou apenas pelos meios? Os membros dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, podem ser politicamente responsabilizados pela não-implementação de políticas públicas? Podem ser responsabilizados politicamente ou civilmente pela distorção ou desvio das políticas públicas?”. (LOPES, 2005, p. 133)

⁸⁸ Detalhando o espectro de abrangência das “políticas públicas”, as ponderações de Lindomar Wessler Boneti: “A partir de uma nova dimensão social das últimas décadas e sua repercussão direta na organização social e política da sociedade, é possível compreender como políticas públicas as ações que nascem do contexto social, mas que passam pela esfera estatal como uma decisão de intervenção pública numa realidade social, quer seja para fazer investimentos ou para uma mera regulamentação administrativa. Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou redirecionamento) dos rumos de ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou de investimentos. Nesse caso, pode-se dizer que o Estado se apresenta apenas como um agente repassador à sociedade civil das decisões saídas no âmbito da correlação de forças travadas entre os agentes do poder”. (BONETI, 2007, p. 74)

⁸⁹ Ainda com Eros Roberto Grau: “A expressão ‘políticas públicas’ designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio Direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o Direito é também, ele próprio, uma política pública”. (GRAU, 2008, p. 26)

direitos sociais têm por objeto políticas públicas ou programas de ação governamental que devem ser coordenados entre si. A elevação do nível da qualidade de vida das populações carentes supõe, no mínimo, um programa conjugado de medidas governamentais no campo do trabalho, saúde, da previdência social, da educação e da habitação popular. Tais objetivos sociais são interdependentes, de sorte que a não-realização de um deles compromete a realização de todos os outros. (COMPARATO, 2007, p. 338) Procurando esmiuçar essa abordagem, temos que:

[...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um “law enforcement” (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função. Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2004, p. 34-35)

Deve ser registrado, porém, que a exigência da atuação positiva, e não meramente absenteísta do Estado, realça a grande dificuldade para a efetivação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais de conteúdo econômico, social e cultural.⁹⁰

⁹⁰ Com a observação de Celso Fernandes Campilongo: “Longa tradição sociológica dos países centrais apresenta o quadro evolutivo dos direitos nos últimos séculos da seguinte forma: no séc. XVIII, a afirmação dos direitos civis (liberdade individual, garantias pessoais, propriedade etc.); no séc. XIX, a expansão dos direitos políticos (sufrágio universal, democracia representativa, partidos etc.); por fim, no séc. XX, a consolidação dos direitos sociais e coletivos (saúde, educação, trabalho, acesso à justiça etc.). Marshall, o mais conhecido formulador dessa hipótese, descreveu o processo de forma cumulativa: o respeito aos direitos civis possibilitou a conquista dos direitos políticos; a combinação do reconhecimento dos direitos civis e políticos garantiu a eficácia dos direitos sociais e econômicos, dentre os quais a saúde do trabalhador. Na América Latina a evolução dos direitos teve um percurso diverso daquele dos países centrais. Em alguns países, os indicadores sociais apontam para uma situação marcadamente periférica no sistema econômico internacional. É o caso, por exemplo, da Bolívia e do Paraguai. Outros países ocupam uma posição intermediária, combinando características e indicadores sociais tanto dos países centrais quanto dos periféricos. Exemplos: Brasil e México. [...] Em outros termos: os direitos civis e políticos ainda não foram perfeitamente internalizados pelos trabalhadores da semiperiferia. Apesar disso, os direitos sociais, dentre os quais a saúde do trabalhador, mesmo sem serem observados, integram a pauta de reivindicação dos trabalhadores e dos sindicatos. Direitos civis, políticos e sociais são postulados simultaneamente, sem que nenhum deles estejam plenamente assegurados. Uma situação inusitada e diferenciada, para a qual os modelos teóricos do centro não possuem grandes virtudes explicativas”. (CAMPILONGO, 1995, p. 132-134)

Neste sentido, uma política pública não se caracteriza como um ato isolado nem como a abstenção no que tange à prática de determinados atos. As políticas públicas estão, de acordo com a mais recente teoria jurídica, atreladas ao conceito de “atividade”, sendo este compreendido como uma série de atos, dos mais variados tipos, unificados por um mesmo objetivo e organizados num programa de longo prazo. A doutrina jurídica tradicional, tanto nos países de *civil law* quanto nos de *common law*, desde o direito romano, ocupou-se quase que exclusivamente de atos isolados: contratos, testamentos, matrimônio, adoção, nomeação e demissão de funcionários públicos, e assim por diante. “Foi só recentemente, em razão do desenvolvimento da economia de massa, que começaram a ser elaboradas regras jurídicas específicas sobre o desenvolvimento de atividades, como a organização do serviço público, ou a exploração empresarial”. (COMPARATO, 2007, p. 339)

As políticas públicas podem ser compreendidas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com o escopo de garantir igualdade de oportunidades aos indivíduos e, assim, assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos.⁹¹ (APPIO, 2006, p. 136) O terreno das políticas públicas caracteriza-se como o espaço institucional para a explicitação dos “fatores reais de poder”⁹² ativos na sociedade em determinado momento histórico, em relação a um objeto de interesse público. “Política aqui não conota, evidentemente, a política partidária, mas política num sentido amplo, como atividade de conhecimento e organização do poder”. (BUCCI, 2006, p. 242)

Com base no que foi até aqui exposto, podemos dizer que as políticas públicas no Brasil se desenvolvem em duas frentes principais, a social e a econômica, ambas voltadas para o desenvolvimento do País.⁹³ (APPIO, 2006, p. 136)

⁹¹ Em complementação, apresentamos o conceito lançado por Nilson do Rosário Costa: “Considera-se como política pública o espaço de tomada de decisão autorizada ou sancionada por intermédio de atores governamentais, compreendendo atos que viabilizam agendas de inovação em políticas ou que respondem a demandas de grupos de interesses”. (COSTA, 1998, p. 07)

⁹² A expressão é de Ferdinand Lassalle, que sobre ela escreve da seguinte maneira: “Será que existe em algum país – e fazendo esta pergunta os horizontes clareiam – alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo? Esta incógnita que estamos investigando apóia-se, simplesmente, nos fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade. Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser como elas são”. (LASSALLE, 2000, p. 10-11)

⁹³ Na esteira desse entendimento, a posição de Rogério Gesta Leal: “[...] 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 modo de 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 Brasil”. (LEAL, 2005-A, p. 167)

O desenvolvimento, portanto, pode ser apontado como a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais, com foco na eliminação das desigualdades, caracterizando-se como a síntese dos objetivos históricos nacionais. (BERCOVICI, 2006, p. 144) Explicitando esta idéia:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade. (SEN, 2000, p. 18)

Na busca de uma sistematização, podemos apontar que as políticas públicas agrupam-se em gêneros diversos: a) políticas sociais relacionadas à prestação de serviços essenciais (saúde, educação, segurança, justiça, etc.); b) políticas sociais compensatórias (previdência e assistência social, seguro desemprego, etc.); c) políticas de fomento (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc.); d) políticas inerentes às reformas de base (reforma urbana, agrária, etc.); e) políticas de estabilização monetária; além de outras mais específicas ou genéricas. (LOPES, 2005, p. 133)

Dentro desse espectro de abrangência, é possível dizer que as políticas públicas constituem temática diretamente ligada à Ciência Política e à Ciência da Administração Pública, sendo que ingressam no foco de interesse do Direito na medida em que o universo jurídico se alarga, abraçando a concepção por meio da qual os direitos sociais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em busca de concretização. (BUCCI, 2006, p. 241)

Trazer o conceito de políticas públicas para o campo do Direito significa aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do Poder, Estado e Administração Pública. (BUCCI, 2006, p. 241-242)

A interpenetração dos universos jurídico e político, dentro do nosso objeto de estudo, mostra-se ainda mais evidente se lembrarmos que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são caracterizadas, invariavelmente, como normas programáticas, de cunho principiológico, dependentes da atuação posterior das diversas faces do Poder Público, mediante a elaboração de normas e/ou programas voltados para a concretização de tal modalidade de direitos.

A elaboração e cumprimento de tais programas envolvem atividades a serem desenvolvidas tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo, passando pela contribuição decisiva da própria sociedade civil organizada.

Dentro dessa linha de entendimento, mostra-se necessário destacar que a análise das políticas públicas está diretamente relacionada ao “atual estágio de desenvolvimento da atuação do Estado para a realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais”. (BREUS, 2007, p. 211)

Com efeito, o Estado, organização política da sociedade, possui sua existência focada na promoção e proteção dos direitos fundamentais, sendo que o desenvolvimento de um Estado será tanto maior quanto maior for a rede de proteção de tais direitos, por meio de políticas públicas eficazes. (AITH, 2006, p. 219)

Dessa forma, inegável que a estratégia voltada para a elaboração e implementação das políticas públicas mostra-se vinculada ao modelo de Estado adotado por determinada sociedade. Para que o Estado possa influenciar a atuação da sociedade civil, é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que tal atuação ocorra a contento, sendo que as políticas públicas são os instrumentos que viabilizam a interferência do Estado no âmbito das relações sociais. Enquanto agente central de implementação das políticas públicas, o Estado torna-se uma arena de disputa pelo acesso à riqueza social tendo em vista que tais políticas, inequivocamente, “envolvem conflitos entre as camadas sociais e, de modo invariável, implicam escolhas que resultam no atendimento de um interesse em detrimento de muitos outros”. (BREUS, 2007, p. 214-215)

As políticas públicas caracterizam-se como evidente forma de intervenção social, típica do Estado do bem-estar, cujo apogeu verificou-se, na Europa e nos Estados Unidos da América, no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial (décadas de 1950, 1960 e 1970).

Ocorre, porém, que o modelo do *welfare State*, sobretudo em virtude da globalização econômica, não se sustentou, cedendo espaço para o que se denomina Estado neoliberal, no qual “a mão invisível do mercado”, muito mais do que o próprio Estado, regula

a forma pela qual a sociedade percorre seus caminhos.⁹⁴ Dentro da perspectiva neoliberal, “o mundo caminhará da melhor das maneiras se os mercados puderem operar com pouca ou nenhuma interferência”. (GIDDENS, 2005, p. 24)

Percebe-se claramente o surgimento de um modelo mercadológico cada vez mais agressivo, sobretudo no que tange ao patrimônio subjetivo do indivíduo, “desrespeitando inclusive suas prerrogativas de cidadania, esta desdobrada em seus múltiplos aspectos, não só político, mas igualmente no campo dos direitos civis e dos direitos sociais”. (LEWIS, 2006, p. 76)

Entretanto, é preciso deixar claro que a adoção do perfil neoliberal do Estado não pode se caracterizar como sentença de morte às estratégias de implementação dos direitos fundamentais sociais.

Na realidade, a idéia de que um modelo estatal, ao ser adotado, afasta por completo as características do modelo anterior não é correta.

O paradigma do liberalismo do século XIX, baseado na separação dos Poderes e na distinção entre direito público e direito privado, deu lugar a uma sucessão de modelos de Estado que se caracterizam por diferentes graus e modos de intervenção sobre as esferas privadas. (BUCCI, 2006, p. 246)

Por evidente, não existe um corte temporal separando as fases em que incidiram os diversos modelos de Estado. O que há:

[...] são técnicas de intervenção jurídica que vão sendo criadas e modificadas, a ponto de caracterizar novos padrões qualitativos da relação entre o Estado e a sociedade. Essas diferentes técnicas convivem no tempo, sem nunca ter chegado a afastar o paradigma da norma geral e abstrata, a qual, mesmo criticada e contestada, cercada de novas manifestações do fenômeno jurídico, ainda permanece como grande elemento de identidade do sistema jurídico.

⁹⁴ Relevantes, aqui, as observações de Ulrich Beck: “Com a queda pacífica do muro de Berlim e a derrocada do império soviético muitos viram irromper o fim da política. Acreditou-se ter chegado uma época para além do socialismo e do capitalismo, utopia e emancipação. De lá para cá a tese do isolamento da política perdeu sua força. Pois a palavra ‘globalização’, que atualmente causa tanto espanto em qualquer declaração pública, não aponta agora para o fim da política, mas sim para a exclusão da política do quadro categorial do Estado nacional, e até mesmo do papel esquemático daquilo que se entende por ação ‘política’ ou ‘não-política’; afinal, para onde quer que a retórica da globalização (da economia, dos mercados, da concorrência por postos de trabalho, da produção, de mercados e serviços, das finanças, da informação, do estilo de vida) aponte, em termos de conteúdo, tornam-se evidentes em todos os casos as conseqüências políticas postas em andamento pela globalização econômica: instituições sócio-industriais, para as quais o quadro político parecia completamente fechado, podem ser ‘quebradas’ e expostas ao ataque político; as premissas do ‘Estado do bem-estar social’ e do sistema de aposentadoria, da assistência social e da política comunitária, da política de infra-estrutura, o poder organizado dos sindicatos, o sistema de negociação da autonomia salarial (que mantém sua independência em relação às empresas), assim como os gastos públicos, o sistema tributário e a ‘justa cobrança’ do imposto – tudo derrete sob o novo sol desértico da globalização na (suposição da) configurabilidade política. Todos os atores sociais devem reagir a este quadro, oferecer esta ou aquela resposta: e com isso as respostas curiosamente não seguem o velho esquema esquerda-direita de ação política”. (BECK, 1999, p. 13-14)

As diversas técnicas de intervenção são utilizadas ao mesmo tempo. E, mais do que isso, são utilizadas diferentemente segundo a atividade social em questão, fazendo conviver modos de ação do Estado liberal, do Estado intervencionista e do Estado propulsivo num mesmo espaço e tempo. (BUCCI, 2006, p. 246-247)

Cumpre-nos observar, neste ponto, que o modelo do Estado Social de Direito, reconhecido nas constituições do século XX, entre as quais a brasileira atualmente em vigor, não é sinônimo do “Estado do bem-estar”, produto dos trinta anos de excedentes capitalistas no pós-guerra. (BUCCI, 2006, p. 247)

É preciso deixar claro que a previsão dos direitos sociais nas cartas políticas não se caracteriza como um mero decalque da situação econômica que muda com as circunstâncias, sendo certo que os direitos fundamentais permanecem e, desta constatação, decorre um dos principais dilemas do modelo constitucional dirigente, qual seja, “como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa?”. (BUCCI, 2006, p. 247)

Mesmo em um período marcado pela globalização, no qual os rumos das economias nacionais são profundamente influenciados pelos grandes movimentos financeiros internacionais, resultando na perda de força das ações cogentes do Estado, a noção de políticas públicas mostra-se válida dentro do esquema conceitual do Estado Social de Direito, sendo que este, absorvendo algumas figuras criadas pelo “Estado do bem-estar”, dá a elas um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como do próprio Estado. (BUCCI, 2006, p. 247) Neste sentido, temos que:

[...] no mundo da globalização, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado. A questão é determinar o papel e a efetividade do Estado.

O desenvolvimento requer um Estado atuante e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados. [...] O fator determinante é a efetividade do Estado. Parece claro que a sua primeira tarefa é garantir os direitos fundamentais à população, a saber: a definição de uma base legal; a manutenção da estabilidade econômica; o investimento em serviços sociais básicos e infra-estrutura; o amparo aos vulneráveis; a proteção ao meio-ambiente.

Apesar de cinco décadas de enormes esforços, as diferenças entre o centro e a periferia do capitalismo têm aumentado. As políticas públicas devem assegurar o crescimento e contribuir para a redução da pobreza e da desigualdade. E isso só acontece quando os governos podem colocar os fundamentos sociais como prioritários.

O Banco Mundial recomenda alguns mecanismos básicos que poderiam ser utilizados: regras efetivas, pressão competitiva nos serviços públicos, participação do cidadão e parcerias.

Construir um Estado mais responsável exige abertura e transparência, com comitês de cidadãos e participação direta dos usuários no monitoramento dos serviços públicos. Cada vez mais os processos globais restringem as escolhas e debilitam a capacidade dos Estados de controlar o fluxo de capitais, cobrar impostos e controlar políticas fiscais e monetárias.

Como forma relativa de compensar esses efeitos, é preciso, logo de início, criar burocracias mais eficientes. (DUPAS, 2001, p. 131-132)

Durante as últimas décadas do século XX, na maioria dos países e em especial naqueles em processo de desenvolvimento, houve a necessidade de um forte ajuste econômico, circunstância que acarretou o agravamento dos problemas sociais. Tais dificuldades decorreram da constatação de que, ao mesmo passo em que se notava o aumento da longevidade da população, verificou-se o aumento do desemprego em determinados setores, com a insuficiência de postos de trabalho para as pessoas economicamente ativas, resultando daí uma precarização das relações trabalhistas por meio da desregulamentação de determinados direitos.

Sem desconsiderarmos as inegáveis dificuldades aqui evidenciadas, é preciso observar que, no Brasil, a crise decorrente do esgotamento do “milagre econômico”, entre o final da década de 1970 e o início da década de 1980, permitiu o surgimento de uma conjuntura favorável à redemocratização que possibilitou, em princípio, o rearranjo da sociedade civil e das instituições públicas e, num segundo momento, a instalação da Assembléia Constituinte na busca do estabelecimento de uma nova ordem social alicerçada em uma nova Constituição, programática e democrática, capaz de garantir que os direitos sociais, de algum modo, pudessem ser inseridos e traduzidos, também, como deveres do Estado, por meio da realização de políticas públicas. (BREUS, 2007, p. 215-216)

Assim, a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como estatuto marcadamente voltado, tanto do ponto de vista político quanto do jurídico, para a concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para as políticas públicas como instrumentos de ação do Estado contemporâneo brasileiro voltados para tal finalidade.

3.2. Políticas públicas: a relevância do tema no âmbito jurídico

As políticas públicas, enquanto programas de ação governamental voltados para a coordenação dos meios postos à disposição do Estado visando a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, caracterizam-se como um problema de direito público, *lato sensu*. (BUCCI, 2006, p. 241)

É fato que as políticas públicas se tornaram uma categoria de interesse para o Direito há pouco tempo e, por isso, mostra-se escassa a literatura acerca de seu conceito, de sua situação entre os diversos ramos da ciência jurídica, assim como do regime jurídico a que estão submetidas a sua elaboração e implementação. (BREUS, 2007, p. 217)

Entretanto, em uma época na qual se constata o alargamento do universo jurídico, em que os direitos sociais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em constituições e leis em busca de efetividade, não seriam as políticas públicas um foco de interesse juridicamente pertinente enquanto esquema de agregação de interesses e institucionalização dos conflitos? (BUCCI, 2006, p. 241)⁹⁵

A resposta a tal questionamento deve ser positiva, apontando para a valorização do direito administrativo pois a este cabe a racionalização formal do exercício do poder no interior do aparelho do Estado, isto é, na Administração Pública, em sua relação com os cidadãos. O direito administrativo deve ser compreendido como a área do Direito “que se ocupa do estudo da instituição estatal, em sua vertente executiva, ao passo que o direito constitucional trata da organização do poder e dos direitos dos cidadãos, estes, como balizas negativas e positivas para o exercício do poder estatal”. (BUCCI, 2006, p. 248) Neste sentido, temos que “o direito administrativo é o direito constitucional concretizado, levado à sua aplicação última”. (ENTERRÍA, 2006, p. 26)

O conhecimento dos princípios jurídicos da Administração, dos condicionamentos legais pertinentes à contratação de funcionários ou serviços, das formas de organização da Administração direta e indireta, incluindo os dados materiais voltados para a gestão do interesse público, são operações diretamente ligadas ao processo de formulação das políticas públicas. Por outro lado, este “processo representa o modo de formação da vontade administrativa no espaço da ação discricionária – especialmente num país de regime presidencialista, em que os aparelhos do Governo e da Administração se confundem no Poder Executivo”. (BUCCI, 2006, p. 250)

Dentro deste quadro, é possível dizer que o direito administrativo interessa às políticas públicas, assim como as políticas públicas interessam ao direito administrativo, numa via de mão dupla. (BUCCI, 2006, p. 250)

Em complementação a essa linha de raciocínio, é preciso destacar que a disciplina jurídica das políticas públicas está diretamente voltada para o direito constitucional posto que consistem na atuação do Estado para a implementação de escolhas políticas, que são feitas, em sua maioria, pelo Poder Legislativo. (BREUS, 2007, p. 220)

Dessa forma, não existem motivos relevantes para que se busque a restrição da análise das políticas públicas ao âmbito de um único ramo do Direito. Tal conclusão se impõe uma vez que se mostra necessária “uma análise conjugada dessa forma de atuação

⁹⁵ Com apoio em Hugo Assman. Carta a Santo Agostinho. O Estado de São Paulo, Caderno Cultura, 28.10.95, p. D-8.

estatal, pelo que a questão da topologia das políticas públicas deve ser deixada de lado, para se examinar o que elas são propriamente”. (BREUS, 2007, p. 221)

Feitas essas primeiras observações, surge o seguinte questionamento: qual a expressão jurídica da atividade governamental ou administrativa? Esta primeira indagação pode ser fracionada em outras, tais como: qual a expressão jurídica das políticas públicas? Política é norma? É plano? É atividade? Poder-se-ia falar em regime jurídico das políticas públicas? (BUCCI, 2006, p. 256)

O problema aqui colocado é o de se saber qual a forma exterior, reconhecível pelo sistema jurídico, que assume uma política pública.

A esse respeito, podemos afirmar que “as políticas públicas são conjuntos de ações e programas de ação governamental que se valem precipuamente de normas jurídicas para moldar e impulsionar a consecução dos objetivos estabelecidos”. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 67) Ratificando tal entendimento:

A norma jurídica desempenha a função de plasmar os objetivos, as diretrizes e os meios da atividade estatal dirigida. Por isso, a norma é fundamental no contexto presente tanto para a viabilização da política como para a realização dos direitos que se visa proteger. Desse modo, a necessidade de aprofundamento dos estudos jurídicos neste campo é inquestionável e imprescindível.

*A complexidade do tema sob o ponto de vista jurídico não é pequena. A pirâmide kelseniana não é adequada a explicar a normatividade da política pública em seu conjunto.*⁹⁶ (MASSA-ARZABE, 2006, p. 67)

As políticas públicas têm distintos suportes jurídicos, sendo que podem ser expressas em disposições constitucionais, em leis, normas infralegais (decretos e portarias) ou, ainda, em instrumentos jurídicos de outra natureza (contratos de concessão de serviço público, por exemplo). (BUCCI, 2006-A, p. 11)

⁹⁶ Para evidenciar tal complexidade, apresentamos alguns exemplos da diversidade de modos de exteriorização das políticas públicas: “A lei que institui a Agência Nacional de Recursos Hídricos (ANA) incumbe-se de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, baixada por outra lei, a Lei Federal nº 9.433/97, embora com a criação da ANA a competência para formular a política na área tenha recaído sobre o Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Já a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) foi criada tendo, entre outras atribuições, a de executar a Política Nacional de Inteligência, fixada pelo Presidente da República. Por sua vez, em matéria de telecomunicações, a Lei Geral de Telecomunicações cometeu à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) o dever de executar as políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, competindo também ao seu Conselho Diretor o estabelecimento e alteração de políticas. Há exemplo de política consubstanciada em Emenda Constitucional, como foi o caso do FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério), criado pela Emenda Constitucional n. 14/96. Isso sem falar de programas instituídos por ato administrativo ou por programas que resultam de uma combinação de atos administrativos, ordenados num procedimento ou não. É o caso, por exemplo, de sistemas de transporte municipal nas grandes metrópoles, em que o formato jurídico dado aos contratos de concessão do serviço público, as cláusulas remuneratórias, as condições de oferta do serviço, podem atender ao interesse predominante das companhias de ônibus ou dos usuários, desse equilíbrio resultando a conformação da política pública de transporte municipal”. (BUCCI, 2006, p. 257)

Como se percebe, a exteriorização das políticas públicas está muito distante de um padrão uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Tal constatação acarreta a incidência de dúvidas relativas ao caráter vinculante dos instrumentos de expressão das políticas públicas e quanto à sua justiciabilidade, isto é, a possibilidade de exigir o seu cumprimento em juízo. (BUCCI, 2006, p. 257)

Em que pese tais dificuldades, podemos afirmar que existe uma aproximação entre as noções de política pública e a de plano. Neste sentido, temos que, freqüentemente, as políticas públicas se exteriorizam por meio de planos que podem ter caráter geral (v.g., o Plano Nacional de Desenvolvimento), regional, ou ainda setorial (Plano Nacional de Saúde, por exemplo). Em tais casos, “o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação. Sucedem-se normas de execução, da alçada do Poder Executivo”. (BUCCI, 2006, p. 258-259)

Cumprir observar, entretanto, que a política é mais ampla do que o plano e pode ser compreendida como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do Governo, sendo que tal processo deve contar com a participação tanto dos agentes públicos quanto dos cidadãos, representantes da sociedade civil (setor privado). (BUCCI, 2006, p. 259)

As dificuldades aqui apontadas, entretanto, não devem afastar o entendimento de que a questão inerente às políticas públicas encontra-se definitivamente inserida no universo jurídico, não se limitando às esferas da Política ou das outras ciências sociais.

A toda evidência, tal conclusão se impõe pelo fato de que a efetividade de uma política pública está diretamente relacionada à qualidade do processo administrativo destinado à sua elaboração e implementação. As informações sobre a realidade a transformar, a capacidade técnica e a vinculação profissional dos servidores, bem como a disciplina jurídica dos serviços públicos determinarão, de forma concreta, os resultados da política como instrumento de desenvolvimento. (BREUS, 2007, p. 223)

Corroborando o entendimento ora apresentado, temos que toda política pública está vinculada aos princípios estruturantes da Administração, “assim como as partes do conjunto que engendra, isto é, os programas, os projetos, as ações, merecendo ênfase particular o princípio da eficiência”. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 69)

Para além dos pontos até aqui analisados, temos que a relevância das políticas públicas, no âmbito das atribuições do operador do Direito, mostra-se profundamente

vinculada à temática da justiça distributiva,⁹⁷ esta marcada pela seguinte indagação: “como ordenar as instituições da estrutura básica num esquema unificado de instituições para que um sistema de cooperação social equitativo, eficiente e produtivo possa se manter no transcurso do tempo, de uma geração para outra?”. (RAWLS, 2003, p. 70) Aprofundando um pouco mais esta análise:

Justiça distributiva é a regra e a virtude da distribuição igual (proporcional) de: a) coisas comuns (não produzidas por ninguém); b) coisas produzidas em comum; c) autoridade e poder – liberdade (que por definição são sociais), com as respectivas responsabilidades e recompensas; d) incentivos a talentos individuais socialmente relevantes e desejados (embora na sociedade capitalista o talento para fazer dinheiro seja o talento por antonomásia). Neste sentido, a adequada e justa distribuição destes acervos comuns é que propicia o bem comum, aquela condição de realização de bens individuais, a “busca da felicidade” lembrada belamente por Thomas Jefferson na Declaração de Independência. Os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva. Dizem respeito à participação dos pobres no fundo econômico comum (socialmente produzido, mesmo que através da propriedade privada). Dizem respeito à participação de todos no respeito devido a cada membro da humanidade (direito à não-discriminação em razão de cor, religião, convicção política, sexo ou orientação sexual). Dizem respeito à defesa do patrimônio comum da humanidade (história, ecologia, cultura). (LOPES, 1994, p. 27)

Dentre as modalidades de conflitos – “questões de justiça” – que estão emergindo com maior frequência e intensidade nos últimos anos, vindo a desaguar em controvérsias judiciais, estão as exigências em torno das políticas públicas. Tais exigências partem de:

[...] grupos organizados que reivindicam benefícios sociais ou individuais coletivamente fruíveis (saúde, moradia, educação, transporte, etc.). Nestes casos, a solução não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas uma política pública. Trata-se de uma solução que requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia de dinheiro, mas fazer ou promover um serviço público (contínuo, ininterrupto, pessoal, etc.). Serviços públicos exigem meios: receita para o custeio, pessoal e material para sua execução, poder ou competência para sua efetividade (desapropriação, policiamento, fiscalização, regulação administrativa, remoções, etc.). Tais conflitos encontram no Judiciário um canal para sua visibilidade, para se criar impasses que obriguem a negociações: evitam que demandas básicas levem a revoltas populares contínuas. (LOPES, 1994, p. 24)

Assim, inegável a vinculação das políticas públicas ao espectro de abrangência do ordenamento jurídico, caracterizando-se como tema de profunda relevância

⁹⁷ Sobre a justiça distributiva e suas demandas, as observações de Agnes Heller e Ferenc Fehér: “As reivindicações tradicionais de ‘justiça social’ se concentravam na distribuição e redistribuição da riqueza, o chamado problema da justiça distributiva. As regras sociais que permitiam a poucos acumular uma vasta riqueza e mantinham outros permanentemente na iminência de morrer de fome eram muitas vezes vistas como injustas mesmo nas sociedades pré-modernas. Os pobres revoltavam-se para ter o seu pão de cada dia, as religiões ameaçavam os ricos com o castigo divino se não abrissem mão de parte de sua riqueza. Mas o fosso distributivo entre os ricos e os pobres continuou conosco, mesmo que nem sempre na mesma medida”. (HELLER *et al*, 2002, p. 185)

entre aqueles que entendem o Direito como instrumento de inclusão social por meio da implementação de programas que tenham por objetivo o bem comum.

3.3. Elaboração das políticas públicas: planejamento e previsão orçamentária

A elaboração de uma política pública guarda um evidente paralelo com a atividade de planejamento, sendo esta voltada para a realização do bem comum, permitindo a elevação do nível de racionalidade das decisões que comandam complexos processos sociais. (BUCCI, 2006, p. 259-260)

A análise da estrutura de um planejamento voltado para a elaboração e implementação das políticas públicas demanda a sua decomposição em três elementos fundamentais: “programa”; “ação-coordenação”; e “processo”.

O “programa” tem como finalidade individualizar as unidades de ação administrativa relacionadas aos resultados que se pretende alcançar. Em outras palavras, o programa nos remete ao conteúdo propriamente dito de uma política pública, à sua dimensão material, sendo que nele são especificados os objetivos a atingir e os meios correspondentes. Por outro lado, considerando que a característica primordial de uma política pública é a de buscar a concretização de um objetivo por meio da observância de um determinado programa, mostra-se evidente que este deve ser concebido como um programa de “ação coordenada”. Agir coordenadamente permite que o Estado consiga obter os resultados almejados no programa. Por último, quanto ao “processo”, tem-se que um programa de ações coordenadas, para efetivar-se, depende da conjugação do procedimento (enquanto conjunto de atos direcionados a um fim) e do contraditório (na medida em que exige a participação ativa e dinâmica dos interessados). (BUCCI, 2006-A, p. 40-44)

A noção de planejamento, com seus três elementos fundamentais (“programa”, “ação-coordenação” e “processo”), que permeia as políticas públicas enquanto programas destinados à implementação de direitos sociais, leva ao entendimento de que a atividade estatal, neste campo, verifica-se por meio de ciclos, abrangendo as fases da formação, execução, controle e avaliação. Neste sentido:

A política pública é tida, pelo senso comum, como procedimento linear em que fases perfeitamente distintas sucedem-se, de modo a se partir da formação, passando pela implementação, finalizando com a avaliação. É necessário ao jurista o conhecimento do ciclo da política pública para tornar possível o controle jurídico de seu processo e de seus resultados.

Desde logo, é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução. Isto introduz novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70)

A formação de uma política pública envolve: a) o processo de identificação dos problemas a serem tratados; b) o estabelecimento de uma agenda e propositura de soluções, abrangendo a realização dos estudos multidisciplinares necessários; c) a especificação dos objetivos que se pretende alcançar; d) por fim, a indicação dos melhores modos de condução da ação pública, tratando-se, desta maneira, da formulação da política. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70) Ampliando esta abordagem:

As definições das políticas públicas relacionam-se com o perfil institucional que cada Estado desenha para si, através de seu ordenamento, e esta questão exerce influência significativa nos resultados substanciais do processo político, pois, conforme as regras definidas, haverá vantagens ou desvantagens para os diversos participantes do processo. Quem toma decisões políticas deve estar investido de autoridade formal para tais atos, já que terá, em conseqüência, autoridade para comprometer os recursos estatais. Cada país estabelece, em sua Constituição, as competências para a definição das escolhas das políticas públicas. Nos Estados democráticos, as decisões surgem da avaliação de, pelo menos, dois Poderes, o Legislativo e o Executivo. As decisões políticas costumam ocorrer nos cenários institucionais, onde se reúnem os cidadãos representantes das populações para participar do processo político. Os objetivos desses participantes, todavia, podem não coincidir, pois alguns se orientam pela moral pública, outros, pelos próprios interesses. (DAL BOSCO, 2008, p. 248)

De forma geral, o próprio Poder Executivo, por meio do planejamento de suas estratégias de atuação, é quem elabora as políticas públicas. Sem prejuízo da previsão do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, o Brasil adota, de forma prioritária, a modalidade de democracia indireta ou representativa, com o que se transfere aos mandatários, eleitos pelo voto direto dos cidadãos, a legitimidade para a representação da vontade geral. (AGUIAR, 2009, p. 07)

O Poder Executivo, portanto, caracteriza-se como o responsável direto pela implementação de programas que visem à realização do bem comum.

Atualmente, porém, o Poder Executivo tem se auxiliado das atividades dos chamados Conselhos de Gestão no que diz respeito à elaboração das políticas públicas, sobretudo nas áreas da saúde, crianças e adolescentes, educação e assistência social. Tais Conselhos, que contam com a participação de diversos segmentos da sociedade (Poder Público, entidades de classe, associações, clubes de serviço, etc.), contribuem para o diagnóstico das prioridades do ente público nas áreas correspondentes aos direitos sociais,

formulando projetos, encaminhando sugestões e requerimentos ao Poder Executivo no sentido de que sejam implementados.⁹⁸

No Brasil, os Conselhos são resultantes do esforço de mobilização social e dos debates públicos que precederam a Constituição Federal de 1988, sendo que esta adotou o princípio da participação popular na elaboração das políticas públicas da saúde, da assistência social, educação e direitos da criança e do adolescente, buscando possibilitar que a sociedade compartilhe com o Estado a definição de prioridades e a formulação de políticas públicas como forma de exercício da cidadania e de controle social (arts. 29, XII;⁹⁹ 194, parágrafo único, VII;¹⁰⁰ 198, III;¹⁰¹ 204, II;¹⁰² 206, VI;¹⁰³ e 227, § 1º.¹⁰⁴). A criação dos Conselhos de Políticas Públicas (conselhos setoriais) se dá por meio de lei com instituição de suas competências, tais como: planejamento, gestão, fiscalização e avaliação no tocante ao princípio da eficiência. (MARTINS, 2008, p. 116-117)

⁹⁸ A respeito dos Conselhos de Gestão, os apontamentos de Celene Tonella: “Os Conselhos aparecem como fóruns capazes de, em alguma medida, canalizar as reivindicações populares, sendo que se constituem como conquistas da sociedade organizada e são espaços importantes para articulação entre sociedade e Estado. Potencialmente, garantem a discussão do que seja efetivamente de interesse público, a transparência das decisões e o controle dos recursos públicos; enfim, a proposta dos Conselhos é a de serem esferas públicas democráticas de controle da Administração Pública. Após a Constituição de 1988, ocorreu uma proliferação dos Conselhos que podem ser divididos da seguinte forma: - Conselhos de políticas públicas: são previstos em legislação nacional, tendo um caráter obrigatório. Fazem parte integrante da implementação de políticas a partir da esfera federal, e sua existência é condição *sine qua non* para a transferência de recursos públicos. Entram nessa categoria os de Assistência Social, de Saúde, de Educação e de Direitos da Criança e do Adolescente; - Conselhos Temáticos: a característica principal é a não existência de uma vinculação imediata a um sistema ou legislação nacional, e sua existência ocorre devido a uma legislação estadual e/ou municipal. Inclui-se nesse item os Conselhos Municipais de Direitos da Mulher, de Cultura, de Esportes, de Transporte, de Cidadania e muitos outros”. (TONELLA, 2006, p. 30-31 e 114)

⁹⁹ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

¹⁰⁰ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

¹⁰¹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes. [...] III – participação da comunidade.

¹⁰² Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes. [...] II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis.

¹⁰³ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei.

¹⁰⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais [...].

Ainda a respeito da importância do “Sistema de Conselhos”:

Não resta dúvida de que a forma democrática mais autêntica de participação, deliberação e controle é o “Sistema de Conselhos”, disseminado nos diferentes níveis da esfera e do poder local (bairro, distrito e município). A estrutura geral dos conselhos, que pode também compreender “comitês de fábrica”, “comissões mistas” de espécies distintas ou “juntas distritais”, é, por excelência, a efetivação maior do arcabouço político de uma democracia pluralista descentralizada, assentada na “participação de base” e no poder da “autonomia local”. O “Sistema de Conselhos” propicia mais facilmente a participação, a tomada de decisões e o controle popular no processo de socialização, não só na dinâmica do trabalho e da produção, como igualmente na distribuição e no uso social. Ademais, no âmbito do espaço público local, a ordenação político-democrática da estrutura piramidal dos conselhos (internamente composta por comitês de consulta, deliberação e execução) é constituída por uma rede de múltiplas forças sociais distribuídas desde uma escala maior (Conselho Comunitário, Municipal ou Distrital) até níveis menores (Conselho de Bairros, de Favelas, de Fábricas, de Entidades Públicas, de Sindicatos, de Associações Profissionais e Comerciais, dos Trabalhadores Urbanos e Rurais etc.). Registra-se que, quando no governo dos conselhos, o núcleo de poder reside no conjunto dos organismos de base: as decisões tomadas são passadas, asseguradas e executadas para a cúpula administrativa com delegação. Entretanto, quando o sistema está escalonado sob a forma de uma pirâmide de poderes difusos e interpostos, as bases deverão dispor de instrumentos eficazes para opinar, pressionar e controlar os núcleos de decisão e de poder mais acima. (WOLKMER, 2001, p. 258-259)

A sociedade civil organizada, em especial as instituições que atuam no chamado “Terceiro Setor” (Organizações não Governamentais – ONG’s),¹⁰⁵ também colaboram no encaminhamento de diversas questões inerentes aos direitos sociais, promovendo gestões a respeito do tema junto aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo e demonstrando quais as prioridades a serem implementadas em suas respectivas áreas de atuação. “O Terceiro Setor, trabalhando sobre os valores comuns, reforça as condições culturais e subjetivas com as quais o Estado e o mercado devem funcionar, exercita a cidadania e estimula o cidadão a buscar a democracia”. (WESCHENFELDER, 2007, p. 313)

¹⁰⁵ Sobre o relevante papel das ONG’s no âmbito das políticas públicas, vale conferir o posicionamento de Inajara Tainá Lessa Gomes: “Graças à Constituição de 1988 foi possível nortear os rumos da democracia no Brasil nos anos seguintes, com uma clara tentativa de impedir que novos governos autoritários ganhassem o poder. O período pós-Constituição de 1988 foi marcado por uma ampliação dos direitos civis e políticos da sociedade brasileira. Todos passaram a ser cidadãos, porém a questão dos direitos sociais ainda permanece controversa, pois a Constituição os garante, mas isso não ocorre de fato. [...] Portanto, é de fundamental importância continuar discutindo a construção de uma cidadania e, ao mesmo tempo, de uma identidade brasileira, para que todos os cidadãos tenham a consciência de seus direitos e possam realmente exercê-los. Assim, a discussão sobre ONG’s deve passar pela discussão sobre cidadania, pois essas organizações desenvolvem, muitas vezes, atividades que *a priori* deveriam ser exercidas pelo Estado. As ONG’s, muitas vezes, diagnosticam o problema que não foi resolvido pelo Estado e tentam, com ajuda da sociedade civil, resolvê-lo. Portanto, são atores da sociedade que exercem os seus direitos e, simultaneamente, tentam levar a consciência desses direitos às pessoas que deles não usufruem. É notável o desenvolvimento e a difusão das ONG’s nesse início de século XXI, muitas vezes encaradas sob uma perspectiva pessimista, como organizações sem legitimidade ou poder para desenvolver políticas públicas eficazes. Outras vezes elas são vistas de forma extremamente idealista ou, até mesmo, ingênua, como se fossem capazes de resolver os problemas que os Estados não conseguiram solucionar. [...] essas organizações vêm para questionar as ações do Estado, mas precisam também se associar a ele para ganhar legitimidade ou poder, a fim de implementar os projetos”. (GOMES, 2008, p. 52-53)

A Administração Pública, na atualidade, passou a adotar novos métodos de atuação que se fundamentam na cultura do diálogo e na oitiva das divergências sociais, seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapondo-se à atuação da sociedade. Assim, as relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, sendo que isto ocorre porque a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo de seus atores. Desta forma, ao lado de mecanismos tradicionais como a coerção, injunção e constrangimento, a Administração, no que tange à sua interface com a sociedade, deve utilizar, principalmente, a orientação, a persuasão e a ajuda. (PEREZ, 2006, p. 166)

É importante observar que a estrutura fundamental das políticas públicas encontra-se consolidada na Constituição Federal sendo que, dentro de uma concepção pluralista, os sujeitos chamados à interpretação das regras constitucionais pertinentes aos direitos sociais não se limitam àqueles inseridos na estrutura estatal, abrangendo todas as forças sociais interessadas. A este respeito, temos que:

[...] a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. [...] Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos [...] e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade. (HÄBERLE, 2002, p. 23-24)

Neste ponto, entretanto, uma nota crítica deve ser apresentada posto que o direito de participação do administrado no Brasil ainda encontra diversas barreiras para sua concretização. (DAL BOSCO, 2008, p. 287) Explicitando esta visão crítica:

*As barreiras são, primeiramente, de natureza cultural, já que a democracia encontra-se, ainda, em fase de aperfeiçoamento, e o longo período de ditadura militar que tomou conta do País continua presente na memória dos brasileiros. O art. 1º da Constituição de 1988 prevê que “[...] todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Estão previstas, pelo menos, quatro modalidades do direito de participação, incluídos, entre os direitos políticos, no art. 14: o voto direto e secreto, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Dos quatro, apenas o voto tem sido exercitado regularmente pela Nação, uma vez que o plebiscito e o referendo são reservados para matérias de alta relevância, conforme regulamentação em lei ordinária, e a iniciativa popular de leis impõe exigências muito difíceis de serem cumpridas.
[...]*

Outras formas de participação popular na Administração estão previstas na Carta Constitucional, como os conselhos nacionais ou a audiência pública, esta última em várias referências expressas ou implícitas, assim como em leis ordinárias. Mas, em muitas situações, esse mecanismo não tem a menor efetivação. Com frequência, encontram-se anúncios nos sites governamentais, na internet, convocando para audiências públicas destinadas à tomada de decisões acerca de medicamentos, de licitações, entre outros, quando se sabe que é restrita a classe de pessoas que têm acesso a essa tecnologia, ou ainda, que podem conectar-se à internet. Ainda que essas publicações sejam feitas, também, no Diário Oficial da União, [...] esse é um mecanismo de comunicação de reduzida eficiência, uma vez que, mesmo em cidades de porte médio, só pode ser encontrado em repartições públicas federais. É convocação que não atinge a parcela da população a quem efetivamente deveria atingir, chegando apenas aos diretamente interessados do ponto de vista particular – grandes empresas, multinacionais, entre outros, que acabam comparecendo a elas para defender seus próprios interesses. [...]

Em se tratando de conselhos que contemplam a participação dos usuários, cabe lembrar que, de modo geral, seus resultados no Brasil não têm representado o incremento da democratização das decisões públicas. Há um número significativo de conselhos, mas, na prática, sua efetividade é restrita. Em 2001, segundo o IBGE, havia, no Brasil, 27 mil conselhos em vários setores públicos, em 99% dos Municípios do País. A grande maioria deles funciona como simples mecanismo formal, afetado por uma variedade de desajustes que acabam por levar a desencontros capazes de interferir diretamente no resultado e na eficácia das políticas públicas [...]. (DAL BOSCO, 2008, p. 287, 290-291 e 293)

Apesar de constatarmos a incidência de tais dificuldades, a participação popular na formulação das políticas públicas mostra-se extremamente relevante. Tal forma de participação pode ser configurada como um processo contingente de interação entre sujeitos individuais/coletivos e o poder comunitário legitimamente constituído.¹⁰⁶

A ampliação e a consolidação do espaço público, de base democrática, pluralista e descentralizada, só se materializa com a efetiva participação e controle por parte dos agentes e grupos comunitários. As experiências e as práticas cotidianas dos movimentos sociais acabam redefinindo, com base no que se pode denominar de “pluralismo político e jurídico comunitário-participativo”, um espaço ampliado capaz de minimizar o papel do “institucional/oficial/formal”, passando a exigir uma participação autêntica e constante do poder da sociedade tanto na tomada e controle de decisões, quanto na produção legislativa ou na resolução dos conflitos. Desta forma, a participação propicia que a comunidade atuante

¹⁰⁶ Na mesma linha desse entendimento, Marcos Augusto Maliska: “A participação política democrática, de forma descentralizada, constitui-se como ideal a ser buscado constantemente, pois representa o pleno exercício da cidadania, não apenas no sentido formal da democracia liberal, mas também no sentido efetivo, material. Formas de descentralização e participação políticas populares devem ser os objetivos dos que defendem uma sociedade igualitária, democrática e livre”. (MALISKA, 2006, p. 92) E, mais uma vez, com Antonio Carlos Wolkmer: “Certamente, o que importa ter presente na reordenação política do espaço público, com o conseqüente processo de democracia descentralizadora e participativa, é descortinar uma sociedade pluralista marcada pela convivência dos conflitos e das diferenças, propiciando a existência de outra forma de legitimidade. Por certo se está avançando e ampliando o processo mediante formas de democracia direta (participação orçamentária, gestão compartilhada e sistema de conselhos) capazes de conviver com a democracia por delegação. A convergência dos processos democráticos tem de levar em conta, sobretudo, a participação comunitária, o controle dos cidadãos e a representação vinculante dos interesses em novo espaço público, cujo palco privilegiado é o poder local”. (WOLKMER, 2001, p. 260-261)

decida e estabeleça os critérios do que seja “legal”, “jurídico” e “justo”, levando em conta sua realidade concreta, com todas as particularidades que a envolve, bem como sua concepção valorativa de mundo. (WOLKMER, 2001, p. 339)

A idéia de Estado Democrático de Direito está associada à existência de uma Sociedade Democrática de Direito, circunstância que resgata a tese de que o conteúdo do conceito de democracia está baseado “na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, tanto na sua forma direta como indireta, configurando o que podemos chamar de princípio participativo”. (LEAL, 2005, p. 390)

Assim, necessário se faz observar que “a democracia não é apenas um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma de vida. É um direito da humanidade (dos povos e dos cidadãos)”. (AMARAL, 2003, p. 48) Dentro desta linha de entendimento:

Democracia e participação se exigem; democracia participativa constitui uma tautologia virtuosa. Porque não há democracia sem participação, sem povo, mas povo sujeito ativo e passivo do processo político, no pleno exercício da cidadania, povo nas ruas, povo na militância social. Povo-nação, participando da construção da vontade governativa. O regime será tanto mais democrático quanto tenha desobstruído canais, obstáculos, óbices, à livre e direta manifestação da vontade do cidadão. (AMARAL, 2003, p. 48)

Ainda sobre a importância da democracia participativa:

Um povo sem pão, sem terra e sem fraternidade; uma sociedade sem justiça, sem pátria e sem família – eis a extrema privação de valores, acompanhada da suprema negação de princípios, configurando o perfil silencioso de uma ditadura constitucional que desampara as instituições, posterga a tradição federativa e republicana, infelicit a Nação, flagela o universo social e corrompe, com o apoio das elites reacionárias e dos corpos privilegiados, um sistema de poder do qual a Nação se acha materialmente desapossada.

O governo perdeu a consciência da nacionalidade, da soberania e da Constituição.

Ao invés da república livre, justa e solidária do art. 3º da Carta Magna, instaurou-se, pois, a opressão do suserano, que na presidência governa com medidas provisórias, leis injustas e atos inconstitucionais. O País está fadado a ser nesse regime uma organização de súditos e vassalos e não um povo de homens livres e cidadãos honrados. Mas o povo saberá resistir. Vós sois esta resistência e feris o bom combate. Sem a vossa determinação de luta, a república já teria perecido.

Disse Lincoln que democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo. Dessa máxima lapidar infere-se que o povo é sujeito ativo e passivo de todo esse processo, mediante o qual se governam as sociedades livres.

[...]

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses. (BONAVIDES, 2003-A, p. 50-51)

Feitas essas ponderações críticas, mostra-se relevante destacarmos o papel do Poder Legislativo no momento da formulação das políticas públicas destinadas à

implementação dos direitos sociais, sobretudo quando a atividade legiferante volta-se para o campo dos instrumentos pertinentes ao direito econômico e financeiro (leis de cunho orçamentário).

Conforme já destacamos, grande parte dos dispositivos constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão é lançada sob o modelo de norma programática, de natureza eminentemente principiológica.

Não obstante a constatação de que a norma programática goza de plena eficácia e efetividade na exata medida de sua densidade normativa,¹⁰⁷ não é menos certa a idéia de que ela realiza melhor suas potencialidades quando desenvolvida por outras normas jurídicas (leis complementares e leis ordinárias, por exemplo).¹⁰⁸ (ROTHENBURG, 2003, p. 82)

As questões inerentes aos direitos sociais devem ser postas em dois planos: o subjetivo e o objetivo. No plano subjetivo, os direitos sociais devem ser considerados como inseridos no espaço existencial do cidadão, independentemente da possibilidade da sua exeqüibilidade imediata. Já no plano objetivo, as normas consagradoras dos direitos sociais

¹⁰⁷ Na esteira do que sustentamos no tópico 2.7. desta pesquisa.

¹⁰⁸ Ampliando a análise em torno das normas programáticas, as observações de Eduardo Appio: “As normas programáticas surgem como instrumentos jurídicos dotados de normatividade, as quais impõem limitações à atividade legislativa, a qual não pode ser contrária aos seus postulados, bem como, à atividade do Administrador Público, o qual deve buscar resultados que condigam com os direitos subjetivos públicos outorgados aos cidadãos. [...] No caso brasileiro, temos três tipos de normas constitucionais que outorgam direitos subjetivos públicos aos cidadãos, quais sejam: (1) as normas programáticas que demandam a intervenção privativa do Legislativo, nas quais o exercício do direito outorgado depende de uma atuação legislativa positiva, em nome do princípio da legalidade; (2) as normas que demandam uma intervenção obrigatória, mas não exclusiva, do Legislativo e (3) as que prescindem da atividade do Legislativo. [...] No primeiro caso (1) os direitos previstos nestas normas têm a sua eficácia condicionada à ulterior atividade legislativa, como no caso do direito de greve do servidor público. [...] No segundo caso (2) a intervenção do Poder Legislativo é obrigatória, mas não privativa, sendo exercida de modo a prever hipóteses concretas de atribuição de direitos a determinados segmentos da população ou ainda, prevendo a forma de seu exercício. Nestes casos, o Poder Legislativo detém uma ampla discricionariedade na escolha dos meios necessários à concretização de um dever genérico do Estado, mas atento às limitações orçamentárias, motivo pelo qual terá de indicar a fonte dos recursos de inversão pública. Este poder normativo do Legislativo emerge nos casos em que, dada a textura aberta da norma constitucional invocada, a intervenção do Legislador se mostra indispensável como forma de estabelecer os condicionamentos ao exercício do direito. Bem por isto, sua concretização não raro é correlata à criação de um novo tributo a ser suportado pela sociedade, mas a mensuração entre os benefícios a serem obtidos pela política social e os prejuízos a serem suportados pela sociedade é uma atividade estritamente política. [...] Finalmente, temos os casos (3) nos quais a regra constitucional outorga um direito subjetivo público em favor do cidadão, de modo que a atividade legislativa, no tocante ao exercício deste direito, revela-se na maior parte dos casos dispensável. O direito subjetivo público, amparado no *status* decorrente da cidadania, está previsto de modo concreto – e não genérico – de molde a assegurar o controle judicial das políticas sociais. Não se trata, pois, de um exame acerca da legalidade das medidas (ou omissões) da Administração Pública, mas sim, de um controle jurídico de natureza constitucional. Considerando que a lei se revela dispensável nestes casos, a atividade reguladora (legislativa) do Poder Judiciário será exercida com base direta em regra constitucional, através de ações civis públicas para a tutela de interesses difusos, a serem promovidas, em caráter principal, pelo Ministério Público. A decisão judicial será produzida em substituição da atividade administrativa, não no tocante à escolha dos instrumentos de concretização de direitos genéricos, mas sim, na escolha dos instrumentos necessários ao exercício de direitos específicos, ante uma omissão do Executivo”. (APPIO, 2006-A, p. 92-99)

estabelecem imposições legiferantes, no sentido de que o legislador deve atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos. (CANOTILHO, 2001, p. 367-368)

Assim, inegável a profunda relevância do Poder Legislativo no âmbito da formulação das políticas públicas, sobretudo porque é na esfera do parlamento que as diversas forças sociais colocam-se em debate, apresentando, por intermédio de representantes eleitos pelo povo, seus melhores argumentos, objetivando a construção de pontes destinadas a transpor as profundas desigualdades entre os indivíduos – desigualdades estas que provocam o esgarçamento do tecido social e conduzem, sobretudo os mais humildes, ao sofrimento, distanciando o homem de seu destino natural: a felicidade.

Mediante a atuação de todos esses atores (Poder Executivo, Poder Legislativo, Conselhos de Gestão, sociedade civil, etc.), sobrevindo a decisão conformadora da política pública, inicia-se a fase de sua implementação, que deverá observar os princípios e diretrizes, prazos, metas quantificadas, etc. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70)

A avaliação, envolvendo diversos métodos, procura verificar o impacto da política, se os objetivos previstos estão sendo atingidos e se há algo a ser modificado, ou seja, irá aferir a adequação de meios a fins, “promovendo a relegitimação ou a deslegitimação da ação pública e também fornecendo elementos para o controle judicial, social ou pelos tribunais de contas”. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70-71)

O controle social¹⁰⁹ deve ser compreendido como o “processo (conjunto de mecanismos e instrumentos) de participação popular na gestão (formulação, planejamento, gerenciamento financeiro, monitoramento e avaliação) das diversas políticas públicas e das instâncias estatais e governamentais”. (PEDRINI, 2007, p. 26)

Podemos dizer, assim, que o controle social caracteriza-se como uma forma de ação reguladora, resultante da participação popular nas instâncias e/ou ações governamentais, cujo objetivo é assegurar que as políticas públicas sejam planejadas de modo que respondam às necessidades sociais, possibilitando que seus programas sejam cumpridos de acordo com o que foi pactuado. (SILVA, 2007-A, p. 183)

¹⁰⁹ A respeito do controle social do poder, eis a observação de Carlos Ayres Britto, perfeitamente aplicável à hipótese sob análise: “Ora, proclamar que o controle popular do poder é forma de exercício dos direitos de liberdade, ou de cidadania, é considerá-lo enquanto direito público subjetivo: isto é, um direito referido a um sujeito privado, expressamente adjetivado como indivíduo, cidadão, nacional, trabalhador, adolescente, criança (quem faz a adjetivação é a Constituição mesma), porém com a particularidade de que o seu exercício opera às custas do Poder Público. É exprimir, direito subjetivo que tem por contraponto um específico dever estatal, uma ação ou omissão (conforme o caso) diretamente cobrável do Estado”. (BRITTO, 1993, p. 83)

Ainda a respeito do controle e avaliação das políticas públicas, importante salientar que:

[...] os órgãos e instâncias diretamente envolvidos na execução da política, assim como entidades do setor privado, nas hipóteses de convênios ou parcerias, não agem em livre discricionariedade, mas guiados e vinculados numa perspectiva ampla, pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos, e numa perspectiva estrita, pelos princípios, diretrizes e objetivos imediatos e mediatos traçados na política pública. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 71)

Outro tema que merece destaque na análise de toda e qualquer política pública diz respeito ao seu impacto orçamentário.

O planejamento e a implementação das políticas públicas dependem, inequivocamente, da disponibilização de recursos. (BREUS, 2007, p. 231) Assim, é possível afirmar que sem os planos e orçamentos nada de política pública pode ser implementado, sendo que para a correta compreensão das políticas públicas é essencial que se tenha um adequado conhecimento acerca do regime das finanças da Administração. (LOPES, 2005, p. 132-133)

Todos os envolvidos na elaboração e cumprimento das políticas públicas devem ter conhecimento da forma pela qual o planejamento dos gastos públicos é elaborado e executado. Para tanto, mostra-se de extrema importância compreender o papel do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), uma vez que desempenham função relevante na definição e priorização das ações governamentais.

De acordo com o art. 174¹¹⁰ da Constituição Federal de 1988, o planejamento é obrigatório para o setor público e indicativo para o setor privado. Em que pese estar inserido entre os dispositivos que tratam da ordem econômica e financeira, referido artigo aplica-se às normas constitucionais orçamentárias, dando ensejo à formação do que se pode denominar “planejamento orçamentário tridimensional”, tendo por instrumentos o PPA, a LDO e a LOA. (SILVA, 2007, p. 127-128)

A imprescindibilidade de referidos instrumentos legais no campo dos orçamentos públicos decorre da previsão constitucional do princípio da programação, que estabelece uma certa hierarquia ou certo efeito subordinante entre as leis de cunho orçamentário, viabilizando a concretização dos direitos sociais. (SILVA, 2007, p. 127-128)

¹¹⁰ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O art. 165, § 1º,¹¹¹ da Constituição Federal determina que o PPA estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública para as despesas de capital (que se destinam a criar, aperfeiçoar e expandir serviços públicos ou atividades de governo) e outras delas decorrentes (voltadas para a garantia da continuidade dos serviços públicos criados, expandidos e aperfeiçoados pelas despesas de capital), bem como para as relativas aos programas de duração continuada (que visam manter os serviços públicos existentes ou criar programas continuados, de acordo com as necessidades públicas levantadas). (SILVA, 2007, p. 133).

Já o § 2º do art. 165,¹¹² bem como o art. 169, *caput*, § 1º, II,¹¹³ da Constituição Federal, ao tratarem da LOA, estabelecem que o seu conteúdo:

a) compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente; b) orientará a elaboração da lei orçamentária anual; c) disporá sobre as alterações na legislação tributária; d) estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; e e) autorizará, especificamente, qualquer concessão de vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras e admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, na Administração Pública direta e indireta. (SILVA, 2007, p. 134)

Assim, em obediência ao princípio da programação, a LDO é “a segunda lei orçamentária da programação financeira, em que são veiculadas as regras necessárias para que o orçamento seja financeira e economicamente viável na concretização de diretrizes, objetivos e metas traçadas no PPA”. (SILVA, 2007, p. 134)

Por sua vez, a LOA, conforme estabelece o art. 165, § 5º, I, II e III,¹¹⁴ da Constituição Federal, compreenderá o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social.

¹¹¹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. § 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

¹¹² Art. 165. § 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e as prioridades da Administração Pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

¹¹³ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. § 1º. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

¹¹⁴ Art. 165. § 3º. A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas

A LOA “está em terceiro escalão na série de atos que visam à concretização dos programas de governo e dos direitos fundamentais que dependem de dispêndio público”. (SILVA, 2007, p. 136)

Com estas ponderações, temos que o sistema relativo ao orçamento-programa, previsto na Constituição Federal, pode ser assim sintetizado:

- a) as normas constitucionais e legais fixam a obrigação de o Estado atender aos direitos fundamentais, as obrigações financeiras, etc.;*
- b) as aspirações, material e constitucionalmente possíveis, do governante eleito são concretizadas durante os três anos de seu mandato e no primeiro ano de mandato de seu sucessor, para garantir a continuidade das atividades governamentais, segundo os programas de governo constantes do Plano Plurianual;*
- c) os planos nacionais, regionais e setoriais serão elaborados de acordo com o estabelecido no Plano Plurianual;*
- d) a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) contemplará as prioridades da Administração Pública e incluirá as despesas de capital para cada ano, dada a impossibilidade material de se concretizar em um ano o idealizado para quatro anos, orientando a elaboração da Lei Orçamentária e as alterações na legislação tributária que se fizerem necessárias para concretizar tais prioridades e estabelecendo, segundo o programado no PPA, a política de fomento;*
- e) a Lei Orçamentária Anual contemplará o disposto no PPA e o priorizado, orientado e estabelecido na LDO nos orçamentos fiscal, da seguridade social e dos investimentos;*
- f) os atos administrativos são realizados por meio de contratos, convênios, admissão e pagamento de pessoal etc., para concretizar o estabelecido na programação orçamentária, sob pena de ineficácia dos direitos fundamentais ou das atividades governamentais destinadas a atender às necessidades públicas dos administrados. (SILVA, 2007, p. 130-131)*

Com base em tal estrutura, que deve ser entendida à luz dos princípios orçamentários – unidade; universalidade; anualidade; proibição do estorno; não-vinculação da receita pública (não-afetação); exclusividade de matéria orçamentária; reserva da lei (legalidade); transparência; e publicidade (BONESSO, 2006, *on line*) – o que se procura é respeitar e materializar o princípio da programação, “garantindo a coordenação e a ligação do planejamento orçamentário tridimensional brasileiro ou a tripartição do planejamento orçamentário entre o PPA, a LDO e a LOA”. (SILVA, 2007, p. 131)

Necessário destacar, ainda, uma ferramenta que o País conhece, desde o final dos anos 1980, desenvolvida apenas em nível municipal, qual seja, o orçamento participativo. Entre os Municípios que adotaram tal forma de participação popular no âmbito do planejamento orçamentário podem ser citados os de Porto Alegre, Recife e São Paulo. (DAL BOSCO, 2008, p. 295)

pelo Poder Público; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da Administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

No Brasil, essa modalidade de participação popular tem sido aproveitada por vários segmentos sociais, tomando uma conotação consistente na última década, permitindo a efetivação de objetivos mais seguros e duradouros. (GONÇALVES, 2005, p. 49) Dentro deste contexto, o orçamento participativo deve ser encarado como uma das modalidades de atuação popular que vem se consolidando na vida política brasileira, sendo considerado como um método de ampliação da cidadania dentro da comunidade. (BONESSO, 2006, *on line*).

Segundo o modelo implantado em Porto Alegre, o processo voltado para a participação popular no orçamento tem início com reuniões preparatórias, sendo que em tais reuniões a Administração presta contas a respeito do que foi realizado no exercício anterior e apresenta o “Plano de Investimentos e Serviços” para o ano seguinte. Na seqüência, realiza-se uma primeira rodada de assembléias temáticas e regionais, normalmente nos meses de abril e maio, nas quais a população indica as prioridades para o Município, elege os conselheiros de cada região e define o número de delegados que irão representar a Cidade nos fóruns regionais e nas discussões temáticas que serão feitas apenas com os representantes de cada região. Por fim, nos meses de junho e julho, são realizados os fóruns regionais e as discussões temáticas, nas quais os delegados apresentam a seleção das obras e serviços eleitos como prioritários para a sua região. Ao final, são aprovados os planos de investimentos de cada região a serem realizados no exercício seguinte. (DAL BOSCO, 2008, p. 296)

Como se percebe, o orçamento participativo deve ser encarado como instrumento voltado para a implementação das políticas públicas que têm como alvo a inclusão social e, dentro desta linha de entendimento, afigura-se como autêntica estratégia na busca da efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Em que pese tal relevância, as experiências com o orçamento participativo têm merecido críticas sob vários aspectos.

De um primeiro ângulo, tais críticas brotam no âmbito dos partidos de oposição às administrações nas quais o modelo está sendo implantado. Segundo a visão oposicionista, o orçamento participativo caracteriza-se como um fator de restrição dos Poderes da Câmara Municipal. (DAL BOSCO, 2008, p. 296)

Já sob uma outra perspectiva, alguns especialistas sobre o tema criticam o referido modelo posto que percebem distorções de legitimidade nos instrumentos utilizados para a realização das assembléias, indicando como exemplo de tais impropriedades “o costume de oferecer transporte e levar grande número de eleitores para as plenárias

deliberativas, apenas para conseguir apoio das representações para determinadas lideranças”. (DAL BOSCO, 2008, p. 296-297)

Deve ser observado, ainda, que a falta de cumprimento das decisões tomadas durante a elaboração do orçamento participativo também leva as populações a se decepcionarem com o modelo e deixarem de participar das assembleias. (DAL BOSCO, 2008, p. 297) Aqui, a observação de que:

[...] as dificuldades da democracia brasileira estão ligadas, também, aos resquícios do período autoritário, como a manutenção e o fortalecimento das práticas clientelistas do período pós-autoritário, principalmente a possibilidade de apresentação de emendas parlamentares ao orçamento da União, que funcionam como moeda de troca para a conquista de apoio político pelos governos no poder.

[...]

O baixo nível de participação política no Brasil parece estar relacionado, também, ao desinteresse de segmentos populosos que não têm acesso a informações importantes sobre fatos de grande repercussão em sua vida prática, como as decisões sobre políticas públicas.¹¹⁵ Assim, enquanto perdura essa dificuldade, a definição de políticas públicas e a aplicação de recursos ficam ao arbítrio dos administradores, não raras vezes auxiliados pelo Legislativo para destinar valores significativos para serviços e obras que não atendem às prioridades da maioria da população.

[...]

É fácil verificar que os segmentos sociais que encontram graves dificuldades para manutenção de sua subsistência e não têm acesso à educação, dificilmente dispõem de tempo para exercerem suas liberdades políticas, discutindo assuntos públicos, constituindo grupos de pressão, integrando associações ou até fiscalizando seus representantes. (DAL BOSCO, 2008, p. 297-298)

¹¹⁵ Aqui, imprescindíveis as palavras de Carlos María Cárcova, discorrendo sobre o que denomina “opacidade do Direito”: “Na produção de sua vida social, os homens realizam cotidianamente uma enorme quantidade de atos com sentido e efeitos jurídicos, dos quais boa parte – sem dúvida a maioria deles – não é percebida como tal. Isto é, os ditos atos não são ‘compreendidos’ em seus alcances e significações legais. São atos por meio dos quais se modificam os patrimônios, se alteram relações familiares, se adquirem ou se perdem direitos materiais ou imateriais, se contraem obrigações, etc. Trata-se, num sentido estrito, tanto de ações como de omissões. Assim, viajar num ônibus ou num trem, diariamente, para cumprir rotinas de trabalho ou estudantis ou de qualquer outro tipo não é percebido como a reiterada celebração de um contrato de transporte. Ou, em todo caso, os supostos efeitos jurídicos não ficam imediatamente claros na celebração desse contrato (responsabilidade do transportador, etc.). Comprar cigarros ou jornais, dar de presente algum objeto, fazer um exame, encher o tanque de um automóvel, comer um sanduíche num bar, passear de charrete, atropelar uma pessoa, mandar passar um terno, não pagar a conta de energia elétrica, chegar tarde a uma audiência, não prestar socorro a uma pessoa em grave risco, etc., são ações ou omissões deontologicamente determinadas. Todavia, essa circunstância não é assumida pelos sujeitos que a realizam. Os exemplos podem tornar-se cada vez mais complexos e decisivos. Os casais adquirem, em geral, pleno sentido dos alcances do matrimônio que celebram quando uma crise coloca-os diante da possibilidade da separação legal ou do divórcio. Os ditos exemplos podem referir-se a condutas menos domésticas, como o exercício do voto, as formas de participação cidadã, o controle dos atos do governo, o direito de peticionar, as garantias constitucionais, etc. Outras vezes, se registrará uma brecha profunda entre a organização e o funcionamento das formas institucionais e a efetiva compreensão que têm os indivíduos dessa organização e desse funcionamento, que em grande parte os influenciam e determinam. Existe, pois, uma opacidade do jurídico. O Direito, que atua como uma lógica da vida social, como um livreto, como uma partitura, paradoxalmente não é conhecido, ou não é compreendido, pelos atores em cena. Estes realizam certos rituais, imitam condutas, reproduzem certos gestos, com pouca ou nenhuma percepção de seus significados e alcances”. (CÁRCOVA, 1998, p. 13-14)

Dessa maneira, em que pese a existência de previsões de índole constitucional a respeito do direito de participação popular na Administração Pública, a prática é muito diferente dos textos, realidade esta que precisa ser modificada, sendo que a atuação dos operadores do Direito neste campo em muito poderá contribuir para que a democracia participava efetivamente se consolide no Brasil.

3.4. Limites à implementação das políticas públicas: insuficiência de recursos financeiros e a teoria da reserva do possível

Os direitos sociais, conforme sustentamos no tópico anterior, demandam recursos capazes de cobrir os custos das prestações deles decorrentes.

Ao mesmo passo em que os direitos sociais impõem ao Estado o dever de garantir prestações aos indivíduos, estes estão obrigados ao pagamento autoritário e coativo de tributos destinados a satisfazer as demandas prestacionais.

Tal sistemática poderia justificar o entendimento de que há uma relação de perfeita reciprocidade entre o pagamento de tributos e o acesso às prestações pertinentes aos direitos sociais. Entretanto, isto não ocorre pois:

- 1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlatas ao objeto destes direitos;*
- 2. os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade: o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos;*
- 3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos atores e a eventual reciprocidade da troca. (CANOTILHO, 2004, p. 102)*

De tais circunstâncias decorre a constatação de que quem arca com os custos das prestações de índole social não é o Estado. Na realidade, “são uns cidadãos que contribuem (‘os contribuintes’, os ‘tomadores de encargos’, ‘os pagadores de prestações’) e são outros os cidadãos que recebem (os ‘beneficiários’, ‘os tomadores de prestações’)”. (CANOTILHO, 2004, p. 102)

No âmbito do discurso sobre os direitos fundamentais de segunda dimensão, a relação prestacional tem sido encoberta pelo dever unilateral de “socialidade” do Estado e justificada na sua impessoalidade por meio de vários princípios técnico-financeiros como, por exemplo, o da não-afetação de receitas. (CANOTILHO, 2004, p. 102)

É tempo, porém, de se buscar uma nova interpretação para os textos normativos consagradores de direitos sociais a fim de que sejam evidenciados os efetivos contornos da reciprocidade concreta e do “balanceamento *ad hoc*” de direitos. A distribuição de prestações é ainda uma questão de poder do Estado de perfil intervencionista, baseada em estruturas de unilateralidade dos serviços públicos. Entretanto, cada vez mais o problema dos “fins de distribuição de receitas” se reconduz a uma questão de reciprocidade concreta: cidadãos de carne e osso (e não um número de contribuinte) querem saber porque pagam e qual é o rosto humano visível (e não a informação burocrática e fria) do beneficiário das prestações”. (CANOTILHO, 2004, p. 102-103)

Feitas essas primeiras observações, devemos destacar que, dentro do contexto do Estado neoliberal que se busca implantar, bem como diante das sucessivas crises financeiras que, em virtude do fenômeno da globalização, afetam quase todos os países, vem à tona o discurso de que é cada vez maior a escassez dos recursos públicos necessários para o custeio das políticas voltadas para a implementação dos direitos sociais. (BREUS, 2007, p. 232)

Hoje como ontem, os direitos sociais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro. Por isso, logo no começo da década de 1970, Peter Häberle formulou a teoria da “reserva das caixas financeiras” para exprimir a idéia de que:

[...] os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que eles consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. Na mesma altura, um outro jusplublicista alemão, W. Martens, reforçava esta idéia através de expressões plásticas que hoje são saturadamente repetidas nos manuais: os direitos subjetivos públicos suscetíveis de realização só podem ser garantidos no âmbito do possível e do adequado, e já por este motivo eles são desprovidos de estado jurídico-constitucional. Desde então, a “reserva do possível” (“Vorbehalt des Möglichen”) logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovações no capítulo dos direitos sociais. (CANOTILHO, 2004, p. 107)

A concepção pertinente à reserva do possível surgiu no momento histórico em que se construía a “teoria dos custos dos direitos”, baseada em estudos promovidos em universidades norte-americanas que defendiam a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia acarretar. (BREUS, 2007, p. 232)

A “reserva do possível” vem à tona num ambiente no qual funciona como argumento freqüente em processos judiciais envolvendo a cobrança, por cidadãos, de prestações relacionadas à eficácia dos direitos fundamentais sociais, acompanhada da

tentativa de se encontrar um ponto de equilíbrio entre as pretensões sociais e as reservas orçamentárias.¹¹⁶ (BREUS, 2007, p. 233-234)

Mas, na realidade, o que significa a reserva do possível? Tal questionamento encaminha respostas que podem ser rastreadas por meio das seguintes assertivas:

1. Reserva do possível significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados;
 2. Reserva do possível significa a “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais;
 3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros;
 4. Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.
- Há uma dose de verdade em todas estas afirmações, mas, ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela gradualidade da realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela insusceptibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente não razoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns “dogmas” contra os direitos sociais.* (CANOTILHO, 2004, p. 107-108)

Como fica claro, a teoria da reserva do possível parte do pressuposto de que “as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingêntos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentária para tanto”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 172)

Entretanto, é preciso lembrar que, apesar das sempre presentes limitações orçamentárias relativas às possibilidades de implementação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais, temos como certo que a mera invocação da teoria da reserva do possível não pode ser aceita na busca de uma justificativa para os tão baixos níveis na amplitude de atendimento e na eficiência (qualidade) dos serviços públicos.

¹¹⁶ Ainda sobre o contexto em que surgiu a teoria da reserva do possível, os esclarecimentos de Thiago Lima Breus: “A idéia de reserva do possível, como elemento de limitação à ação estatal, surgiu na Alemanha, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional germânica na década de 1970. O primeiro caso narrado pela doutrina é o relativo ao direito de acesso às vagas das universidades alemãs, em que o elevado Tribunal considerou que as prestações que o cidadão poderia exigir do Estado estão condicionadas ao limite do razoável. A Corte alemã, nesse contexto, passou a entender que os direitos sociais de prestação positiva somente seriam exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, isto é, daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, correspondente, ao menos, ao direito mínimo de existência. Os direitos compreendidos como integrantes desse mínimo existencial acabam, a partir dessa posição da Corte, por aferir aos indivíduos um direito subjetivo contra o Poder Público no que tange aos serviços sociais que asseverem a dignidade da pessoa humana, sendo que a violação no núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social”. (BREUS, 2007, p. 233-234)

De fato, a norma jurídica não tem o condão do “toque de Midas”. A mera previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições socioeconômicas para implementá-lo. A aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a que sejam evitadas conclusões inviáveis. Neste sentido, temos que a Constituição não pode preconizar promessas irrealizáveis do ponto de vista fático e, por isso, a escassez de recursos econômicos não deve ser ignorada pelo operador do Direito, sendo que este não pode ter uma atuação dissociada da realidade socioeconômica. É preciso destacar, por outro lado, que a reserva do possível, por si só, não pode ser utilizada como argumento para se afastar pura e simplesmente qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais, valendo observar que tais normas possuem eficácia para gerar a responsabilidade do Estado pela implementação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais de segunda dimensão. Ademais, os direitos sociais geram direitos subjetivos públicos positivos, plenamente exigíveis, não podendo as contingências orçamentárias afastar sua eficácia ou inviabilizar a sua exigibilidade jurisdicional. (PORT, 2005, p. 105-106)

Os direitos sociais não podem ser encarados como direitos de “segunda ordem”, ou seja, que não se encontram no momento fundador do Direito, como os direitos civis e políticos, servindo apenas como instrumentos subsidiários à concretização destes. Os direitos fundamentais de segunda dimensão não se justificam apenas para compensar as desigualdades sociais; na realidade, os direitos sociais correspondem a núcleos integradores e legitimadores do bem comum, uma vez que, por meio deles, se garante a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana. (BREUS, 2007, p. 234-235)¹¹⁷

A disponibilização de verbas para a implementação dos direitos sociais depende de escolhas, de cunho estritamente político, que definirão o destino dos recursos para esta ou aquela política pública. Assim, não se mostra absolutamente imprescindível um excepcional vigor econômico do Estado para que os direitos sociais sejam contemplados. Dentro da concepção de que tal modalidade de direitos deve ter uma implementação gradativa, a destinação dos recursos públicos para tal objetivo, sejam eles abundantes ou

¹¹⁷ Com base no entendimento de Vicente de Paulo Barreto. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

escassos, sempre dependerá muito mais de um posicionamento de ordem política do que de uma conjuntura econômica e financeira excepcional. (BREUS, 2007, p. 235)¹¹⁸

Também deve ser destacada a circunstância de que não apenas os direitos sociais demandam, para sua concretização, a existência de recursos públicos. Custos são inerentes a todas as modalidades de direitos, inclusive os civis e políticos, “de modo que o estabelecimento de uma relação de continuidade entre a escassez de recursos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos”. (BREUS, 2007, p. 235).¹¹⁹ Aprofundando o tema:

Um primeiro aspecto carecedor de reflexão prende-se com a repetida associação da estrutura jurídica dos direitos sociais – direitos a prestações jurídicas – com a “reserva dos cofres financeiros”. Mas o recorte jurídico-estrutural de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão de seu financiamento. Se estas duas dimensões fossem indissociáveis, então não se compreenderia que certos direitos – como o direito de acesso aos tribunais – pudessem tranqüilamente ser considerados como direitos diretamente aplicáveis e, não obstante isso, esteja dependente de prestações estatais (tribunais, processos, patrocínio judiciário, etc.). E que não basta – como fazem alguns autores – dizer que as “conseqüências financeiras dos clássicos direitos fundamentais de justiça (‘Justizgrundrecht’) não os convertem em direitos a prestações”. Por que? A resposta só pode ser esta: a “reserva dos cofres do Estado” coloca problemas de financiamento mas não implica o “grau zero” de vinculatividade jurídica dos preceitos consagrados de direitos fundamentais sociais. Parece existir aqui uma espécie de “manto de invisibilidade” traduzido no apelo à idéia de prestações a ajuda de realização de direitos de liberdade para contornar as dificuldades jurídico-dogmáticas dos direitos a prestações postulados pela realização de alguns direitos de liberdade. Sirva de exemplo a liberdade de religião. O Tribunal Constitucional português admitiu ser constitucionalmente incensurável a inclusão da disciplina da Religião Católica nos “currículo” das Escolas Superiores de Educação. Só que, essa disciplina pretende fundamentalmente dar formação religiosa a professores que se converterão em funcionários públicos da religião católica quando forem recrutados para estabelecimentos de ensino público. Quer dizer: o “suplemento” ou “ajuda prestacional” que deverá ser sempre um elemento estranho aos direitos de liberdade – pelo menos na lógica pura das “teorias negativas” – aloja-se na dogmática dos direitos fundamentais sob o manto diáfano da “ajuda de realização” (“Realisierungshilfe”) enquanto que os “suplementos prestacionais” dos direitos sociais se convertem quase em questões fáticas, juridicamente incontornáveis! (CANOTILHO, 2004, p. 108-109)

Importante destacar que a teoria da reserva do possível mostra-se em constante tensão com o conceito de mínimo existencial, sendo que referida tensão deve ser harmonizada pelo critério da proporcionalidade, dentro de uma prática argumentativa racional e democrática. (JORGE NETO, 2008, p. 155)

Assim, inegável que a teoria da reserva do possível reveste-se de um caráter contingente, somente sendo aplicável diante de certas condições: “primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o

¹¹⁸ Com base no entendimento de Vicente de Paulo Barreto. *op. cit.*

¹¹⁹ Com base no entendimento de Vicente de Paulo Barreto. *op. cit.*

Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175) Colocando em evidência este entendimento:

A teoria da reserva do possível não foi concebida para mitigar obrigações mínimas do Estado para com obrigações sociais essenciais, que, caudatárias da dignidade humana, não encontram possibilidade de restrição válida. Com efeito, em nenhum momento pensa-se na reserva do possível como instrumento de limitação do direito de acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas sim como instrumento conformador de demandas sociais, que, embora inerentes ao bem-estar social e necessárias à realização da personalidade, não se situam nesse limiar mínimo. Em outras palavras, contrapondo-se os limites materiais do orçamento ao aumento progressivo das exigências dos cidadãos em relação aos direitos de participação nos benefícios da vida associada (direitos fundamentais sociais), a teoria da reserva do possível, em sua concepção original, pode ser sintetizada na observância de dois pontos essenciais de seu regime jurídico: - observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital; - realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda social. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 176)

Neste ponto, um questionamento deve vir à tona: a reserva do possível poderia se caracterizar como “limite imanente dos direitos fundamentais sociais” ou, por outro lado, deve ser encarada como “um limite externo”?

O entendimento de que a reserva do possível configura-se como um elemento externo pode propiciar uma maior eficácia aos direitos fundamentais sociais. Vale observar, aqui, que a reserva do possível não é uma espécie normativa pois ela não determina um estado de coisas a ser atingido, nem mesmo pode ser entendida como um mandado de otimização. Mesmo que se possa ponderar a reserva do possível com outros elementos, esta possibilidade não faz com que seja possível identificá-la como um princípio. Na verdade, a reserva do possível se apresenta como “uma condição de realidade, ou seja, como um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do direito”. (BREUS, 2007, p. 236-237)

Na tentativa de conciliar a necessidade de concretização dos direitos prestacionais, sobretudo em “países de modernidade tardia”, com a doutrina da reserva do possível, mostra-se importante um novo enfoque que pode ser assim traduzido:

Nos países periféricos onde a situação socioeconômica acarreta amplas desigualdades sociais, com déficits de condição econômica para grande parte da população, há de haver uma estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial (“status positivus libertatis”) e os direitos fundamentais sociais.

A aplicação dos direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de dotar esta parcela da população excluída dos patamares mínimos de condições para o exercício de suas capacidades (Amartya Sen), ou, por outras palavras, de condições para realizar a liberdade real a fim de poder gozar da liberdade jurídica (Robert Alexy). Sem tais condições reais (fáticas) para o exercício da liberdade jurídica, esta se tornará letra

morta.

A teoria da “reserva do possível” é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla liberdade de conformação, pois estão vinculados ao princípio da supremacia constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º, dentre outras normas-objetivo. Esta teoria somente pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto (Robert Alexy), ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades (Amartya Sen). (SCAFF, 2005, p. 226)

A compreensão em torno da possibilidade da reserva do possível ser invocada como argumento capaz de justificar a ausência de prestações positivas concernentes à promoção dos direitos fundamentais sociais demanda, ainda, o exame da diferença entre a inexistência de recursos capazes de custear as políticas públicas e a alocação indevida de recursos face às prioridades constitucionalmente estabelecidas.¹²⁰ (BREUS, 2007, p. 237)

Como argumento crítico à teoria da reserva do possível, devemos destacar que, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se perquirir se a função orçamentária do Estado encontra-se em conformidade com as normas constitucionais. De forma bastante clara, temos que:

[...] a partir dos postulados neoliberais que vêm no bojo das teorias relacionadas aos custos dos direitos, é dado grande relevo ao aspecto econômico, que acaba obtendo maior prevalência sobre o jurídico, de modo que as prioridades constitucionais são deixadas de lado em prol de questões econômicas, como o pagamento de juros e taxas a instituições internacionais, em detrimento da realização de políticas essenciais. É sob este horizonte que a reserva do possível acabou surgindo como um elemento teórico de grande força no sentido de extrair a eficácia dos direitos fundamentais a prestações positivas, haja vista que, segundo argumentam os teóricos do neoliberalismo, ainda que existisse vontade política, nada poderia ser feito, em face da escassez de recursos. (BREUS, 2007, p. 239)

Dentro dessa perspectiva, devemos investigar se os recursos públicos são mesmo escassos ou se, pelo contrário, estão alocados de maneira diferente daquela esperada por uma sociedade comprometida com a concretização dos direitos fundamentais.

A respeito da alocação dos recursos públicos, temos que a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto normas que estabelecem obrigações claras e inequívocas em torno da destinação dos recursos auferidos pelo Estado no que tange à implementação de

¹²⁰ Com a observação de Gustavo Amaral: “Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. [...] As decisões alocativas são, basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender. A primeira é chamada de decisão de primeira ordem e a outra decisão de segunda ordem”. (AMARAL, 2001, p. 147-148)

políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, podem ser citados os arts. 195,¹²¹ 204,¹²² e 212.¹²³ (BREUS, 2007, p. 238)

Percebe-se, assim, uma clara preocupação do legislador constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais, sendo certo que os gestores públicos encontram-se vinculados a tal objetivo por força de comandos de índole constitucional. (BREUS, 2007, p. 238)

Tanto a obtenção de recursos públicos, inclusive com o estabelecimento de limites ao poder de tributar, quanto a destinação de tais receitas, foram reguladas de forma bastante ampla pela Constituição Federal. Além dos limites relacionados à quantia destinada para a realização dos dispêndios públicos, a Constituição determina limites materiais, correspondentes à necessidade de se destinar recursos públicos para os objetivos e prioridades estipulados. (BREUS, 2007, p. 238-239)

É claro que, diante da propalada escassez de recursos, se o próprio texto constitucional determina a aplicação mínima em algumas áreas específicas de atuação do Poder Público, é mais do que evidente que em outros campos os recursos serão menores ou até mesmo inexistentes. Neste sentido:

Verificando-se que há a destinação de recursos em prol de um determinado fim, invariavelmente vai ocorrer escassez a outras finalidades, pelo que alguns autores passam a falar em escolhas políticas, cujos escopos acabam sendo dissimulados sob argumentos que acabam tendo uma índole jurídica, como a reserva do possível.

Logo, existe a necessidade de diferenciar o que não é possível, porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam a alocação de recursos, e o que não é possível porque meios suficientes foram alocados para outras prioridades.

¹²¹ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou faturamento; c) o lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III – sobre a receita de concursos de prognósticos; IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

¹²² Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Parágrafo único: É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I – despesas com pessoal e encargos sociais; II – serviço da dívida; III – qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

¹²³ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Ocorre que a própria Constituição oferece parâmetros a serem respeitados, consoante os dispositivos antes citados.¹²⁴ Qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os padrões mínimos fixados pela Constituição, assim como o rol de prioridades por ela estabelecido. E a obediência aos parâmetros fixados pela Constituição, não se trata da ocorrência da subsunção do político ao jurídico, mas do condicionamento das decisões políticas aos valores estabelecidos pela própria Constituição. (BREUS, 2007, p. 240)

A definição da prioridade a ser dada aos recursos públicos deve ter como parâmetro os dispositivos constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais, sendo estes os vetores para a alocação das verbas arrecadadas. Em outras palavras: considerando o que estabelece a doutrina da reserva do possível, a definição do que é “possível” não deve ser algo a ser resolvido com base única e exclusiva na esfera de discricionariedade do administrador público, sendo que este deverá vincular suas opções ao que o texto constitucional estabelece, sobretudo no que tange à implementação dos direitos sociais.

Dentro desta linha de entendimento, uma pergunta bastante emblemática pode ser colocada: será que podemos falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos previstos para a propaganda do Governo? Na busca de uma resposta para tal questionamento podemos apontar que:

[...] antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder. Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública. Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição [...], alegando simplesmente que não tem recursos para tal. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 74)

Por esses motivos, o tema pertinente às escolhas do administrador público, dentro da esfera de discricionariedade que lhe é assegurada, mostra-se absolutamente relevante e será abordado no tópico seguinte desta pesquisa.

3.5. Escolha adequada: a questão da discricionariedade administrativa no âmbito das políticas públicas

As políticas públicas devem ser encaradas como um processo destinado à escolha racional e coletiva de prioridades, no qual são explicitados e contrapostos “os direitos,

¹²⁴ Cfr. notas 121, 122 e 123.

deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração”. (BUCCI, 2006, p. 264)

Assim, percebe-se que a temática das políticas públicas está diretamente relacionada com o processo de formação do interesse público e, portanto, à questão da discricionariedade do administrador. Na realidade, as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio da discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política pública mostra-se apto a documentar os pressupostos da atividade administrativa, tornando viável o controle posterior dos motivos. (BUCCI, 2006, p. 265)

A discricionariedade administrativa pode ser definida como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito”.¹²⁵ (DI PIETRO, 2007, p. 67).

A discricionariedade, portanto, é a faculdade que adquire a Administração Pública para assegurar, de forma eficaz, os meios realizadores de determinado fim.¹²⁶ A toda evidência, não seria razoável exigir do administrador a previsão de todas as situações possíveis, nem mesmo se poderia estabelecer formas de proceder imutáveis e perenes, uma vez que estas logo se mostrariam inadequadas para atender às freqüentes mutações da vida social. Por este motivo, a discricionariedade caracteriza-se como a ferramenta jurídica entregue ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize de acordo com as necessidades de cada momento. (DI PIETRO, 2007, p. 69)¹²⁷

Neste ponto, necessário destacar que no âmbito do Estado Social de Direito, mais especificamente na sua dimensão de Estado prestacionista, a função administrativa não poderia ser desempenhada de forma adequada se tudo fosse predeterminado de modo absoluto

¹²⁵ Eis o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”. (MELLO, 2007, p. 936)

¹²⁶ Destacando-se a advertência de Eros Roberto Grau: “A análise do tema do poder discricionário reclama, preliminarmente, a determinação de uma precisão. A referência a um poder discricionário porta em si a pressuposição de que o Estado, através de seus agentes, exerça o poder discricionário de decisão (seja decisão administrativa, seja decisão judicial). A noção de poder, contudo, na esfera estatal, compõe-se no conceito de função pública. E toda função pública – não apenas a função administrativa – é expressão de um poder-dever (ou dever-poder, como enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello)”. (GRAU, 1990, p. 41)

¹²⁷ Com base no entendimento de Bartolomé A. Fiorini. *La discrecionalidad en la Administración Pública*. Buenos Aires: Alfa, 1952, p. 31-41.

pela lei. “A complexidade e a amplitude das funções estatais, associadas ao dinamismo das relações sociais, fazem com que seja necessário deixar-se à Administração uma determinada margem de flexibilidade, a ser exercida quando da sua atuação concreta”. (PORT, 2005, p. 168)

Observamos, porém, que a existência de uma possibilidade de opção discricionária não torna imune a atividade administrativa ao controle jurisdicional, uma vez que “sua atribuição ao administrador público não significa um ‘cheque em branco’ ou a possibilidade de opções desarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensivas aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico”.¹²⁸ (COELHO, 2002, p. 49) Portanto, é possível afirmar que o controle jurisdicional dos atos discricionários deve ser exercido de modo que a realização efetiva dos resultados buscados pela norma cuja aplicação está a cargo do administrador público seja assegurada. (GRAU, 1990, p. 45)

No caso das políticas públicas, estas somente se mostrarão adequadas, do ponto de vista da discricionariedade do administrador, se estiverem em conformidade com as metas, valores e procedimentos previstos no ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, no texto constitucional. (HARGER, 2006, p. 136)

A discricionariedade administrativa está presente, via de regra, quando:

1. a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção “*ex officio*” do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
2. a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico;
3. a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível traçar todas as condutas diante de lesão à vida, à segurança pública, à saúde, ao meio ambiente;
4. a lei usa certos conceitos indeterminados ou, nas palavras de Linares,¹²⁹ “*fórmulas elásticas*”, assim consideradas aquelas que encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como “*comoção interna*”, “*utilidade pública*”, “*bem comum*”, “*justiça*”, “*equidade*”, “*decoro*”, “*moralidade*”, etc. (DI PIETRO, 2007, p. 75-76)

Tais hipóteses, como se vê, estão contempladas dentro do que a doutrina denomina “*causas normativas geradoras da discricionariedade*”, segundo as quais a liberdade de escolha do administrador pode decorrer:

¹²⁸ Essa abordagem é ampliada ao longo do tópico 4 desta pesquisa.

¹²⁹ A referência diz respeito a Juan Francisco Linares. *Poder discrecional administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 280-282.

I) da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo; [...]

II) do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias; [...]

III) da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos. (MELLO, 2007-A, p. 18-19)

Embora se deva considerar que as causas determinantes da discricção irão residir num dos três fatores supra mencionados, não é neles que a discricção se expressa. A discricção administrativa vai se expressar em um único elemento, qual seja, o conteúdo do ato. Isso acontece porque é na providência adotada, de forma concreta, que realmente se traduz a discricção. (MELLO, 2007-A, p. 21)

Como se percebe, a discricionarieidade administrativa pode ser incluída entre os conceitos considerados pela doutrina como “indeterminados”, “fluidos” ou “imprecisos”, tendo em vista a impossibilidade de se determinar, desde o início e com precisão, as hipóteses postas à disposição do administrador público para o atendimento de necessidades que também podem se mostrar variáveis e imprevisíveis. Muitas vezes, tal indeterminação, fluidez ou imprecisão é solucionada diante do caso concreto, quando então vislumbra-se de forma clara a melhor escolha dentre as diversas alternativas que se apresentam. Entretanto, em muitas oportunidades isso não se verifica pois, exatamente por conta da indeterminação, fluidez ou imprecisão de determinado conceito, mostra-se “impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis”. (MELLO, 2007-A, p. 22-23)

Podemos concluir, portanto, que é o processo de interpretação que nos permite a determinação dos conceitos indeterminados. O intérprete, neste caso, deverá valer-se de todos os instrumentos que a hermenêutica coloca ao seu dispor. (PORT, 2005, p. 172)

Entretanto, considerando que a discricionarieidade, no Estado Democrático de Direito, só existe dentro da lei, com o escopo de satisfazer os fins por ela contemplados, temos que, diante de normas constitucionais como aquelas pertinentes aos direitos sociais e que se incumbem de atribuir a todos os indivíduos, por exemplo, o direito público subjetivo à

educação básica e à saúde, deixando evidente o dever do Estado de adotar medidas concretas a fim de satisfazer tais desideratos normativos, não há, com efeito, “margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os demandatários de tais espécies de atenção pública”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 202)

Tal conclusão se apresenta diante dos seguintes argumentos:

Cuida-se, em primeiro lugar, de norma constitucional, o que, por si, faz com que os direitos indigitados precedam, no rol de possibilidades do administrador, quaisquer outros encampados por lei, o que deflui do próprio sentido de hierarquia das espécies normativas, própria de um ordenamento piramidal.

Em segundo lugar, são direitos fundamentais, o que lhes dá precedência – pelo comando de máxima efetividade –, mesmo em relação a outros direitos constitucionais, que não desfrutem do mesmo “status” constitucional.

São direitos inquestionavelmente insertos no âmbito do chamado mínimo existencial, o que, ainda uma vez, predica-lhes de precedência no rol de prioridades administrativas do Estado.

Estão hospedados em normas cuja compostura jurídica só deposita discricionariedade nos motivos, o que conduz à conclusão de que ao administrador só remanesce margem discricionária na conformação dos meios materiais para que o objetivo – atendimento integral da demanda – seja adequadamente alcançado. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 203)

Assim, a discricionariedade administrativa, nas situações em que o ordenamento jurídico hospede direitos públicos subjetivos, só existe na conformação dos meios que deverão ser adotados para a consecução dos fins estabelecidos pela norma jurídica. Aqui, necessário observar que boa parte dos direitos prestacionais foi regrada por meio de normas programáticas, em que o constituinte, ou o reformador da Constituição, se restringiu à fixação de programas, diretrizes ou fins a serem atingidos. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 204-205)

A escolha dos meios voltados para a implementação das políticas públicas, considerando o nível de discricionariedade do administrador, deve seguir um processo que se abre em três momentos: o da formação, o da execução e o da avaliação. (BUCCI, 2006, p. 266)

O primeiro momento é o da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, viabilizando o confronto com outros pressupostos, da mesma natureza, trazidos pelas demais partes, cujos interesses sejam distintos daqueles. O segundo momento compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa. Por fim, o terceiro momento é o da apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, de cada uma das escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados. (BUCCI, 2006, p. 266)

O incremento das atividades concernentes à elaboração das políticas e à sua execução insere-se num movimento de “procedimentalização das relações entre os Poderes Públicos”, sendo que neste movimento, sem desconsiderarmos o evidente destaque que deve ser reconhecido ao poder de iniciativa do Governo, também deve ser ressaltado o poder de influência do aparelho administrativo quanto aos pressupostos da sua própria ação. Assim, desfaz-se o mito da Administração como máquina de execução neutra ou inerte, reconhecendo-se que o desenho institucional de determinada política depende, entre outros fatores, do adequado conhecimento dos organismos administrativos, dos procedimentos, da legislação, do quadro de pessoal disponível, das disponibilidades financeiras, enfim, “de um conjunto de elementos que se não pode, sozinho, desencadear a ação – porque depende do impulso da direção política do Governo –, pode, por outro lado, transformar-se em obstáculo para a implementação dessa iniciativa”. (BUCCI, 2006, p. 268)

Conforme anteriormente destacamos,¹³⁰ as políticas públicas, para serem adequadamente formuladas e implementadas, demandam a participação de seus destinatários. Uma política somente pode receber o adjetivo de “pública” quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade, devendo ser “expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo”. (BUCCI, 2006, p. 269)

De se destacar, neste ponto, que o processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas também se caracteriza como um processo político, cuja legitimidade e qualidade decisória estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.

Assim, resta evidente que o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo voltado para a sua implementação. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a eficiência dos serviços determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento. (BUCCI, 2006, p. 269)

Entretanto, a realidade não corresponde a esta situação ideal posto que a definição das políticas públicas pouco tem recebido a interferência das populações para as quais são destinadas, recaindo de forma quase que exclusiva no âmbito da discricionariedade do administrador público. O que se percebe é que:

¹³⁰ Cfr. o tópico 3.3. desta pesquisa, onde tratamos da elaboração das políticas públicas por meio do planejamento e previsão orçamentária.

[...] a elaboração dos planos de governo, que encerram as políticas públicas em todas as áreas da Administração, costuma ficar sob a responsabilidade do Executivo, que acaba por ceder apenas em alguns setores, conforme o nível de pressão dos atores sociais, e do Legislativo, responsável por algumas mudanças provocadas, igualmente, pela interferência de grupos de pressão, e boa parte fruto de negociações políticas, não raro, distanciadas das verdadeiras expectativas das populações. O modelo de elaboração de políticas públicas, assim, na maioria dos casos, passa ao largo das reais expectativas das populações e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a dezoar, de modo significativo, das demandas populares. Os Poderes Executivo e Legislativo, até pela realidade política da grande maioria dos países – independentemente do regime de governo – são comandados, quase sempre, pelas mesmas forças políticas que vencem as eleições, e dominam as decisões, praticamente durante todo o período de mandato, ficando, para as oposições algumas poucas concessões, em regra, as que não têm grande repercussão no ambiente dos maiores problemas que a sociedade enfrenta. (DAL BOSCO, 2008, p. 385)

Apesar dessa constatação, mostra-se necessário buscarmos, com tenacidade, a concretização da idéia de que o Estado deve modificar sua estrutura, partindo do pressuposto de que as políticas devem ser construídas por intermédio de novas práticas sociais, partindo do pressuposto de que o planejamento decorre da observação e passa pela eleição de prioridades, sendo este um processo do qual a sociedade deve participar do momento decisório, dentro do espaço público organizado pelos Poderes constituídos.

3.6. O Ministério Público e as políticas públicas

O art. 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988 define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nestes termos, cabe ao Ministério Público atuar como o “grande braço protetor da sociedade”; o Ministério Público nem é governo, nem oposição; o Ministério Público é constitucional; “é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições”. (BONAVIDES, 2003-A, p. 383-384)

O Ministério Público é, portanto, “pedaço vivo da Constituição; órgão que o Executivo, mergulhado num oceano de podridão, num mar de lama, num abismo de miséria, desejara morto ou inibido para o desempenho de sua missão ética e saneadora das instituições”. (BONAVIDES, 2003-A, p. 383-384 e 388)

Tais características trazem ao Ministério Público especial relevância no rol das instituições que estruturam o Estado Democrático de Direito, colocando-o como base de

sustentação de um de seus fundamentos, qual seja, a cidadania (art. 1º, II, da Constituição Federal de 1988).

Ao lhe atribuir a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, o legislador constituinte, representando a soberania da vontade popular, depositou no Ministério Público a confiança de que se caracterizaria como o guardião dos direitos sociais.

O Ministério Público, dessa forma, deve marcar sua atuação na busca da implementação dos direitos consagrados no art. 6º da Carta Magna. Para tanto, seus representantes, em um primeiro momento, deverão atuar como fonte de mobilização dos diversos atores sociais e de fomento das políticas públicas. “A mobilização da sociedade civil é um processo que deve ser construído pelos Promotores de Justiça e constitui uma das alternativas de efetivação da norma, uma vez que devemos considerar a conexão direito/poder como mecanismo de aprimoramento das relações sociais”. (TARIN, 2009, p. 59)

Em sentido amplo, o Ministério Público deve orientar sua atuação para o equacionamento de três demandas básicas: a inclusão social, a ética nas relações públicas e a melhoria da qualidade de vida. O tema da inclusão social, marcado pela necessidade de que seja garantida a dignidade humana, não pode ser tratado fora da preocupação com a melhoria da qualidade de vida. Desta forma, muito mais do que moradia, educação, saúde e lazer, o que se deve buscar é moradia em condições urbanas adequadas, com equipamentos de educação, saúde e lazer eficientes, integrados a um mesmo projeto urbanístico. Em síntese, temos que as questões pertinentes à inclusão social de determinados segmentos da sociedade não podem estar desatreladas a temas relacionados à qualidade de vida, estes tomados em sua perspectiva global. (NUNES JÚNIOR, 2004, p. 24)

No âmbito do movimento social, podemos identificar três importantes personagens que devem atuar, de forma interdependente, no tempo e no espaço, quais sejam: a) o “produtor social”, que é a pessoa (ou instituição) capaz de criar condições econômicas, técnicas e profissionais para que um processo de mobilização ocorra, sendo a responsável por viabilizar o movimento, por conduzir as negociações que vão lhe dar legitimidade política e social; b) o “reeditor social”, ou seja, a pessoa que, por seu papel social, ocupação ou trabalho, tem a capacidade de readequar mensagens, segundo circunstâncias e propósitos, com credibilidade e legitimidade, possuindo capacidade de negar, transformar, introduzir e criar sentido frente a seu público, contribuindo para modificar suas formas de pensar, sentir e atuar; c) “editor”, sendo este a pessoa (ou instituição) profissional de comunicação responsável por

fazer chegar ao reeditor as mensagens voltadas para a mobilização e participação social. (TARIN, 2009, p. 60)

Os representantes do Ministério Público podem ser “produtores sociais”. Entretanto, para que isto se verifique, alguns obstáculos devem ser transpostos, sobretudo se considerarmos que a formação dos promotores e procuradores não os qualifica para este papel, devendo existir um compromisso institucional no sentido de ser adotada mais esta alternativa de atuação.¹³¹ (TARIN, 2009, p. 60)

O Ministério Público pode atuar como incentivador das entidades e organizações que atuam no chamado “Terceiro Setor”, auxiliando na criação e influenciando positivamente na atuação de associações civis, entre as quais aquelas votadas para a defesa dos direitos sociais. É evidente que este processo não surgirá de decisões de cunho burocrático ou de processos judiciais a serem instaurados. O que deve acontecer é uma interação do Ministério Público e de seus agentes no meio social. (NUNES JÚNIOR, 2004, p. 28-29) Deixando claro este entendimento:

Como, por exemplo, falar-se do Ministério Público protegendo direitos humanos, direito à saúde ou direito do consumidor fora do contexto em que a sociedade se organiza para esses fins? Como se falar em proteção da infância sem uma relação estreita com os Conselhos Tutelares e, por via de consequência, sem conhecimento dos problemas que afligem a infância e a juventude nas diversas regiões da cidade? Na verdade, o que parece é que o ponto básico de uma reordenação institucional seria exatamente uma inserção mais significativa do Ministério Público no meio social. A partir dessa inserção certamente a redefinição de prioridades e, por via de consequência, a reorganização da instituição afluiriam quase que automáticas, ensejando o engajamento do Ministério Público na sua função de vanguarda das instituições públicas e o seu engajamento nas demandas sociais mais importantes. (NUNES JÚNIOR, 2004, p. 28-29)

Na condição de “produtores sociais”, os representantes do Ministério Público podem atuar de duas maneiras fundamentais. A primeira delas se verifica na busca de tornar transparente o direito que é opaco. Tal maneira de atuação verifica-se por intermédio da tentativa de educar, sensibilizar e conscientizar o cidadão a respeito de seus direitos civis, políticos e sociais. Para tanto, podem ser utilizados diversos instrumentos como, por exemplo, os meios de comunicação de massa, cartilhas, vídeos, peças de teatro e palestras. Uma outra forma de atuação diz respeito à busca de uma mobilização social voltada para a formulação das políticas públicas e a implementação dos correspondentes direitos. (TARIN, 2009, p. 66)

¹³¹ Explicitando esse entendimento, a observação de Denise Tarin: “O promotor de justiça não nasce pronto, o fato de ter sido aprovado em concurso público não o transforma naquele momento em um profissional dotado de todos os recursos para a solução dos conflitos. Característica fundamental a ser observada pelo promotor que pretende mobilizar a sua Comarca é a humildade, humildade entendida não como subserviência, mas como equilíbrio emocional que o inspira para o desempenho de suas funções e o envolve com o sentimento de responsabilidade social”. (TARIN, 2009, p. 60-61)

No processo de mobilização social, o Ministério Público, por intermédio de seus representantes, deve estabelecer alianças com a sociedade civil e, desta maneira, identificar os problemas a serem enfrentados por meio da formulação de políticas públicas. A fim de ser alcançado tal objetivo, cinco etapas devem ser cumpridas: “1 – decidir que existe um problema; 2 – decidir que se deve tentar resolver o problema; 3 – decidir a melhor estratégia para enfrentar o problema; 4 – atuar na solução do problema; 5 – institucionalizar a solução do problema mediante a formulação de políticas públicas”. (TARIN, 2009, p. 67)

Dentro dessa perspectiva, mostra-se necessário que a participação popular seja a mais democrática possível, conclamando-se todas as esferas de representação comunitária por intermédio dos meios de comunicação e, se possível, os representantes do Ministério Público devem se dirigir ao ambiente familiar e social das pessoas para sensibilizá-las a respeito da importância da participação de todos no processo de formulação das políticas públicas, sob pena da participação ser inexpressiva e destituída de valor de transformação. (TARIN, 2009, p. 68)

O movimento tendente à mobilização da comunidade deve assentar-se em um plano de comunicação social, possibilitando o intercâmbio de informações, sendo que tal movimento passa a atingir seus resultados a partir do momento em que ganha espaço na mídia, influenciando na formação da opinião pública. Com isso, o Poder Executivo local, pressionado pelos cidadãos e instituições integrantes do movimento, abandona sua inércia e passa a atuar para atender ao propósito da reação popular, operando as modificações reclamadas pela cidadania. O grau de participação e a solidez destes movimentos fazem com que os meros eleitores ascendam ao patamar de efetivos cidadãos. “O empoderamento dos direitos pelos cidadãos no processo de mobilização social com fins à formulação de políticas públicas os legitima a influir nas decisões políticas, concretizando o ideal da democracia participativa”. (TARIN, 2009, p. 68)

Neste ponto, devemos destacar que, mesmo diante de uma profunda mobilização social na busca da concretização dos direitos fundamentais por intermédio das políticas públicas, os Poderes Públicos podem permanecer inertes.

Tal quadro, caso se verifique, pode ensejar a intervenção do Ministério Público em outra esfera, qual seja, a judicial.¹³²

O Ministério Público vem se mostrando um agente fundamental na implementação de políticas públicas, especialmente atuando como legitimado ativo em

¹³² O tema pertinente ao controle jurisdicional das políticas públicas é alvo de nossa atenção no tópico 4 desta pesquisa.

processos individuais e coletivos. Em pouco espaço de tempo, em virtude de intenso esforço institucional:

[...] o Ministério Público brasileiro mudou seu paradigma e passou a ser uma instituição ativa e voltada para a realização do acesso a uma adequada tutela dos direitos, sendo que, para que tenhamos um Ministério Público “cujos pulmões respiram o oxigênio da Constituição”,¹³³ a instituição deve buscar incessantemente ser um meio de acesso à tutela adequada dos direitos sociais e/ou indisponíveis. Por meio do Ministério Público, direitos que não seriam tutelados ou que o seriam de maneira precária – e tutelar direitos precariamente é, em última análise, o mesmo que não os tutelar – passaram a contar com uma possibilidade efetiva de realização. Não soa excessivo afirmar que o Ministério Público otimizou o acesso a uma adequada tutela dos direitos, fortalecendo a democracia e contribuindo para a realização do Estado de Direito. Conjugando o perfil constitucional do Ministério Público com a teoria sobre o acesso à justiça desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth,¹³⁴ veremos que a instituição possui instrumentos para a realização das célebres “três ondas” renovatórias do processo [...]. Na implementação judicial de políticas públicas, o Ministério Público vem atuando intensamente, seja por meio de ações coletivas, seja por meio de ações na defesa de direitos individuais indisponíveis, em temas como, por exemplo, direito à saúde, à educação, ao saneamento básico, à ordem urbanística, ao patrimônio cultural, ao meio ambiente, à segurança no trânsito, ao patrimônio público, na defesa de crianças, adolescentes, idosos, portadores de deficiência, comunidades indígenas, entre outras diversas hipóteses, além de ter na ação de improbidade um importante instrumento para a realização de políticas públicas, inclusive por seu caráter pedagógico. Em sua atuação, pode o Ministério Público contribuir decisivamente para a admissibilidade dos processos envolvendo políticas públicas, seja por meio de ações tecnicamente cuidadosas, explicitando as razões que autorizam a iniciativa judicial, seja por uma ativa participação como interveniente, aditando a petição inicial e manifestando-se de modo a suprir falhas que podem impedir indevida e desnecessariamente o julgamento do mérito. (GODINHO, 2009, p. 189-192)

No Brasil, o Ministério Público, que originariamente atuava como braço do poder estatal na punição de crimes, passou, com a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a ter atribuição para defender interesses coletivos e difusos, atuando como verdadeiro advogado da sociedade, ao lado das demais entidades co-legitimadas (como as associações civis ou organizações não governamentais). O papel de órgão de mediação entre a sociedade civil e a Administração mostra-se cada vez mais presente na medida em que aquela

¹³³ A citação é de Paulo Bonavides. *Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais nº 1. Belo Horizonte: Del Rey, janeiro/junho de 2003, p. 57.

¹³⁴ Sobre as “três ondas” relacionadas ao direito ao acesso à justiça, a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “A primeira onda: assistência judiciária para os pobres. Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos aos pobres. [...] A segunda onda: representação dos interesses difusos. O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. [...] A terceira onda: do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à justiça. [...] Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”. (CAPPELLETTI *et al*, 2002, p. 31-32, 49 e 67-68)

vê no Ministério Público uma instituição independente e autônoma que, por conta de sua legitimação constitucional, pode tanto negociar em igualdade de condições com a Administração, ou mesmo com os entes privados prestadores de serviços públicos, quanto agir em juízo, ultrapassando os obstáculos existentes (custas, honorários advocatícios, preparo técnico para deduzir e defender o direito desrespeitado), o que muito dificilmente ocorre com entidades da sociedade civil organizada, em especial aquelas dedicadas à defesa dos direitos sociais. (FRISCHEISEN, 2000, p. 112-113)

Como se percebe, no campo das políticas públicas pertinentes aos direitos sociais, a intervenção do Ministério Público está diretamente ligada à concretização de uma outra modalidade de direito fundamental: o acesso à justiça.¹³⁵ O tema do acesso à justiça é aquele que:

[...] mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica. [...] A consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e de função mistificadores. (SANTOS, 2001, p. 167)

Assim, temos que o direito ao acesso à justiça passa, muitas vezes, pela atuação do Ministério Público. Neste sentido, vale lembrar que a Constituição Federal estabelece em seu art. 129 que são funções institucionais do Ministério Público a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, bem como a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.¹³⁶ Dessa forma, mostra-se inequívoca a legitimidade do Ministério Público para a defesa coletiva dos direitos sociais, assegurados no art. 6º da Lei Maior. (FRISCHEISEN, 2000, p. 118)

¹³⁵ Sobre a importância da atuação do Ministério Público no campo do acesso à justiça, as ponderações de Samia Saad Gallotti Bonavides: “Estando o Ministério Público na condição de garantidor ao indivíduo da fruição de todo o seu *status* constitucional, não há como perder de vista a maior dificuldade de concretização dos direitos sociais, o que se reflete no acesso ao direito à justiça, diante do fato de que o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela criação de novos direitos, os direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc.”. (BONAVIDES, 2003-B, p. 87)

¹³⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...] IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Os instrumentos jurídicos postos à disposição do Ministério Público para a tutela dos direitos sociais são, primordialmente, o inquérito civil e a ação civil pública.

O inquérito civil, que se caracteriza como um procedimento administrativo de natureza inquisitiva, tendente a recolher elementos de prova capazes de ensejar o ajuizamento da ação civil pública, também pode viabilizar a intervenção do Ministério Público na esfera extrajudicial.

Os procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público permitem a negociação com a Administração ou com os entes privados responsáveis pela implementação de políticas públicas. A importância desse espaço de negociação é inegável porque nele poderão ser discutidas e contempladas as grandes questões atinentes à efetivação de tais políticas (como as temporais e orçamentárias), permitindo a conciliação entre as várias demandas existentes na sociedade por meio da fixação de prazos para o cumprimento das exigências legais e eventuais adequações orçamentárias. (FRISCHEISEN, 2000, p. 133)

No inquérito civil também podem ser elaboradas atas compromissárias entre várias partes envolvidas com determinada política pública, sendo que tais partes não necessariamente poderiam ser acionadas em uma ação civil pública ou, mesmo que pudessem, gerariam inúmeras contestações, sem que uma sentença conseguisse impor obrigações principais e secundárias para cada uma delas.

É ainda na esfera do inquérito civil público que poderão ser negociadas mudanças em procedimentos da Administração que, apesar de não serem necessariamente ilegais, mostram-se ineficazes para o alcance de seus objetivos.

O Ministério Público funciona, então, como órgão mediador e indutor das mudanças. (FRISCHEISEN, 2000, p. 133-134)

Dentro do inquérito civil, ou seja, ainda na esfera extrajudicial, um dos instrumentos que pode ser utilizado pelo Ministério Público é o “compromisso de ajustamento de conduta”.

Previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85,¹³⁷ o compromisso de ajustamento de conduta tem como objetivo obter, dos órgãos públicos ou privados, a adequação de atuação em conformidade com as normas constitucionais e legais.

O compromisso de ajuste é o instrumento no qual condições temporais e orçamentárias para a efetiva implantação de determinada política pública poderão ficar assentadas. De se destacar, entretanto, que o compromisso de ajuste não pode resultar na

¹³⁷ Art. 5º, § 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

renúncia de direitos ou aceitação de condutas ilegais. O que se mostra passível de negociação são prazos e condições para que a Administração, que tem o dever de cumprir a política pública em questão, se ajuste às exigências constitucionais e legais. Desta forma, o compromisso de ajuste caracteriza-se como ato jurídico firmado perante o Ministério Público, por meio de um instrumento escrito, no âmbito do qual a Administração se compromete a cessar a conduta ilegal ou inconstitucional (comissiva ou omissiva) no prazo e condições negociados. (FRISCHEISEN, 2000, p. 136-137)

Outro instrumento que pode ser utilizado pelo Ministério Público na esfera extrajudicial é a “recomendação”, cuja previsão encontra-se no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93 (dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União),¹³⁸ c.c. o art. 80 da Lei nº 8.625/93 (institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências).¹³⁹

A recomendação, na área dos direitos sociais, permite ao administrador público incorporar em seu planejamento linhas de atuação capazes de auxiliar na efetiva implementação dos direitos assegurados na Constituição, conciliando interesses que foram levados pela sociedade civil ao Ministério Público ou que surgiram da própria ação de fiscal da lei do *Parquet*.

Se os acordos (reuniões vinculativas e compromissos de ajuste) têm como vetores informativos demandas já postas, o descumprimento da Constituição e da legislação integradora, seja pela má implementação de determinada política pública seja pela omissão da Administração, as recomendações têm um caráter inovador, qual seja, o de levar à Administração novas demandas, estratégias e idéias. (FRISCHEISEN, 2000, p. 139-140)

Dessa forma, a recomendação:

[...] será mais eficiente, na exata proporção que o administrador entenda o Ministério Público como um agente que também tem como atribuição constitucional a construção de mecanismos eficazes para o efetivo exercício dos direitos da ordem social constitucional. Nesse sentido, o Ministério Público estará mais uma vez atuando como um canal de mediação de demandas coletivas existentes na sociedade, criando mais um canal de comunicação entre a comunidade e a Administração. (FRISCHEISEN, 2000, p. 140)

¹³⁸ Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: [...] XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

¹³⁹ Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Tanto o “compromisso de ajustamento de conduta” quanto a “recomendação” caracterizam-se como instrumentos que buscam evitar a propositura da ação civil pública. “Entretanto, mantendo-se a Administração ou entes privados responsáveis omissos na implantação das políticas públicas garantidoras dos direitos sociais, poderão ser questionados judicialmente”. (FRISCHEISEN, 2000, p. 140)

A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, constitui instrumento do Ministério Público para a defesa, em juízo, do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, buscando responsabilizar o agente público que, não cumprindo o seu dever, desrespeitou direito alheio, coletivamente considerado, impondo-lhe uma obrigação de fazer.¹⁴⁰ (FRISCHEISEN, 2000, p. 124-125)

Com base no que foi até aqui exposto, podemos afirmar que o Ministério Público, ao ganhar autonomia funcional e singular *status* institucional, em sintonia com o mundo democrático, adquiriu posição que lhe permite o desempenho eficaz da função de controle dos Poderes do Estado, especialmente dos Executivos hipertrofiados, passando a ser o condutor da cidadania, caracterizando-se como voz de afirmação do Estado Democrático de Direito, preocupado, agora, em levar ao Poder Judiciário uma interpretação da lei de cunho muito mais social que formal, quando, independente, tornou-se apto a atuar decisivamente para fazer prevalecer o governo das leis sobre o governo dos homens. (GIACÓIA, 2007, p. 282)

Dentro dessa concepção de Ministério Público, uma pergunta que vem à tona é aquela relacionada ao perfil vocacional que poderá atender a essa nova demanda institucional.¹⁴¹ A este respeito:

¹⁴⁰ A ação civil pública é alvo de nossa abordagem específica no tópico 4.7. desta pesquisa, no qual são analisados os instrumentos processuais passíveis de utilização no âmbito do controle jurisdicional das políticas públicas.

¹⁴¹ Explicitando a necessidade de que os promotores e procuradores sejam vocacionados, as preciosas palavras de Paulo Bonavides, fazendo a distinção entre os dois Ministérios Públicos do Brasil – o da Constituição e o do Governo: “Com efeito, há dois Ministérios Públicos no Brasil; um é o da Constituição; o outro o do Governo. Um protege os interesses da sociedade e o povo o aplaude; o outro serve aos fins de quem governa e o povo o reprova. O primeiro é a efígie da independência e da isenção; advoga a causa social, tutela o bem comum, por isso, recebe os louvores da opinião e do corpo de cidadãos. O segundo, ao revés, se mostra o órgão do *status quo*, é instrumento submisso do Estado, máquina do Governo que o mantém debaixo de seu influxo preponderante. O MP da Constituição é a maioria, a legitimidade, o colegiado da cidadania. O do Governo é a minoria, a omissão, o engavetamento, a ausência, a deserção nos graves momentos constitucionais de crise do regime. Um é enaltecido, o outro menosprezado. Aquele zela pela moralidade pública em todos os distritos da governança política; este se rebaixa ao grau de servilismo, instrumento inferior do Poder Executivo, o qual lhe nomeia o Chefe, em ordem a configurar, pelos laços da sujeição estabelecida, o vício institucional gerador de toda essa ruptura, que é a guerra civil interna nos quadros do Ministério Público, responsável do divórcio entre a cúpula e as bases. Um guarda a liberdade, a Constituição, a moral administrativa; o outro faz-se serventuário dos desígnios executivos e se acolhe à sombra do paço presidencial onde cultiva a intimidade do poder”. (BONAVIDES, 2003-A, p. 383-385)

Não será, certamente, aquele que se seduz pelo poder enquanto poder, embora com um novo figurino, mas impregnado de similar coronelismo político, com matreira habilidade midiática na exposição desnecessária de pessoas e valores. E sim o de protagonista de uma nova agenda social composta por políticas públicas efetivamente comprometidas com a doutrina dos direitos humanos. Preocupado em alargar o acesso popular ao Judiciário, trazendo para a arena jurídica um novo jeito de operar o Direito, da ótica das questões realmente relevantes para a sociedade, sob o signo da justiça social, por meio do dístico multifário e difuso. (GIACÓIA, 2007, p. 283)

Assim, é preciso que os representantes do Ministério Público, conscientes da importância da missão que devem desempenhar na sociedade, redobrem atenção a respeito de suas atribuições, pois:

[...] se é a violência que grassa, tornando o homem presente um refém de seu próprio tempo; se é a fraude que se generaliza, transformando o nosso País no reino da malícia, da esperteza e do enriquecimento ilícito; se é a miséria a se instalar no entorno dos centros urbanos e na distância dos campos com toda sua vasta e nefasta gama de conseqüências; se é, enfim, a despeito da complexidade cada vez maior das relações sociais e do sofisticado avanço tecnológico, uma sociedade cada vez mais contraditória e desigual que se enxerga na janela de nossa realidade; ressei a extraordinária importância do Ministério Público no enfrentamento dessa realidade adversa. (GIACÓIA, 2007, p. 283)

Inegável, portanto, a relevância do papel a ser cumprido pelo Ministério Público no que tange à efetivação das políticas públicas, em especial daquelas voltadas para os direitos fundamentais sociais, razão pela qual os responsáveis pelos rumos da Instituição, em suas diversas esferas, devem conduzir suas gestões na busca da concretização de tal modelo institucional. (DERANI, 2006, p. 133-134)

Vivenciamos um período em que o Ministério Público vem ganhando notoriedade em virtude de sua firme atuação contra forças, sobretudo de ordem política, que, apesar de sua mais absoluta ineficácia e negligência no que diz respeito ao trato da coisa pública, condenando imensas regiões do País ao atraso, jamais foram alvo de questionamentos na esfera judicial, seja no âmbito cível ou criminal.

Essa nova postura dos promotores e procuradores vem provocando a ira dos que, acostumados a lotear o Estado entre seus familiares, apaniguados e asseclas, vislumbram a possibilidade de que sejam impedidos de continuar com tal prática e, por isso, tentam, a todo custo, retirar do Ministério Público suas atribuições, bem como amordaçar os seus representantes.

Contra essa estratégia, o Ministério Público deve se aliar ao povo, fazendo com que a sociedade perceba a relevância de suas atribuições, reconhecendo, assim, os bons resultados de sua atuação, sendo que a opinião pública afigura-se como uma poderosa aliada contra toda e qualquer tentativa de amesquinamento da Instituição.

4. CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1. O “jurídico” e o “político”: pontos de contato (ou de atrito?) entre os Poderes do Estado no campo da efetivação dos direitos fundamentais

Fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, de algum modo sempre implica poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar (FARIA, 1994, p. 49). Assim, temos como relevante a análise da relação existente entre os universos jurídico e político.

Inegável que o Direito possui uma função política, sendo que tal função consiste em analisar o estágio de desenvolvimento da sociedade em determinado momento histórico, tudo para que, na seqüência, procurando ajustar o modo de atuação dos indivíduos quanto ao exercício do poder, solucionando conflitos e promovendo o consenso no que tange à tomada de decisões, os superiores interesses da comunidade sejam implementados de maneira justa e eficiente, ensejando uma melhor qualidade de vida para os seus membros, fazendo com que estes possam exercer todas as suas potencialidades em busca do pleno desenvolvimento pessoal que leva à dignidade e, conseqüentemente, ao exercício da cidadania. Evidenciando este entendimento:

O Direito é uma realidade social. É um componente das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é uma realidade singular. Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. O Direito adere, assim, intimamente ao estado da sociedade por ele representada, mas dela se distingue para exercer sua missão de organização, sua tarefa normativa. Se o Direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir. Portanto, o Direito é uma realidade social de feição dupla. Como teoria, como modo de encarar as relações sociais, ele produz grande quantidade de saberes apropriados. Como forma de organização, produz instituições e especializa a seu serviço certo número de membros da sociedade. (ASSIER-ANDRIEU, 2000, XI)

É preciso reconhecer que o Direito e seus operadores possuem como missão primeira e fundamental a implementação das garantias fundamentais do indivíduo, assegurando a este a possibilidade de viver dignamente, tendo respeitadas suas necessidades, tudo para que a sociedade caminhe rumo ao desenvolvimento.

Entretanto, o cumprimento de tal missão mostra-se profundamente prejudicado em virtude das inúmeras dificuldades enfrentadas no âmbito do sistema judicial.

“No cotidiano dos escalões inferiores da Justiça, são os magistrados lotados no interior e nas periferias das regiões metropolitanas os que sofrem o choque mais direto nas contradições entre o sistema jurídico-positivo e as condições reais da sociedade”. (FARIA, 1994, p. 48)

O sistema judicial, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem presenciando a expansão tanto dos direitos sociais quanto de um padrão descentralizado de intervenção pública na área social, envolvendo, inclusive, significativas mudanças na estrutura tributária e nas atribuições do Estado. Tais alterações, no entanto, por vezes não conseguem ser implementadas por falta de leis complementares e/ou por uma forma extremamente formal de administração da justiça, a ponto de não se preocupar com a solução dos litígios de modo a um só tempo legal, eficaz e legítimo. (FARIA, 1994, p. 48)

Eis aí, de modo esquemático, o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro, ao menos em suas instâncias inferiores, a saber:

[...] cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza, em condições subumanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade. Com a expansão dos direitos humanos, que nas últimas décadas perderam seu sentido “liberal” originário e ganharam uma dimensão “social”, ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar do reconhecimento da “condição humana”. Quando essas condições não são efetivamente dadas, os segmentos mais desfavorecidos se tornam parias [...]. Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos – e também dos direitos sociais – no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando os homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de “humanidade”; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento. (FARIA, 1994, p. 48)

Nessa linha de abordagem, surge o momento de formularmos duas questões que nortearão a parte final desta pesquisa: em que medida o operador do Direito, depois de esgotadas outras instâncias, pode buscar a tutela jurisdicional visando a concretização dos direitos fundamentais? As políticas públicas, enquanto instrumentos de implementação dos direitos sociais, podem ser alvo do controle jurisdicional?

A partir de tais indagações, mostra-se necessário investigar qual o papel do Poder Judiciário quando o tema em debate é a proteção dos direitos fundamentais.

Em princípio, é preciso reconhecer que o Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos fundamentais. (BITTAR, 2005, p. 306)

Os tribunais sempre se revestiram de uma aura de polêmica e foram objeto

de debate público. Neste sentido, recordamos os Tribunais da República de Weimar logo depois da Revolução alemã (1918) e os seus critérios duplos na punição da violência política da extrema direita e da extrema esquerda; o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e o modo como tentou anular a legislação do *New Deal* de Roosevelt no início dos anos 1930; os tribunais italianos de finais da década de 1960 e da década de 1970 que, por meio do “uso alternativo do Direito”, procuraram reforçar a garantia jurisdicional dos direitos sociais; o Supremo Tribunal do Chile e o modo como tentou impedir o processo de nacionalização levado a cabo por Allende no princípio da década de 1970. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Contudo, referidos momentos de notoriedade do Poder Judiciário se distinguem do protagonismo dos tempos mais recentes em dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, em quase todas as situações do passado os tribunais se destacaram pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. Em segundo plano, tais intervenções notórias foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada.

Em contraste, o protagonismo dos tribunais nos tempos mais recentes, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, fundamenta-se num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fração infinitesimal do trabalho judiciário, é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para, pelo contrário, parecer corresponder a um novo padrão do intervencionismo judiciário. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Apesar dessas distinções, o novo protagonismo do Poder Judiciário partilha com o anterior uma característica fundamental: traduz-se num confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano, nomeadamente com o Poder Executivo. Por esta razão a doutrina e a jurisprudência abrem-se para o que se costuma denominar “judicialização dos conflitos políticos”. Sendo certo que na matriz do Estado moderno o Judiciário é um poder político, titular de soberania, a verdade é que ele só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere no âmbito de outros Poderes. Ou seja, a política judiciária, que é uma característica matricial do Estado moderno, só se afirma como política do Judiciário quando se confronta, no seu terreno, com outras fontes de poder político. Daí

que a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar de se traduzir na “politização dos conflitos judiciais”. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

A judicialização da política e das relações sociais, caso corresponda à delegação da vontade do líder político a um corpo especializado de juristas e, ainda, à substituição de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de cunho assistencialista, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Entretanto:

[...] a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstrução do tecido de sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça. (VIANNA, 1999, p. 43)

O poder hermenêutico do juiz é fundamental na construção do sentido a ser imprimido ao ordenamento jurídico, sendo que o termômetro do desgaste de um sistema judicial é o próprio Judiciário posto que é o Poder responsável por exercer a função de decidir, concretizando as normas abstratas, atendendo, assim, as demandas reais e históricas nas quais agentes sociais se encontram envolvidos. Trazendo este tema para um enfoque a partir da realidade brasileira, temos que o Poder Judiciário é aquele que mais se vê acossado pela enormidade dos problemas, sendo constantemente instigado a decidir conflitos de natureza social, que deveriam ser tratados e implementados politicamente (*a priori*), e não jurisdicionalmente (*a posteriori*), diga-se de passagem, lidando com questões dessa natureza dentro de uma cultura liberal, de conflitos individuais, de demandas de interesse privado, sem aparelhamento e/ou preparo devidos, bem como dentro de um sistema engessado por formalismos e procedimentos processuais incapazes de satisfazer a questões de dimensão difusa e/ou coletiva. (BITTAR, 2005, p. 306-307)

Nas últimas décadas verificou-se um aumento do significado do Direito nos ordenamentos sociais modernos. A “fome de direitos”, cujas origens mais profundas estão no anseio humano por justiça, não só aumentou enormemente a massa de leis, mas também, e cada vez mais, a carga de trabalho dos tribunais. A este problema de natureza quantitativa associa-se um problema de ordem qualitativa, tendencialmente mais importante, relacionado ao grau de dominância deste ou daquele Poder no âmbito da estrutura do Estado. Sobre o assunto temos que:

[...] se o art. 2º da Constituição brasileira afirma que os três Poderes são “harmônicos entre si”, essa formulação é bela, mas em última instância não mais do que um compromisso de formulação com efeito dilatatório. No conflito prático coloca-se a pergunta pelo detentor da palavra final. O país em questão é um Estado legal, um Estado administrativo ou um Estado judicial? A resposta somente pode ser dada pelos grandes princípios do Estado constitucional moderno: Democracia e Estado de Direito. O princípio democrático instala uma representação eleita pelo povo, à qual é atribuída a tarefa de estabelecer as regras gerais para a organização da vida social, segundo o critério orientador da Constituição e da justiça. Essas regras manifestam-se tradicionalmente em leis. A lei do legislador democrático pode invocar a legitimação do povo – temporalmente limitada. Mas ela não é a palavra hierarquicamente mais autorizada, nem final. Acima dela situa-se a Constituição comprometida com o Estado de Direito. Ela limita o legislador. As suas leis devem ater-se a esse norte [“Richtmass”], sobretudo ao dos direitos fundamentais e das normas restantes fixadas na Constituição. A observância desses critérios de aferição é controlada pelos tribunais, em última instância pelos supremos tribunais instituídos como tribunais constitucionais. Eles são a pedra final no edifício do Estado de Direito, a sua coroação. Justamente por ter sido atribuída aos tribunais uma tarefa tão fundamental de preservação do direito, mormente do direito constitucional, eles devem ter consciência da sua extraordinária responsabilidade. A figura exemplar [“Leitbild”] do Estado de Direito não é o “juiz régio”, mas o juiz responsável, vinculado à lei. (STERN, 2003, p. 514-515)

A ampliação das franquias democráticas tem conferido ao Judiciário uma notoriedade muito grande. O Poder nunca foi tão exposto ao crivo da mídia e da população em geral como nos tempos atuais. Por tal motivo, mostra-se compreensível que a Magistratura, antes tão ensimesmada, sinta o embaraçoso choque do novo. De se observar, porém, que a expectativa é de que, na ânsia de fazer do Judiciário um bastião não da forma da lei mas sim do conteúdo do direito, os magistrados não se arvorem na condição de “novos demiurgos das aspirações nacionais”. Ampliar os poderes do juiz não significa transformá-lo numa figura arbitrária. (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

Mostra-se importante notar que, por ora, mesmo diante da tendência de ampliação dos poderes do juiz, parece existir uma via de mão dupla no que diz respeito à relação entre o Poder Judiciário e o cidadão, sendo que na mesma medida em que este deposita na Magistratura a confiança que perdeu nos outros Poderes, os juízes passam a dar guarida às pretensões dos que buscam os tribunais. Este jogo, por óbvio, possui limites, sendo que o mais evidente deles está na constatação de que respostas positivas a demandas cada vez mais exigentes possuem a tendência de constranger os demandados à impossibilidade de cumprimento das sentenças, circunstância que ofende a racionalidade do Direito. (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

O Poder Judiciário tem dificuldades para lidar com essa situação e, por isso, temeroso com a “contaminação política do juiz”, procura distinguir, corretamente, o magistrado do político. Entretanto, na busca da delimitação destes territórios, acaba por desconsiderar o peso político inerente à atividade jurisdicional. É preciso consignar,

entretanto, que a evidente distinção entre o juiz e o político profissional não importa na conclusão de que o papel do magistrado deixe de ser político. Por isso, mais do que insistir na tese da ausência de politização da Magistratura, talvez fosse o caso de se refletir sobre essa nova conjuntura. (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

Buscando essa reflexão, novos questionamentos vem à tona: de que modo resguardar a legitimidade do Judiciário sem decepcionar os que procuram os tribunais? Como garantir direitos e serviços sociais sem exigir o impossível do Estado? De que forma contribuir para a consolidação da democracia sem comprometer as políticas econômicas? Estas são perguntas que atormentam tanto o ministro do Supremo Tribunal Federal quanto o juiz da menor entre as Comarcas. São questões, como se percebe, tanto jurídicas quanto políticas. (CAMPILONGO, 1994, p. 121)

Dentro dessa perspectiva, mostra-se interessante analisarmos os contextos em que o Poder Judiciário vem atuando desde o Estado liberal clássico até nossos dias, destacando sua relação com os outros Poderes ao longo de tais períodos, evidenciando os pontos de contato (ou de atrito?) entre o “político” e o “jurídico”.

4.1.1. O Poder Judiciário no Estado liberal

O liberalismo percorreu todo o século XIX, prolongando-se até a Primeira Guerra Mundial. Em razão de seu longo período de duração, o liberalismo mostrou-se importante para a consolidação do modelo judicial moderno dentro de um contexto no qual, em razão da teoria da separação dos Poderes, o Poder Legislativo assume o papel de protagonista em relação aos demais, circunstância que neutraliza o Poder Judiciário do ponto de vista político. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*) Detalhando um pouco mais o tema ora abordado, temos que:

[...] a teoria clássica da divisão dos Poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre Política e Direito, regulando a legitimidade da influência política no Governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito. De fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do Estado de Direito burguês. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos. Em consonância com o princípio da tripartição dos Poderes, ela será o eixo que permitirá a substituição da unidade hierárquica, concretamente simbolizada pelo “Rex”, por uma estrutura complexa de comunicação e controle entre forças mutuamente interligadas. A neutralização assinalará a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 14-15)

A neutralização política do Poder Judiciário decorre da estrita observância do princípio da legalidade, impedindo que os tribunais decidam em descompasso com o ordenamento jurídico posto, e do princípio da subsunção racional-formal, por meio do qual se estabelece que a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e, como tal, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Desta forma, no âmbito do liberalismo, os tribunais atuam dentro de um quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhes competindo garantir concretamente a sua vigência. Assim, o poder dos tribunais possui a característica da retroatividade, ou seja, atuam no sentido de reconstituir uma realidade normativa plenamente constituída. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

O sistema de valores inerentes à função judiciária do Estado liberal é marcado pela ideologia da fidelidade à lei, circunstância que reforça a imagem do juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do Direito. Essa tipificação já foi chamada de “folclore judicial”.¹⁴² (CAMPILONGO, 1994, p. 123) Portanto:

[...] a hermenêutica jurídica do Estado liberal, vale dizer, de uma concepção de Estado de Direito exclusivamente preocupada com a preservação da liberdade jurídica, “tinha uma orientação de bloqueio – interpretação de bloqueio – conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade”.¹⁴³ O juiz liberal é aquele que circunscreve as atividades do Estado e as funções do próprio Judiciário. (CAMPILONGO, 1994, p. 124)

O Poder Judiciário, no contexto liberal, é reativo, isto é, atua somente a partir de uma provocação das partes ou de outros setores do Estado e, por este motivo, a disponibilidade dos tribunais para a solução das lides mostra-se abstrata, somente se convertendo numa oferta concreta na medida em que ocorre uma procura social efetiva. De se destacar que os tribunais não devem exercer qualquer influência a respeito do tipo e do nível concretos da procura de que são alvo. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

No liberalismo, o Poder Judiciário ocupa-se de litígios individualizados no duplo sentido de que têm contornos claramente definidos por critérios estritos de relevância jurídica e de que ocorrem entre indivíduos. De se destacar, ainda, que as decisões judiciais a respeito de tais conflitos de interesses somente possuem força, *a priori*, para aqueles que participam diretamente da lide, não tendo validade geral, sendo que na solução dos litígios prioriza-se o respeito ao princípio da segurança jurídica, este calcado na generalidade e na

¹⁴² A expressão é de Giorgio Rebuffa. *La funzione giudiziaria*. Torino: Giappichelli, 1988, p. 145.

¹⁴³ A citação é de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais. *In: Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 12.

universalidade da lei e na aplicação, idealmente automática, que ela possibilita. A insegurança substantiva do futuro é assim contornada, tanto pela estrita observância das regras de processo quanto pelo princípio da coisa julgada. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Importante observar, também, que no Estado liberal a independência dos tribunais reside em estarem total e exclusivamente submetidos ao império da lei. Tal forma de independência mostra-se como uma garantia eficaz da proteção da liberdade, entendida esta como vínculo negativo, ou seja, como prerrogativa de não-interferência. Nestes termos, a independência dos tribunais diz respeito ao controle do processo decisório e, desta forma, ganha a possibilidade de coexistir com a dependência administrativa e financeira em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Nesse contexto, a neutralização do Poder Judiciário transforma o sentido da aplicação do direito. Explicitando tal entendimento, temos que:

[...] antes encarava-se o direito como uma expectativa ética de padrão de comportamento, predeterminado por valores-fins, donde o juízo como um ato da razão e a jurisdição como uma atividade decorrente da virtude da justiça; agora, o direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se... então), donde uma certa automaticidade do julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso [...]. Só assim é possível lidar-se, no Judiciário do Estado de Direito burguês, com altos graus de insegurança concreta de uma forma suportável: a segurança abstrata, como valor jurídico, isto é, como certeza e isonomia, é diferida no tempo pela tipificação abstrata dos conteúdos normativos (generalidade da lei) e pela universalização dos destinatários (igualdade de todos perante a lei), aparecendo como condição ideologicamente suficiente para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais trazem para as partes. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 16)

Cumprir observar, entretanto, que o perfil da atuação do Poder Judiciário sofreu profundas modificações com o surgimento do *welfare State*, conforme destacamos a seguir.

4.1.2. O Poder Judiciário no Estado social

Após a Segunda Guerra Mundial surgiu nos países centrais uma nova forma de Estado, o social.

Nesse novo modelo há uma predominância do Poder Executivo, circunstância que acarreta uma mudança na conformação da teoria da separação dos Poderes. O Executivo passa a se utilizar de novos instrumentos jurídicos que entram em confronto com o âmbito judicial clássico, acarretando uma “sobrejuridificação da realidade social, que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo, que torna

problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica”. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

A passagem do Estado liberal para o Estado social evidencia os limites da “ideologia da fidelidade à lei”. A dificuldade de conciliação entre os fundamentos do Estado de Direito e aqueles do “Estado do bem-estar social” torna-se nítida diante da necessidade de se recorrer a novas formas de interpretação. Caminha-se, desta maneira, da “hermenêutica de bloqueio” para a “hermenêutica de legitimação de aspirações sociais”. Assim, no âmbito do *welfare State*, a força persuasiva da ideologia do juiz subordinado à lei não se coaduna mais com a difusão de uma cultura sociológica que, sutil e gradativamente, incorpora-se à tradição jurídica legalista. (CAMPILONGO, 1994, p. 124)

O principal fator de distinção entre o modelo de Estado social e o modelo de Estado liberal é o forte componente promocional do bem-estar existente no primeiro, caminhando ao lado de uma acentuada tendência repressiva. A previsão constitucional dos direitos sociais e econômicos acarreta a “juridificação da justiça distributiva”. A concretização desta modalidade de direitos passa a exigir prestações positivas, sendo que o Estado traz para si a responsabilidade de gerir a tensão, que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal, valendo observar que dessa gestão são incumbidos, ainda que de modo diferente, todos os órgãos e Poderes do Estado. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Dentro desse quadro, temos que o Poder Judiciário, tradicionalmente voltado para o julgamento e responsabilização do homem por seus atos, ou seja, pelo que ele fez, começa a ser instado a promover uma avaliação prospectiva e um julgamento em torno do que esse homem é e poderá fazer. É neste contexto, no âmbito do qual se constata uma projeção do sentido do Direito para o futuro, para aquilo que ele é capaz de realizar mais do que para a sua consistência pré-constituída, que deve se buscar a compreensão sobre o advento do “Estado do bem-estar-social”. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18) Na busca desta compreensão, temos que:

[...] o crescimento do “welfare State” reverteu alguns dos postulados básicos do Estado de Direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência conseqüente. O Estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os Poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18)

Os direitos sociais, que se caracterizam como produtos típicos do *welfare State*, não são somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Tal circunstância modifica a função do Poder Judiciário, a quem, perante os direitos sociais ou sua violação, não cabe apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar “se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)”. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18)

Devemos observar, neste ponto, que a extensa massificação social gerou uma sociedade de consumidores, na qual constatamos a presença de um processo de produção massificada, comercialização massificada e consumo massificado, reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, da ciência à cultura, a objetos de consumo, ou seja, a objetos descartáveis após o uso. Por esta razão, transformou-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, uma vez que passaram a ser exigidas proteções coletivas – direitos coletivos – e até proteções impossíveis de ser individual ou coletivamente identificadas – direitos difusos. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18-19)

Em conseqüência, os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (*class action* e ação civil pública, por exemplo), circunstância que afeta a posição de neutralidade do juiz quando se vê diante de um pedido que corresponda à uma prestação jurisdicional tendente a corrigir desvios de condutas na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa.

Essa nova forma de responsabilidade que, pela clássica divisão dos Poderes do Estado, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também ao Judiciário.

Fica evidente, portanto, que no Estado social verifica-se um processo de desneutralização do magistrado. Essa constatação pode ser explicada pelo fato de que:

[...] com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como conseqüência do princípio da divisão dos Poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (“dura lex sed lex”). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da

*obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.*¹⁴⁴ (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 19)

Sendo essas as características fundamentais do Poder Judiciário no âmbito do “Estado do bem-estar social”, é preciso deixar registrado que vivenciamos um período marcado pela crise do *welfare State*, com significativas reduções dos direitos dos trabalhadores, além de uma progressiva diminuição do campo de abrangência da assistência aos desamparados e uma alarmante redução da qualidade dos serviços públicos (saúde, educação e segurança, por exemplo), circunstância que enseja a necessidade de uma nova abordagem a respeito das funções do Poder Judiciário, agora no contexto do que se pode denominar “Estado pós-social”.

4.1.3. O Poder Judiciário no Estado pós-social

Já no final da década de 1970 e início da década de 1980 começaram a surgir nos países centrais os primeiros indicadores de uma crise do Estado social, crise esta que se prolonga até os dias atuais e se caracteriza, fundamentalmente, pela “incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores são as condições para a financiar”. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Constatada essa realidade, a pergunta que se mostra pertinente no âmbito desta pesquisa é a seguinte: qual a influência da crise do Estado social no âmbito do Poder Judiciário?

Em primeiro plano, vale destacar as conseqüências da desregulamentação da economia. Com a consolidação do modelo neoliberal, foi ganhando importância na agenda política a idéia da desvinculação do Estado enquanto elemento regulador da economia. Depois de décadas de absoluto controle estatal, houve a necessidade de se promover uma nova

¹⁴⁴ Na esteira deste entendimento: “O papel inovador do juiz estaria, portanto, não na política, mas na reestruturação do tecido da sociabilidade, especialmente nos ‘pontos quentes’, como os do menor, das drogas e da exclusão social em geral. Nesses lugares socialmente estratégicos, o juiz procederá como o engenheiro e o terapeuta social, comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa, e vindo a desempenhar uma função essencial na explicitação de um sentido do Direito, que não se encontraria mais referido a uma ordem ideal de onde, por reflexo, deveria provir”. (VIANNA *et al*, 1999, p. 27)

produção legislativa tendente à desregulamentação do universo econômico, acarretando, assim, uma nova sobrecarga legislativa. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

De se observar, ainda, o surgimento do fenômeno da globalização econômica, assumindo proporções sem precedentes, dando azo à emergência de um novo direito transnacional, trazendo mais um elemento complicador ao já alarmante caos normativo na medida em que este novo direito deve conviver com o direito nacional, ainda que em algumas situações mostrem-se contraditórios. Desta forma, surge um pluralismo jurídico de natureza planetária. Esta nova característica do pluralismo jurídico é, simultaneamente, causa e consequência da erosão da soberania do Estado nacional que verificamos em nossos dias, trazendo consigo a erosão do protagonismo do Poder Judiciário na garantia do controle da legalidade. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

No que diz respeito mais diretamente aos direitos fundamentais sociais, o tema que se coloca, neste momento de redefinição das funções do Estado, é o de se saber quais as correspondentes inovações no plano da atividade judicial. (CAMPILONGO, 1994, p. 124)

Com a afirmação do Estado social, inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas, sendo que no Brasil, especialmente ao longo da década de 1980, tanto a Constituição de 1988 quanto a legislação infra-constitucional caminharam nessa direção. (CAMPILONGO, 1994, p. 124)

De se observar, porém, que após a promulgação da nova Carta Política, instalou-se a discussão em torno da “crise do Estado”, trazendo consigo o debate sobre a intervenção no domínio econômico, a carga tributária e, em última análise, sobre a “viabilidade do sistema compensatório e redistributivo nacional”. (CAMPILONGO, 1994, p. 124)

Desformalização, deslegalização e desregulamentação são algumas das palavras de ordem deste momento de crise do Estado, remanescendo a impressão de que:

[...] tanto o primado da norma geral e abstrata utilizada para a “interpretação bloqueio” quanto as normas programáticas, as políticas públicas e as regras promocionais instrumentalizadas para a “interpretação de legitimação” são inadequados para o enfrentamento de parte da nova seletividade do sistema jurídico. Os filtros restritivos da racionalidade formal e os inclusivos da racionalidade material são criticados exatamente por suas limitações na promoção dos ajustes entre uma sobrecarga de demandas sociais e um contexto de crescente escassez de recursos a serem distribuídos socialmente. (CAMPILONGO, 1994, p. 124-125)

Nesse momento de luta “hobbesiana pela manutenção de nacos dos poucos recursos partilháveis” entram em cena novos critérios seletivos, sendo que começam a ganhar corpo, no discurso jurídico, teses como a da “impossibilidade material” de aplicação do direito, da “ineficácia absoluta das decisões” e do “direito supralegal”. (CAMPILONGO, 1994, p. 125)

Diante desse quadro, o Poder Judiciário assume papel de profunda relevância. Existe uma tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos voltada para a criação de novas técnicas de garantia de efetividade a sempre novos direitos vitais. Por este motivo, mostra-se acertada a afirmação de que o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo. (CAMPILONGO, 1994, p. 125)

Aqui, vale destacar que:

[...] a multiplicação de subsistemas jurídicos diferenciados e que rejeitam a intervenção do direito estatal traz consigo uma perigosa arma de invalidação do Direito por meio de ameaças privadas. A universalização dos direitos sociais é trocada pelo favorecimento de setores sociais específicos. Se a ordem jurídica aspirar à supressão de seus vazios de eficácia, longe do caminho da regulação auto-referencial, poderá encontrar no resgate da norma jurídica um importante critério objetivo de redistribuição de direitos e de justiça social. Daí a importância, para a consolidação da democracia entre nós, da afirmação de um Judiciário sintonizado com as características do seu tempo. (CAMPILONGO, 1994, p. 124-125)

Dentro desta perspectiva, importante se mostra uma análise mais detida a respeito da atuação do Poder Judiciário nos países periféricos, nos quais a necessidade imperiosa da concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda dimensão, mostra-se ainda mais evidente quando em comparação com a realidade dos países centrais.

4.2. O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais nos países de modernidade tardia

A análise da atuação do Poder Judiciário no âmbito dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento (“países de modernidade tardia”), deve tomar em consideração fatores distintos daqueles utilizados para a mesma espécie de análise quando o objeto de estudo são os países centrais.

O nível de desenvolvimento econômico e social interfere no desempenho dos tribunais por duas vias principais.

Em primeiro plano, temos que o nível de desenvolvimento afeta a modalidade e o grau de litigiosidade social e, portanto, de litigiosidade judicial. Inegável a constatação de que uma sociedade rural, marcada por uma economia de subsistência, não gera o mesmo tipo de litígio que uma sociedade fortemente urbanizada e com uma economia desenvolvida. De se destacar, ainda, que os sistemas políticos nos países de modernidade tardia têm sido, em geral, muito instáveis, com períodos mais ou menos longos de ditadura alternados com períodos mais ou menos curtos de democracia de baixa intensidade. Tal circunstância acarreta forte impacto no âmbito da função judicial. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Tomando em conta a inter-relação entre a função judicial e o sistema político, temos que os três períodos anteriormente abordados não se ajustam de forma exata às trajetórias históricas dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Isto acontece porque:

*[...] durante o período liberal, muitos desses países eram colônias e continuaram a sê-lo por muito tempo (os países africanos); outros só então conquistaram a independência (os países latino-americanos). Por outro lado, o Estado providência é um fenômeno político exclusivo dos países centrais. As sociedades periféricas e semi-periféricas caracterizam-se em geral por chocantes desigualdades sociais que mal são mitigadas pelos direitos sociais e econômicos, os quais, ou não existem, ou, se existem, têm uma deficientíssima aplicação. Aliás, os próprios direitos da primeira geração, os direitos cívicos e políticos, têm uma vigência precária, fruto da grande instabilidade política em que têm vivido esses países, preenchida com longos períodos de ditadura. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)*

A precariedade dos direitos revela-se como consequência direta da fragilidade do regime democrático, e, desta forma, o tema relativo à independência dos tribunais se coloca de forma diversa nos países da periferia e nos países centrais. Nestes últimos, os três períodos anteriormente referidos correspondem a três tipos de prática democrática desenvolvidos em um ambiente de estabilidade, o que não ocorreu nos países periféricos, que viveram, nos últimos cento e cinquenta anos, longos períodos de ditadura. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*). Explicitando essa idéia:

*A independência, segundo a matriz liberal, dominante no primeiro período, é atribuída aos tribunais na exata medida em que estes são politicamente neutralizados por uma rede de dependências de que destacamos três: o princípio da legalidade que conduz à subsunção lógico-formal confinada à microlitigação; o caráter reativo dos tribunais que os torna dependentes da procura dos cidadãos; e a dependência orçamental e administrativa em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Ora, é este o tipo de independência que domina nos países periféricos e semi-periféricos até os nossos dias e talvez só agora esteja a ser confrontado com os tipos mais avançados de independência. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)*

Como se compreende, as situações variam enormemente de país para país. No que respeita ao caso que mais nos interessa, o dos países semi-periféricos, a consolidação dos direitos cívicos e políticos é muito superior à dos direitos da segunda ou da terceira geração. Essa discrepância é fundamental para compreender o desempenho judicial nesses países e as vicissitudes da luta pela independência face aos outros Poderes.

Nos países que passaram por processos de transição democrática nas três últimas décadas, os tribunais só muito lenta e fragmentariamente têm assumido a sua co-responsabilidade política na atuação providencial do Estado. A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nesses países, enorme, e os tribunais têm sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la. Os fatores dessa tibieza são muitos e variam de país para país. Entre eles podemos apontar, sem qualquer ordem de precedência: o conservadorismo dos magistrados, incubado em faculdades de Direito intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepções retrógradas da relação entre Direito e sociedade; o desempenho rotinizado assente na justiça retributiva, politicamente hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparado para ela; uma cultura jurídica “cínica” que não leva a sério a garantia dos direitos, caldeada em largos períodos de convivência ou cumplicidade com maciças violações dos direitos constitucionalmente consagrados, inclinada a ver neles simples declarações programáticas, mais ou menos utópicas; uma organização judiciária deficiente com carências enormes tanto em recursos humanos como em recursos técnicos e materiais; um Poder Judicial tutelado por um Poder Executivo, hostil à garantia dos direitos ou sem meios orçamentais para a levar a cabo; a ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos; um direito processual hostil e antiquado. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

Tal constatação não impede o reconhecimento de que, no Brasil, desde a década de 1980, alguns membros do Poder Judiciário assumiram uma postura mais ativa e agressiva na defesa dos direitos fundamentais. Esta nova forma de interpretar o ordenamento jurídico mostra-se mais presente entre os juízes de primeira instância, ou seja, entre os que estão mais próximos das flagrantes discrepâncias entre igualdade formal e justiça social, que criaram uma corrente jurisprudencial assente na constitucionalização do direito ordinário e orientada para uma tutela mais efetiva dos direitos, valendo destacar as questões inerentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão. (SANTOS *et al*, 2009, *on line*)

No próximo tópico, analisaremos as mudanças que esta nova forma de interpretação acarretou especificamente no campo das possibilidades e dos limites do controle jurisdicional das políticas públicas.

4.3. Controle jurisdicional das políticas públicas: mudança de paradigmas

Tomando como ponto de partida o fato de que a efetiva implementação dos direitos sociais demanda a elaboração e o cumprimento de políticas públicas e, além disso, a circunstância de que a previsão orçamentária de recursos para tanto se revela absolutamente imprescindível, mostra-se necessária a investigação em torno da possibilidade dos Poderes Executivo e Legislativo serem compelidos, por força de decisão judicial, a darem cumprimento às políticas públicas constitucionais vinculativas, valendo destacar que o controle jurisdicional das políticas públicas acarretará, em última análise, na definição do conteúdo, da extensão e do momento de implantação de um “programa público que implique a inversão de recursos estatais, do que resulta um controle que pode anteceder ou suceder a prática de atos administrativos concretos”. (APPIO, 2006, p. 110)

Em tese, diante do que estabelece o art. 5º, XXXV,¹⁴⁵ da Constituição Federal de 1988, não se pode excluir a possibilidade de que as políticas públicas, voltadas para a implementação dos direitos fundamentais sociais, sejam submetidas ao controle jurisdicional.

Entretanto, na prática, a análise de tal possibilidade, a partir da dicção de normas constitucionais, caracteriza-se como tarefa que desafia uma série de obstáculos.¹⁴⁶

Dentre esses obstáculos, temos, em primeiro plano, o fato de que o Poder Judiciário não é o gestor do orçamento dos entes federados e, por essa razão, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global das receitas e despesas públicas, valendo ressaltar que, por outro lado, o Judiciário, dentro de um regime constitucional democrático-pluralista, não pode ser o único idealizador das políticas públicas. (GONÇALVES, 2006, p. 216)

Apesar de tais dificuldades, é preciso destacar que, se o Poder Judiciário não pode formular e executar políticas públicas, é capaz, contudo, de controlá-las sob o prisma constitucional, sobretudo no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. Assim, é possível a afirmação de que “alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo,

¹⁴⁵ Art. 5º, XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁴⁶ Oportuna a abordagem de Frank Michelman: “Na constitucionalização de direitos sociais, usualmente o Judiciário é forçado a uma infeliz escolha entre a usurpação e a abdicação, opção da qual não se consegue fugir sem embaraço ou descrédito. De um lado, é dito, está a escolha judicial em emitir ordens positivas, numa pretenciosa, inexperiente e provavelmente vã, mas apesar disso, ressentida tentativa de rearranjo do gerenciamento das mais básicas prioridades em termos de recursos públicos contra a vontade política dominante. De outro lado, encontra-se a escolha judicial que pode depreciar perigosamente toda a eficácia dos direitos e dos princípios do Estado de Direito cedendo aos Poderes Executivo e Legislativo um incontrolável privilégio no que diz com a negação do direito constitucionalmente declarado”. (MICHELMAN, 2005, p. 135)

sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista”. (GONÇALVES, 2006, p. 216-217)

Corroborando tal assertiva:

As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais, como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal, sendo limitadas pelas normas programáticas constitucionais. Onde o processo político (Legislativo e Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos. (KRELL, 2000, p. 55-56)

Com essas primeiras observações, questiona-se: até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando a implementação de políticas públicas pertinentes aos direitos sociais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos Poderes que constituem o Estado Democrático de Direito?

Preparado para tratar de questões rotineiras e triviais nos planos cível, comercial, penal, trabalhista, tributário e administrativo, fato decorrente de uma visão extremamente rigorosa, do ponto de vista lógico-formal, a respeito do sistema jurídico, postura esta que inibe toda e qualquer tendência de vanguarda dos magistrados no sentido de adotarem soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Poder Judiciário revela-se tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras, sobretudo daquelas em que os juízes são chamados a enfrentar o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam os direitos fundamentais. Percebe-se, assim, que os direitos sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativa e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça burocraticamente inepta, administrativamente e processualmente superada e, portanto:

[...] ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter inter-grupal, inter-comunitário e inter-classista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas socioeconômicos e as leis em vigor. Trata-se do fosso revelado pela crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação “praeter legem”, com finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha da pobreza. (FARIA, 1994, p. 50)

Na busca de iniciarmos o caminho que poderá nos conduzir a uma resposta satisfatória ao questionamento proposto, acreditamos que o primeiro passo está na constatação de que a discricionariedade do administrador público, sobretudo na esfera dos direitos fundamentais, com expressa previsão constitucional, não se mostra absoluta e inafastável, podendo, sim, ser alvo de controle jurisdicional.

A atuação administrativa está sujeita a dois limites essenciais, quais sejam, o interesse público e a legalidade, motivo pelo qual o Poder Judiciário deve observar o ordenamento jurídico não só formalmente, mas também de maneira substancial. Desta constatação decorre o entendimento de que a razoabilidade e a proporcionalidade podem ser vistas como desdobramentos da legalidade, caracterizando o que se pode denominar “legalidade substancial”. Em outros termos:

[...] através do princípio da proporcionalidade / razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e seus agentes. Por isso constitui instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação. Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade. Se não se mantiverem, esses atos serão ilegais, não estarão realizando os objetivos da lei. Mesmo que formalmente aparentem legalidade, serão ilegais se não estiverem se mantendo dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há também na doutrina alemã a expressão “proibição do excesso” que para muitos é sinônima desses princípios. (AUTRAN, 2009, on line)

Dessa forma, em determinadas situações é possível um controle da discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de “políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas”. (AUTRAN, 2009, on line)

Assim, sempre que no âmbito judicial for deduzida pretensão relacionada à implementação de políticas públicas com tais características, o Poder Judiciário deverá marcar o seu papel de efetivo garantidor dos direitos sociais, não deixando ao desamparo o cidadão.

A respeito dessa nova possibilidade de atuação dos juízes é preciso salientar que alguns paradigmas, antes colocados como escudo à isenção do Poder Judiciário, sobretudo em períodos marcados pelo sistema liberal e pela ideologia burguesa, hoje são encarados como empecilhos à realização da justiça. Como exemplos de tais paradigmas podem ser relacionados: a distância política do magistrado; a tripartição estática dos Poderes; o julgamento cego conforme a lei; o formalismo procedimental; a equidistância dos juízes

das partes, entre outros. Para que tal concepção seja superada mostra-se necessária uma mudança de perfil da Magistratura, passando a observar com mais atenção o sentido político de suas funções. (BITTAR, 2005, p. 311)

Ao Poder Judiciário cabe não se afastar dos superiores interesses sociais, mostrando-se aberto às decisões que repercutirão de maneira relevante no cotidiano do indivíduo, deixando no passado concepções doutrinárias e jurisprudenciais que hoje se mostram despidas da realidade a que o juiz deve estar atento quando julga e, assim, decide os caminhos que serão trilhados pela sociedade.

Se é certo que o Judiciário não fez muito para implementar os direitos humanos e sociais conseguidos pela Constituição de 1988, há que se valorizar o “pouco” que realizou. Obrigados a enfrentar o desafio de ajustar a função judicante a uma sociedade em mudança e em crise, os segmentos mais jovens da Magistratura, posicionados basicamente na primeira instância, revelam uma maior consciência de que o crescimento econômico do País não levou ao que deveria ter sido um de seus resultados mais importantes – uma sociedade equilibrada, integrada, harmoniosa e solidária. Mesmo que de forma ainda incipiente, alguns setores da Magistratura estão provocando certas mudanças na atuação da Justiça, ampliando o campo de atuação judicial dos movimentos sociais e dos grupos de assessoria jurídica popular. “São mudanças de caráter processual, permitindo a tais movimentos jurídicos provocar decisões baseadas em critérios de racionalidade material e bloquear sentenças ditadas exclusivamente com base em critérios lógico-formais”. (FARIA, 1994, p. 52)

Dentre as circunstâncias que apontam para o entendimento de que o Poder Judiciário mostra-se mais aberto à possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas pertinentes aos direitos sociais, apresentamos três que, ao nosso ver, merecem especial destaque.

A primeira dessas circunstâncias tem como pano de fundo a cristalização da consciência de que em toda interpretação sempre há algum grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade, sendo que tal suporte hermenêutico traz a alguns magistrados a visão de que dispõem de um poder normativo superior ao que detinham no passado recente, sobretudo em face das “zonas cinzentas” que, no campo dos direitos fundamentais sociais, decorrem das normas jurídicas marcadas pelo seu conteúdo programático. Por outro lado, a abstração normativa começa agora a dar lugar à tópica e à teoria da argumentação, vistas como estratégias de superação do dedutivismo lógico-formal, e à teoria da concreção, encarada como critério de decidibilidade. A partir desta constatação temos a abertura de espaço para uma hermenêutica crítica, que se concentra nas origens dos conflitos que

demandam sentenças judiciais, afirmando que só pela crítica ideológica é que se conseguirá depurar o Direito de seus condicionamentos socioeconômicos implícitos. Também é possível registrar que o formalismo tem sido temperado por algumas atitudes pragmáticas, permitindo aos magistrados um novo posicionamento diante das normas que demandam regulamentação, como é o caso de muitos dos direitos sociais assegurados pela Constituição mas que, na prática, são letra morta por não terem sido objeto de leis complementares. (FARIA, 1994, p. 52-53).

Assim, mostra-se evidente a imprescindibilidade da atuação efetiva do Poder Judiciário no campo das políticas públicas enquanto instrumentos de implementação dos direitos fundamentais sociais. A respeito desta importância temos que:

[...] se toda a corporação judicial não renovar a sua cultura técnico-profissional, permanecendo atrelada a uma visão de mundo liberal-clássica sem compreender que quanto mais programáticas forem as normas dos direitos sociais maior é o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais, o Judiciário corre o sério risco de ver a ordem jurídico-positiva fragmentada e despedaçada por uma sociedade dividida, contraditória e explosiva; uma sociedade que, nos segmentos mais desfavorecidos, não tem achado socorro tanto na Constituição quanto na imensa profusão de leis e códigos em vigor. [...] Se o Judiciário não souber despertar para a realidade social, política e econômica do País, aprendendo a lidar com os conflitos grupais, comunitários e classistas nela subjacentes, mais cedo do que se imagina poderá passar a ser considerado uma instituição irrelevante ou até mesmo “descartável”, por parte da sociedade. O grau de descartabilidade corresponderá, nesse caso, ao grau de fraqueza do Estado de Direito tão arduamente conquistado. (FARIA, 1994, p. 56-57)

Atualmente, o que se coloca como problema básico do Poder Judiciário não é apenas julgar conforme a lei. Tal constatação decorre de um quadro social cada vez mais complexo em virtude de demandas profundamente relevantes, sendo que, dentro deste contexto, não é apenas o Poder Judiciário que está em cheque, mas sim todo o Estado, toda a composição política da sociedade brasileira. A questão fundamental não está em saber se o melhor modelo é o Estado intervencionista (“Estado máximo”) ou o Estado liberal (“Estado mínimo”), mas sim a solução pertinente a quem deve ficar mais rico e quem deve ficar mais pobre, na tentativa de se alcançar uma sociedade mais justa. (LOPES, 2005-A, p. 85)

Aprofundando esta abordagem:

Como nunca, está em jogo perante o Poder Judiciário a questão fundamental da justiça distributiva no Brasil. Se até agora sua formação intelectual, ideológica, profissional habilitou-o, com tantas e tantas insuficiências, claro está, a exercer suas funções em casos marcados por disputas de trocas justas ou injustas, hoje o problema principal é o de distribuir justamente as vantagens e desvantagens comuns aos cidadãos todos. Com a devida atenção ao fato de que o Judiciário subordina-se à lei de um lado, e de outro precisa estar preparado para reconhecer os limites e os avanços legais no que diz respeito aos direitos subjetivos à distribuição dos recursos sociais, e com a devida atenção ao que já se pode saber dos efeitos perversos que decisões judiciais podem trazer, seja negando

reiteradamente a justiça distributiva, seja reforçando as posições adquiridas sob um regime iníquo econômico e politicamente, há um papel problemático na sua função tradicional. (LOPES, 2005, p. 142)

Em um contexto marcado pela crise do Estado social, o Poder Judiciário ganha uma função especial voltada para o controle das políticas públicas, visando garantir a plena eficácia dos programas de ação social. Tal tarefa não se revela simples nem mesmo rotinizada. “Entretanto, sem essa atuação do Judiciário a democracia corre sérios riscos. Essa é a função política do Judiciário: promover o acoplamento estrutural entre a Política e o Direito por intermédio da aplicação da Constituição”. (CAMPILONGO, 2002, p. 108)

Essa constatação faz surgir o tema denominado pela doutrina como “politização do Direito” ou “judicialização da Política”, trazendo à tona algumas indagações, tais como: o que significa a “politização da Magistratura”? É um bem? Um perigo inevitável? Um mal a ser combatido a todo custo? Em que medida o juiz imparcial, que tem na lei a pauta de orientação de suas condutas e que não pretende suprir os deficits do sistema político, é um juiz-político? Imparcialidade, legalidade e cumprimento de uma precisa função constitucional não são os elementos próprios do modelo liberal de judicatura? Onde, conseqüentemente, encontrar a propalada “politização”? (CAMPILONGO, 2002, p. 57 e 60)

Na tentativa de buscarmos respostas a tais indagações, temos que na relação entre os sistemas político e jurídico, a Constituição e os tribunais exercem a peculiar função de permitir o “acoplamento estrutural” entre tais sistemas. Cada sistema mantém sua integridade, sua clausura operacional, e continua a operar com base em seus mecanismos específicos ou auto-referenciais. Entretanto:

[...] os sistemas estruturalmente acoplados estão abertos a influências recíprocas, que permitem uma multiplicação das chances de aprendizagem na comunicação intersistêmica. E tudo isso sem que os sistemas político e jurídico se descaracterizem. É Luhmann quem destaca o fato “de que os programas do sistema jurídico não podem determinar completamente as decisões dos tribunais”.¹⁴⁷ Conseqüentemente, a legislação e sua aplicação pela Magistratura estão sempre expostas a uma constante irritação proveniente do sistema político. A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a Magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da Magistratura, nesses termos, é algo inevitável. (CAMPILONGO, 2002, p. 60-61)

¹⁴⁷ A citação é de Niklas Luhmann. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. In: Revista Ajuris, n. 49, 1990.

Em que pese todas as dificuldades decorrentes da interpenetração dos sistemas jurídico e político, é possível afirmar que, por óbvio, “os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos”. (COSTA, 2006, *on line*).

Ao juiz cabe a tarefa de interpretar e aplicar as normas constitucionais sobre direitos fundamentais e, para tanto, tem de se munir de conhecimentos e critérios de ação que permitam descobrir o sentido e a finalidade última de tais normas. Interpretar e aplicar a Constituição equivale a ir ao encontro dos valores mais profundos da vivência e do Direito de um povo; é saber impregnar-se desses valores e juntar ao imprescindível domínio da técnica jurídica o conceito humanista de que “a Constituição é para as pessoas, e não as pessoas para a Constituição”. (MIRANDA, 1998, p. 33-34)

Nesse sentido, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45,¹⁴⁸ na qual figurou como Relator o Ministro José Celso de Mello Filho, afirmou a possibilidade de que as políticas públicas sejam alvo de controle jurisdicional, nos seguintes termos:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, [...] – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

A doutrina embasa o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” (“Ausgestaltungsspielraum”). Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da Constituição. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A

¹⁴⁸ ADPF Nº 45. Procedência: Distrito Federal. Relator: Min. José Celso de Mello Filho. Partes: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) X Presidente da República. Matéria: Processo legislativo - Lei de Diretrizes Orçamentárias - Lei nº 10.707/03 - Art. 59, § 2º - Saúde Pública. Julgada em: 29.04.2004.

apreciação dos fatos econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos Governos e Parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos e disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da separação dos Poderes [...]. Nesse ponto, é de ressaltar que “a consolidação dos direitos sociais e sua conseqüente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política”.¹⁴⁹

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. Esta obrigação, segundo Bidart Campos, é universal e existe “frente a todos”, devendo o Estado “desenvolver e executar políticas de bem-estar no vasto campo das necessidades primárias dos homens que se encontram numa situação de hipossuficiência, marginalidade e carência. Políticas de emprego, políticas alimentárias, políticas habitacionais, políticas de educação e saúde, etc.”.¹⁵⁰ Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (KRELL, 2002, p. 22-23)

Dentro dos parâmetros apresentados tanto pela Corte Suprema quanto pela mais autorizada doutrina, temos que, em linhas gerais, o Poder Judiciário pode atuar no campo das políticas públicas diante de duas situações distintas: a primeira delas relativa à hipótese na qual se verifica a ausência completa da política; a segunda, quando se constata que determinada política mostra-se insuficiente.

Com relação à primeira hipótese, devemos observar que quando um direito não está expresso na Constituição, o seu descumprimento ocasiona uma omissão simples, incapaz de gerar qualquer efeito do ponto de vista jurídico; entretanto, quando determinado direito encontra-se previsto em norma constitucional, “a sua não efetivação passa a configurar uma omissão qualificada que implica possibilidade de existir controle dessa omissão”. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 68)

¹⁴⁹ A citação é de José Alcebiades de Oliveira Júnior. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 75.

¹⁵⁰ A citação é de Germán José Bidart Campos. *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 49.

Não se mostra possível afastar a justiciabilidade de um direito. Retirar essa característica de determinado direito significa transformá-lo em um mero favor ou em uma obrigação moral. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 68)

Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Nessa hipótese, o que se constata é uma arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida, valendo lembrar que a Constituição prevê, de forma taxativa, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), sendo que uma interpretação adequada deste dispositivo leva à conclusão de que não somente a lei, mas também os atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo ou Executivo não podem ficar sem controle. “Disso se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário”. (FREIRE JÚNIOR, 2008, p. 71)

Outra possibilidade é aquela decorrente da constatação de que existe apenas uma omissão parcial da política pública posto que ou ela é insuficiente para atender determinada demanda, ou o critério adotado pela política pública exclui certos grupos ou cidadãos de sua abrangência. (FREIRE JÚNIOR, 2008, p. 81)

Os direitos fundamentais, ainda que submetidos a uma eficácia progressiva, exigem o cumprimento integral do seu âmbito de proteção, pelo que o seu amparo parcial deve ser objeto de questionamento, inclusive perante o Poder Judiciário. (BREUS, 2007, p. 261)

A omissão parcial ocorre “quando o censurável silêncio transgressor do Poder Público ocorre somente em parte, ou seja, o Poder Público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição”. (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 122)

Procurando deixar mais claros os contornos da omissão parcial temos que ela:

[...] está umbilicalmente ligada ao princípio da igualdade. Frise-se que, para tal desiderato, a conhecida definição da igualdade em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, frase de enorme impacto retórico, não contribui para a solução do problema, posto que não define os critérios para o estabelecimento da igualdade ou desigualdade.

[...]

Não pode o Estado escolher quem serão os destinatários de políticas públicas, uma vez que elas devem ter uma abrangência global.

Interessante observar que, da atuação parcial do Estado, há para o indivíduo um novo direito fundamental constitucional a amparar sua pretensão, que é exatamente o princípio da igualdade. Efetivamente, além do fundamento originário (por exemplo, direito à educação ou à saúde), há outro fundamento, também de estatura constitucional, que é o direito à igualdade de prestações. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 82-84)

São os mecanismos decorrentes dos princípios da proporcionalidade¹⁵¹ e da razoabilidade que permitem verificar se uma determinada prestação estatal, vinculada a uma política pública pertinente aos direitos sociais, é, ou não, insuficiente e, portanto, corresponde a uma violação do texto constitucional que deve ser alvo de controle mediante a intervenção do Poder Judiciário. (BREUS, 2007, p. 261)

O princípio da proporcionalidade encontra fundamento normativo em dois cânones da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a vertente substancial do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV) e o princípio do Estado de Direito, que na ordem constitucional vigente assume a feição de Estado Democrático de Direito (art. 1º). (DITTRICH, 2006, p. 172)

A interpretação constitucional deve estar marcada por uma visão proporcional dos elementos constitutivos da Carta Magna, “não entendida a proporcionalidade apenas como adequação meio/fim. Proporcionalidade significa, sobretudo, que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”. (FREITAS, 2003, p. 246)

É preciso observar que a construção de qualquer dogmática que busque o controle jurisdicional das políticas públicas depende, antes de qualquer outra providência, da identificação dos parâmetros aplicáveis a tal modalidade de controle.

Com efeito, controlar as decisões dos Poderes Executivo e Legislativo no campo das políticas públicas importará em concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, o administrador e o legislador estão obrigados a adotar certas providências. “Significará, também, firmar que determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que as metas

¹⁵¹ Sobre o princípio da proporcionalidade, Willis Santiago Guerra Filho: “Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu ‘núcleo essencial’, onde se acha insculpida a dignidade humana. Aquele princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria opção política maior de nosso legislador constituinte, a de instituir um ‘Estado Democrático de Direito’ (v. o ‘Preâmbulo’ da Constituição da República de 1988), pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa que é a ‘fórmula política’ (Pablo Lucas Verdú) mais avançada da atualidade, a qual postula o respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos, a fim de que haja o maior atendimento possível de certos princípios – onde esses interesses se traduzem em valores –, com a mínima desatenção dos demais”. (GUERRA FILHO, 2003, p. 269-270) Com a complementação de Robert Alexy: “O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais soa: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”. (ALEXY, 1999, p. 77-78)

prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas”. (BARCELLOS, 2005, p. 93)

As questões a serem respondidas, por meio dos parâmetros que devem ser construídos para o controle das políticas públicas, são as seguintes: por que determinada política pública pode ser considerada prioritária em relação a outra? O que decorre da Constituição como atividade juridicamente vinculada e o que está na esfera da decisão política? (BARCELLOS, 2005, p. 93-94)

A definição de tais parâmetros não se mostra tarefa simples, sendo que eles devem ser extraídos de forma consistente do texto constitucional.

É certo que os fins constitucionais podem ser descritos como a realização da dignidade humana e a promoção e proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, essa assertiva é excessivamente genérica e produzirá pouca repercussão prática. Buscando um enfoque mais específico a respeito do tema, podemos asseverar que a indagação que realmente importa pode ser assim formulada: “a partir das metas gerais de promoção e proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o que o Poder Público está efetiva e especificamente obrigado a fazer em caráter prioritário, autorizando assim o controle judicial?”. (BARCELLOS, 2005, p. 94)

É preciso lembrar que muitos dos direitos fundamentais, assim como a dignidade humana, são alvo de princípios constitucionais que, por sua estrutura, admitem uma realização progressiva e bastante ampla. Por este motivo, é necessário esclarecer em que medida, de fato, a Constituição vincula, do ponto de vista jurídico, a definição das políticas públicas e, assim, estabelece os parâmetros que poderão ser utilizados. (BARCELLOS, 2005, p. 94)

Dentro desse quadro, mostra-se possível apontar ao menos três modalidades diferentes de parâmetros de controle: em primeiro plano, podemos apontar um parâmetro puramente objetivo, vinculado à quantidade de recursos que deverá ser aplicada em políticas públicas destinadas a realizar determinadas finalidades constitucionais. (BARCELLOS, 2005, p. 94)

Essa primeira modalidade de parâmetro é, sem dúvida, a mais simples e objetiva e de emprego mais fácil. Do ponto de vista da sua utilização, bastam duas operações: a) apurar a quanto correspondem os percentuais referidos pela Constituição em matéria de saúde e educação, considerando a arrecadação dos impostos referidos nos dispositivos e o valor total da receita gerada pelas contribuições; e b) verificar se tais recursos estão

efetivamente sendo investidos em políticas públicas vinculadas aos referidos fins constitucionais.¹⁵² (BARCELLOS, 2005, p. 95-96)

Um segundo parâmetro de controle que se pode construir a partir do texto constitucional diz respeito ao resultado final esperado da atuação estatal. Aqui, o que se busca é a identificação dos bens mínimos que devem ser disponibilizados pelo Estado no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. A construção deste segundo parâmetro envolve um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas prioritariamente. Exemplificando:

É possível afirmar que o Estado brasileiro está obrigado a, prioritariamente, oferecer educação fundamental a toda a população, sem qualquer custo para o estudante (CF, art. 208, I).¹⁵³ Os recursos públicos disponíveis, portanto, devem ser investidos em políticas públicas capazes de produzir esse resultado até que ele seja efetivamente atingido. Enquanto essa meta concreta não houver sido alcançada, outras políticas públicas não prioritárias do ponto de vista constitucional terão de aguardar. (BARCELLOS, 2005, p. 96)

O terceiro parâmetro, este mais complexo, envolve o controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas, ou seja, dos meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as metas constitucionais. “Essa modalidade de parâmetro poderá ser utilizada em conjunto com as anteriores, que envolvem, como se viu, não o processo para alcançar as metas constitucionais, mas a definição das próprias metas”. (BARCELLOS, 2005, p. 97)

A escolha dos meios pelos quais as finalidades constitucionais podem ser alcançadas caracteriza-se como atividade reservada pela Constituição à definição político-majoritária. Desta forma, é possível dizer que a Constituição fixa, de forma vinculante, fins ou

¹⁵² Detalhando as previsões constitucionais pertinentes aos investimentos em educação e saúde, os apontamento de Ana Paula de Barcellos: “(i) o art. 212 dispõe que: ‘a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino’; (ii) o art. 198, § 2º, dispõe que ‘a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, I, ‘a’, e II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto arrecadado dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, ‘b’, e § 3º’; e (iii) a receita obtida pelas contribuições sociais previstas no art. 195 deve ser investida no custeio da seguridade social, cujo objetivo é assegurar, nos termos dos arts. 194 e 195, direitos relativos à saúde, à educação e à assistência social”. (BARCELLOS, 2005, p. 94-95)

¹⁵³ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo Poder Público; entretanto, encontra-se na esfera de discricionariedade do administrador a definição dos meios voltados para a concretização desses fins. De que parâmetro de controle se poderia falar aqui? Se na construção de qualquer parâmetro de controle é preciso especial cuidado para não invadir, com o Direito, o espaço próprio da Política, tal cuidado deve ser redobrado quando este parâmetro implique na limitação do espectro das escolhas do administrador em matéria de políticas públicas. (BARCELLOS, 2005, p. 97-98)

Mesmo diante de tal dificuldade, mostra-se razoável conceber parâmetros de controle para o fim de eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais. O objetivo do parâmetro é assegurar uma eficiência mínima às ações estatais e seu fundamento decorre da vinculação do Estado às metas constitucionais. (BARCELLOS, 2005, p. 98) Com maior detalhamento:

Na realidade, a vinculação jurídica dos fins constitucionais não se reduz a um mero pretexto histórico. Ou seja: a capacidade da autoridade pública de associar suas políticas públicas aos fins constitucionais por meio de argumentação retórica não satisfaz a imposição constitucional. As políticas públicas têm de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que [...] são sempre escassos em face das necessidades existentes. É bem de ver que, salvo diante de situações extremas, o intérprete jurídico dificilmente terá condições de avaliar, sozinho, se a política pública adotada pela autoridade é minimamente eficiente. Nesse ponto, será indispensável a comunicação do Direito com outros ramos do conhecimento, que poderão fornecer essa espécie de informação ao jurista com consistência científica. Não se trata, repita-se, de julgar entre eficiências maiores ou menores, nem de substituir a avaliação política da autoridade democraticamente eleita pela do juiz, mas apenas de eliminar as hipóteses de ineficiência comprovada. Assim, se houver consenso técnico-científico de que o meio escolhido pelo Poder Público é ineficiente, ele será também juridicamente inválido, pois não se poderá considerá-lo um meio legitimamente destinado a realizar o fim constitucional. (BARCELLOS, 2005, p. 98)

A aplicação dos parâmetros de controle jurisdicional das políticas públicas até aqui elencados depende da disponibilização de informações a respeito: a) dos recursos públicos existentes; b) da previsão orçamentária; c) da execução orçamentária.

Importante ressaltar, neste ponto, que o acesso a tais informações mostra-se imprescindível para muito além da possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas. Seu vínculo direto é com a prerrogativa assegurada ao povo de exercer o controle político sobre a atuação do Estado. Em suma: “a sonegação dos dados sobre receitas e despesas públicas inviabiliza os controles jurídico e político e nessa medida poderá exigir

soluções jurídicas que assegurem, coativamente se necessário, o acesso à informação”. (BARCELLOS, 2005, p. 100)

Com alicerce no que foi até aqui exposto, surge o momento de formularmos uma nova indagação: uma vez que os parâmetros sejam fixados e se verifique, em determinado momento e circunstância, que eles não foram observados, que conseqüências a ordem jurídica atribuirá a este fato? (BARCELLOS, 2005, p. 100)

Partindo do pressuposto de que os parâmetros aqui apresentados caracterizam-se como regras construídas a partir do texto constitucional, ou seja, regras jurídicas dotadas de superioridade hierárquica e centralidade no sistema jurídico, sua violação deverá acarretar conseqüências jurídicas, seja para punir o infrator, para impedir que o ato praticado em descumprimento da regra produza efeitos, ou ainda para impor a observância da regra. Isto é, em um primeiro momento é possível vislumbrar um tipo de penalidade aplicável ao responsável uma vez que se verifique o não oferecimento, *e.g.*, de educação fundamental ou de atendimento médico básico a toda população. Também se mostra possível, em um segundo instante, conceber que o Estado seja proibido de gastar com, *e.g.*, publicidade governamental, até que as metas prioritárias estabelecidas pela Constituição sejam alcançadas. Em terceiro lugar, pode-se cogitar do Poder Judiciário ser autorizado a impor aos demais Poderes Públicos o investimento nas metas constitucionais. (BARCELLOS, 2005, p. 101)

Como se percebe, existe uma gradação nesses três grupos de conseqüências possíveis: punição, ineficácia do ato que viola a regra e possibilidade de, substitutivamente ao agente competente, produzir coativamente o que foi determinado pela Constituição. Esta última possibilidade é a que mais eficientemente realiza os efeitos pretendidos pela regra constitucional construída por meio dos parâmetros anteriormente abordados, mas é também a que mais interfere nas atribuições próprias do espaço político. As duas outras possibilidades impõem apenas indiretamente a realização das pretensões constitucionais, preservando o espaço de escolha da instância política. O equilíbrio possível entre tais elementos deve ser levado em conta na construção dos instrumentos de controle. (BARCELLOS, 2005, p. 101)

Dentro de cada uma das três categorias mencionadas é possível visualizar uma série de possibilidades, algumas delas indicadas pelo próprio texto constitucional. Assim:

[...] nos termos do art. 208, § 2º,¹⁵⁴ o não oferecimento de educação fundamental nos termos previstos na Constituição desencadeia a responsabilidade pessoal da autoridade competente. Ainda no campo da incidência de penalidades, é possível cogitar a

¹⁵⁴ Art. 208, § 2º. O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

responsabilidade política, na figura do crime de responsabilidade, da autoridade que atenta contra a Constituição e, especialmente, contra “o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais” (CF, art. 85).¹⁵⁵ O não investimento dos mínimos exigidos em educação e saúde autoriza, como se sabe, a intervenção federal nos Estados e dos Estados nos Municípios (CF, arts. 34, VII, “e”,¹⁵⁶ e 35, III¹⁵⁷), cabendo ao interventor levar o ente federativo a obedecer à Constituição. (BARCELLOS, 2005, p. 101-102)

Não restam dúvidas de que a aplicação de tais parâmetros pertinentes ao controle jurisdicional das políticas públicas, bem como vencer as dificuldades deles decorrentes, não se caracteriza como tarefa simples. Por este mesmo motivo, mostra-se necessária uma especial atenção da doutrina:

[...] sem a soberba de pretensos reis filósofos, mas com a missão de transformar o discurso da juridicidade, superioridade e centralidade das normas constitucionais em geral, e dos direitos fundamentais em particular, em técnica aplicável no cotidiano da interpretação e aplicação do direito. E uma vez que o discurso se transforme em técnica, a técnica poderá se transformar em diferença real para as pessoas que vivem em um Estado de Direito Constitucional. (BARCELLOS, 2005, p. 102)

Assim, quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais, a aplicação progressiva e coerente das normas constitucionais depende também de uma evolução ética profissional da Magistratura e da redução da sua dependência em relação ao Poder Executivo. (KRELL, 2000, p. 59)

Face aos problemas sociais candentes de um país periférico como o nosso, o princípio tradicional da separação dos Poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes das das nações centrais ricas.

Temos como certo que ainda não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais do direito brasileiro voltados para o controle judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas (ação civil pública, ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, por exemplo). Tal circunstância revela a necessidade de que o Poder Judiciário assumira posição diferenciada no que diz respeito à implementação das políticas sociais e também no que tange ao controle da qualidade dos serviços públicos, “com ênfase no novo papel – também político – dos juízes

¹⁵⁵ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais.

¹⁵⁶ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] b) direitos da pessoa humana.

¹⁵⁷ Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo”. (KRELL, 2000, p. 59-60)

A fim de buscarmos os exatos contornos das possibilidades e dos limites do controle jurisdicional das políticas públicas, sobretudo no campo dos direitos fundamentais sociais, passaremos a analisar, de forma mais detida, alguns dos entraves que freqüentemente são colocados face à atuação do Poder Judiciário nesse âmbito.

4.4. Separação dos Poderes do Estado: novos contornos para a discricionariedade administrativa

A história do direito público pode ser compreendida como uma progressiva extensão do espectro do controle jurídico sobre a ação estatal. “Inseridas neste processo, as omissões administrativas na implementação das situações jurídicas prestacionais constituem o último bastião onde a liberdade das autoridades públicas mantém-se praticamente incontestada”. (GOUVÊA, 2003, p. 14)

Dentro dessa perspectiva, temos que um dos entraves constantemente lançados no que diz respeito à possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, sobretudo daquelas pertinentes à implementação dos direitos sociais, corresponde à alegação de que o Poder Judiciário não pode avançar, por meio de suas decisões, no âmbito da esfera de discricionariedade do administrador público, sob pena de se desnaturar o princípio da separação dos Poderes.¹⁵⁸

A doutrina da separação dos Poderes foi idealizada por Montesquieu muito mais como um preceito da arte política do que como um princípio jurídico, tendo por objetivo fundamental evitar o despotismo real. “A finalidade da separação de poderes era, como ainda o é hoje, o controle do poder e a coarctação do arbítrio”. (JORGE NETO, 2008, p. 60)

Conforme concebida por Montesquieu, a separação dos Poderes do Estado é tributária de duas idéias anteriores, desenvolvidas historicamente pelas lutas políticas inglesas, quais sejam: a *rule of law*, que tinha por objetivo assegurar a supremacia da lei sobre os demais poderes e que remonta à Inglaterra do séc. XVII, e a doutrina do *balance of powers*, que adotava a separação e independência entre os poderes como instrumento para seu controle recíproco. (JORGE NETO, 2008, p. 61)

¹⁵⁸ O art. 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A separação dos Poderes,¹⁵⁹ dentro do Estado liberal, foi concebida mediante a distinção entre: a) atividade legislativa: voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de conduta; b) atividade administrativa: que, sendo primária e espontânea, indicava que o direito deveria ser aplicado por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração; c) atividade jurisdicional: relacionada à atuação da vontade concreta da lei. (CAMBI, 2008, p. 90)

Dentro desse contexto, o Poder Judiciário seria inadequado para planejar, implementar ou dispor a respeito das políticas públicas, sendo que qualquer ação da Magistratura neste campo poderia gerar uma invasão na esfera de outro Poder, extrapolando os mecanismos de freios e contrapesos e, por tal motivo, poderia ser classificada como extrajurídica. (BREUS, 2007, p. 243)

Em geral, encontramos no Brasil uma resistência muito forte à possibilidade de controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos, resistência esta decorrente do fato de que ao administrador se reserva um amplo espaço de atuação autônoma e discricionária, sendo que suas decisões são consideradas insindicáveis no que tange à conveniência e oportunidade. (KRELL, 2000, p. 53)

Entretanto, é preciso observar que o princípio da separação dos Poderes, nos moldes concebidos pelo Estado liberal, encontra-se em franca decadência no âmbito da técnica constitucional, sobretudo após o advento do “Estado do bem-estar social”, com a dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado a partir do século XX e a conseqüente mudança da posição que deve ocupar para proteger, eficazmente, os direitos fundamentais.¹⁶⁰ (CAMBI, 2008, p. 92)

O vetusto princípio da separação dos Poderes, dotado de grande força simbólica, vem produzindo um efeito paralisante do Poder Judiciário no que tange às

¹⁵⁹ Com a observação de Eduardo Augusto Salomão Cambi: “Tecnicamente, é melhor, contudo, falar em princípio da separação das ‘funções’, uma vez que o poder estatal é um só, como bem dispõe a Constituição Federal, no parágrafo primeiro do art. 1º, ao mencionar que ‘todo poder emana do povo’”. (CAMBI, 2008, p. 90)

¹⁶⁰ Na mesma linha de entendimento, a lição de Paulo Bonavides: “Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição e, sobretudo, da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder. No que concerne ainda à figura abstrata do juiz social, este incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização; enfim, aquilo que os alemães com rigor científico costumam designar, numa feliz expressão de linguagem, por ‘Vorverständnis’ e que sói fazer na cabeça do magistrado a ‘ratio’ das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, a que se prende, doravante, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos”. (BONAVIDES, 2006, p. 587)

reivindicações de cunho social e, por isso, precisa ser alvo de uma releitura capaz de levá-lo à efetiva concretização de seu escopo original, qual seja, o de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal. (KRELL, 2000, p. 53)

O princípio da separação dos Poderes deve ser observado a partir do quadro histórico contemporâneo, em que as funções exercidas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário apresentam cada vez maior similitude e, não raro, apresentam-se sobrepostas. Além disso, os três Poderes têm por função primordial a observância das disposições constitucionais, as quais apresentam idêntica e plena normatividade. (BREUS, 2007, p. 244)

Devemos compreender que o princípio da separação dos Poderes não deve se caracterizar como “um fim em si mesmo. Somente tem sentido funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e, destarte, não pode ser invocado contra o objetivo de tutela desses direitos”. (CAMBI, 2008, p. 97)

Se, no Estado liberal, media-se o poder do Estado pela possibilidade de editar leis e, por meio delas, determinar condutas e proibir comportamentos, assegurando aos cidadãos a liberdade de ação lícita:

[...] no Estado social, o poder estatal, além de assegurar a liberdade, deve servir fundamentalmente como instrumento para que o Estado possa promover a igualdade entre seus súditos. Como proclama o art. 3º, da Constituição da República de 1988, o Estado brasileiro deve estar voltado para os seguintes objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. A consecução possível ou, quando menos, a busca de tais objetivos é o que legitima o poder estatal.

A contenção do arbítrio e a limitação do poder, que são os objetivos fundamentais da separação dos Poderes, têm, portanto, uma perspectiva diversa e mais rica no Estado pós-moderno. A igualdade é marca dessa mudança. Limitar o poder entre nós implica assegurar que o poder estatal esteja sempre a serviço da igualdade e da promoção do bem comum dos cidadãos por meio de ações positivas. (JORGE NETO, 2008, p. 64)

Dentro desse novo contexto, o Poder Judiciário não pode se restringir à tarefa pertinente à subsunção do fato à letra da lei, ou seja, não basta dizer o que é certo ou errado com base no ordenamento jurídico posto (“responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado”), devendo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados (“responsabilidade finalística do juiz”). (CAMBI, 2008, p. 97-98)

Assim, o Poder Judiciário é chamado a exercer uma função sócio-terapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isto, mais condicionado à estrita legalidade

(*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado social. (CAMBI, 2008, p. 98)

Aqui, mais uma vez se coloca o tema pertinente à aproximação dos sistemas político e jurídico. Sendo assim, mostra-se necessário observar que mesmo nas hipóteses em que a legislação seja vaga, contraditória, passível de várias interpretações ou omissa, o juiz está sempre obrigado a decidir os casos que se lhe apresentam com fundamento no ordenamento jurídico. Este procedimento, entretanto, ganha uma ampla dimensão política dentro de um contexto no qual a Constituição incorpora um extenso rol de direitos fundamentais. É preciso observar que, apesar disso, não se mostra possível imaginar que o juiz possa decidir à margem de qualquer referência interna do sistema jurídico. Dentro da perspectiva do Direito, elevadas taxas de independência e criatividade não podem representar a substituição das opções oferecidas pela Constituição por uma orientação qualquer – política, econômica, religiosa, etc. – advinda do ambiente externo ao sistema jurídico. “Isso caracterizaria uma corrupção dos códigos do Direito, ou seja, a utilização de meios de comunicação próprios de outros subsistemas (econômico, político, etc.) para resolver problemas do sistema jurídico”. (CAMPILONGO, 2002, p. 61-62)

Temos a observar, porém, que nada indica que um maior ativismo judicial implique em ruptura da imparcialidade. Do mesmo modo, não é uma incontida sede de substituição da legalidade pela equidade que atribui ao juiz papéis inéditos de mediador, árbitro, pacificador ou gestor de conflitos, mas, ao contrário, é a própria legalidade que lhe contempla essas funções. Finalmente, não é a vaidade de um protagonismo gratuito que compele a Magistratura ao centro das questões políticas: é o alargamento das esferas de ação pública que impõe o crescimento das instituições de controle do poder. (CAMPILONGO, 2002, p. 62)

Entretanto, não se pode correr o risco de transformar a “desneutralização política do Poder Judiciário” no indesejável “governo dos juízes”.¹⁶¹ A respeito de tal risco, é importante observar que o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político tem

¹⁶¹ Sobre os riscos do chamado “governo dos juízes”, as ponderações de Eduardo Appio: “Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo. Gozando da prerrogativa da vitaliciedade e da inamovibilidade, os juízes seriam insubstituíveis e, mesmo quando suas decisões rompessem com a Constituição, ainda assim somente poderiam ser retirados do cargo por força de um golpe de Estado, alterando-se a própria Constituição. [...] Não há qualquer garantia de que um governo de juízes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação muito ampla acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, e não os interesses reais dos cidadãos. (APPIO, 2006-A, p. 159)

mão dupla. Portanto, não se trata apenas de uma suposta “politização” da Magistratura ou de um Judiciário que se estrutura considerando as operações do sistema político; este também se mostra sensível às operações do sistema judicial (particularmente no que diz respeito ao controle da constitucionalidade das leis). (CAMBI, 2008, p. 98)

O problema central do acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos, passando a atuar com uma lógica diversa da sua e, conseqüentemente, incompreensível para as auto-referências do sistema. Essa corrupção de códigos leva a um Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos, assim como a uma política judicializada, incorporando o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária, sendo que a tecnocracia pode reduzir a atividade política a um exercício de mero formalismo judicial. (CAMPILONGO, 2002, p. 62-63)

A “politização do Judiciário” traz, também, o problema da legitimação de suas decisões. Neste sentido, temos que:

[...] os detentores de mandato político submetem suas decisões políticas à opinião pública, estando vinculados à vontade popular, a qual precede às escolhas dos governantes. A decisão política do legislador ou do administrador se legitima, pois, mais pela vontade popular, que, pura e simplesmente, pela lei ou pelo ato administrativo praticado. Trata-se de uma enorme diferença em relação à atuação do Poder Judiciário, cujas decisões se legitimam pela mera aplicação do direito aos casos concretos. A “desneutralização política do Judiciário”, pela admissibilidade de controle de políticas públicas, permite que os juízes passem a serem cobrados não apenas pelas decisões (jurídicas/políticas) tomadas, segundo a hermenêutica constitucional que adotarem, mas também que suas decisões encontrem amparo na vontade popular. Por isto, é preciso evitar que o Judiciário politizado se renda ao “marketing” das opiniões, passando a justificar suas ações com apoio na opinião pública e no consenso popular (o juiz “progressista” como aquele que decide conforme a vontade do povo). Isto acabaria transformando o direito em um “objeto de consumo”, onde tudo passaria a ser regido pela relação meio e fim, deixando o Judiciário de ser o guardião ético dos objetos jurídicos. (CAMBI, 2008, p. 98-99)

Como se percebe, a relação entre os sistemas jurídico e político ganha especial relevância no âmbito da discricionariedade do administrador público.

Exatamente porque o conceito de discricionariedade é marcado pela fluidez, mostra-se possível a convivência de intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que sejam igualmente razoáveis. (MELLO, 2007-A, p. 23)

Assim, se em determinada situação real o administrador reputar, por meio de um entendimento razoável, que sua atuação discricionária deve seguir em determinado sentido, não se poderá dizer que violou a lei ou transgrediu o direito. Desta forma, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, *in concreto*, o direito

lhe faculta. “Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes”. (MELLO, 2007-A, p. 23-24) Esmiuçando o entendimento ora apresentado:

Induvidosamente, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma intelecção perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo – desassistirá ao Judiciário assumir est’outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de intelecções, igualmente possíveis. Ora, se a intelecção administrativa não contrariava o direito, [...] faleceria título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato. (MELLO, 2007-A, p. 24)

No Estado Democrático de Direito, a questão da escolha de prioridades cabe a um legislador democraticamente eleito e, no âmbito do sistema presidencialista, nos moldes do que vigora no Brasil, a um Governo “ungido pelas urnas”, que corresponde ao Poder Executivo e sua base de apoio parlamentar. “E, somente em casos de desvios erráticos ou de uma passividade arbitrária ante casos evidentes de situações precárias cabe uma correção, constitucionalmente fundada, aos atos de governo”. (PALU, 2004, p. 82)

Aqui, duas novas indagações podem ser colocadas: o controle das políticas públicas, a garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais, poderia conduzir a um despotismo do Poder Judiciário? Ou será que a divisão de Poderes tem servido ao despotismo da elite dominante por meio do Poder Legislativo? (JORGE NETO, 2008, p. 65) Na busca de respostas, temos que:

[...] não há dúvidas de que o sistema da democracia representativa vive uma crise. Na verdade, o povo não se sente representado pelos parlamentares e, no mais das vezes, é aliado dos processos de escolha e da condução dos destinos do Estado. A não ser pelo sufrágio universal periódico, o poder de pressão dos grupos sociais tem se mostrado muito pequeno frente aos interesses econômicos que chegam a se organizar em bancadas no Congresso Nacional. Em países como o Brasil, o problema se agrava devido à pouca expressão dos partidos políticos, que não possuem uma plataforma política bem definida, tampouco apresentam programas de governo bem delineados. No mais das vezes, é impossível distinguir entre as propostas de dois partidos políticos que pelem em campos opostos. (JORGE NETO, 2008, p. 65)

Diante de tais constatações, mostra-se possível afirmar que a doutrina da separação dos Poderes do Estado deve passar por uma releitura para que continue a servir como instrumento de garantia “contra o despotismo daqueles que detêm e exercem o poder

em detrimento daqueles a quem o Estado concede apenas direitos inscritos em frias folhas de papel”. (JORGE NETO, 2008, p. 65)

Na busca da garantia dos direitos fundamentais de segunda dimensão, o desafio que se apresenta está justamente em um ponto de intersecção importante e aparentemente incontornável entre as funções legislativa e executiva, que autorizam, planejam e executam as políticas públicas, e a judiciária, que deve garantir a efetivação desses direitos. Não se pode negar que a estrutura do Poder Judiciário mostra-se inadequada para planejar políticas públicas. Entretanto, tal constatação não esgota o tema sob análise. Há um amplo e inexplorado espaço para a atuação jurisdicional “no controle das políticas públicas sem que tal implique a substituição do Poder Legislativo ou do Executivo pelo Poder Judiciário. Tudo isso com imensos ganhos para a democracia e de modo a reforçar a legitimidade do sistema representativo”. (JORGE NETO, 2008, p. 65-66)

Se é certo que o sistema jurídico não pode substituir o sistema político na escolha das políticas públicas, não menos correta é a afirmação de que o Poder Judiciário pode (e deve) cumprir importante papel no sentido de efetivá-las, impondo aos Poderes Executivo e Legislativo, em caso de violação aos direitos e garantias fundamentais, uma atuação política que importe na imediata escolha e efetivação das políticas públicas que possam remediar ou estancar a ofensa aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Se a observação do quadro atual aponta para o entendimento de que as ferramentas jurídicas que possibilitam essa atuação ainda são incipientes, isso não significa dizer que não tenham validade ou eficácia, mas, sim, que há um vasto campo para vê-las progredir. Os instrumentos jurídicos capazes de possibilitar uma maior, mais eficaz e mais rápida interação entre o Poder Judiciário e o sistema político, possibilitando respostas mais adequadas às demandas sociais, podem ser aperfeiçoados sem que necessariamente haja uma usurpação da função política pelo Poder Judiciário. (JORGE NETO, 2008, p. 71)

Vale destacar, aqui, que algumas escolhas políticas, sem dúvida as mais importantes, foram realizadas pelo legislador constituinte originário, motivo pelo qual não podem ser desprezadas tanto pelo sistema político quanto pelo jurídico.

O Poder Judiciário é o “garante” do cumprimento das escolhas assumidas pelo poder constituinte originário, sendo que a sociedade tem o direito de syndicar tais escolhas quando as políticas públicas correspondentes deixam de ser adotadas. (JORGE NETO, 2008, p. 71)

Uma postura mais ativa do Poder Judiciário pode implicar possíveis zonas de atrito ou de tensão com os Poderes Executivo e Legislativo. Na medida em que os órgãos

que detêm o poder político forçam um “cabo-de-guerra institucional, há forçosamente uma movimentação dos demais e isso gera uma reação, por assim dizer, quase mecânica”. (DIAS, 2007, p. 153) Neste sentido, temos que:

[...] a separação de Poderes e mesmo o sistema federal são inegavelmente estratégias políticas assentadas e garantidas pelo texto constitucional com a exata finalidade de manter uma relação de contenção recíproca do poder político.

Essa estratégia, porém, depende de um contexto prévio em que as instituições sejam colocadas num patamar de garantias que permitam um sistema adequado de ações e reações, com a finalidade de um diálogo forçado entre os diversos titulares.

Essa contínua interação determina a formação de uma cultura política e jurídica capaz de conceber uma relação sinérgica entre os titulares na busca vetorial dos interesses comuns.

Não há dúvida de que o estabelecimento do controle judicial se coloca como uma das mais potentes táticas de equilíbrio entre os órgãos que exercem o poder político. (DIAS, 2007, p. 153).

Não se está aqui a defender a supremacia de qualquer das funções do Estado, mas a supremacia da Constituição, o que implica na conclusão de que o Poder Judiciário não pode ser concebido como um mero carimbador de decisões políticas das demais funções estatais. A eventual colisão de funções não é um argumento válido para refutar o aprimoramento da função judicial em prol da melhor aplicação possível da Constituição, valendo destacar, a este respeito, que existem critérios prévios para a definição de soluções na hipótese de choques entre as funções, como, por exemplo, o controle de constitucionalidade. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 42)

A base política sobre a qual estão assentadas as estruturas das sociedades democráticas corresponde ao respeito e à possibilidade de tutela dos direitos fundamentais, sendo que o modelo de controle jurisdicional das políticas públicas mostra-se “diretamente relacionado à necessidade de preservação e garantia dessa base, sem a qual nenhuma sociedade pode facultar aos seus cidadãos uma interação verdadeiramente democrática”. (DIAS, 2007, p. 159-160)

É o primado da submissão do Estado à ordem jurídica e, mais precisamente, ao conteúdo dos direitos fundamentais, que maximiza a importância do controle jurisdicional das políticas públicas. A produção das políticas tem como ponto de partida o livre exercício da visão teleológica a respeito dos interesses e objetivos de uma sociedade e, por isso, estão referenciadas pelo sistema democrático e, é claro, por seu sistema de referência eleitoral de base majoritária. Essa ampla liberdade, contudo, não é absoluta, pois encontra limites na garantia da proteção dos direitos fundamentais. (DIAS, 2007, p. 160)

O controle jurisdicional das políticas públicas, a toda evidência, não promove a quebra do sistema de separação de Poderes (ou de funções) do Estado, sendo que a

interação entre os três Poderes recomenda tal modalidade de controle diante de hipóteses em que se verifique o desrespeito aos direitos fundamentais.

A discricionariedade do administrador público não implica em reconhecer que esteja completamente livre de quaisquer limitações em determinados âmbitos de atuação constitucionalmente definidos, como é o caso dos direitos fundamentais. (JORGE NETO, 2008, p. 102.) Corroborando tal entendimento:

O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. [...] Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: “poder discricionário de acordo com que padrões?” ou “poder discricionário com relação a qual autoridade?”. Em geral, a resposta será dada pelo contexto, mas em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro.

Como quase todos os termos, o significado exato de “poder discricionário” é afetado pelas características do contexto. O termo é sempre matizado pelo pano de fundo de informações que compreendemos, em contraposição ao qual ele é utilizado. (DWORKIN, 2002, p. 50-51)

Assim, sempre que a atuação estatal violar a Constituição e, sobretudo, ofender os direitos fundamentais, caberá a atuação do Poder Judiciário. Embora seja possível reconhecer que a atividade jurisdicional, nestes casos, não poderá substituir-se à atividade política, “é inegável que poderá invalidar as escolhas dos demais Poderes ou determinar objetivos a serem atingidos para a efetivação dos direitos malferidos”. (JORGE NETO, 2008, p. 102)

Nesse mesmo sentido, temos que, embora haja certa discricionariedade administrativa no que tange às formas de atender prioridades constitucionais, tal liberdade não autoriza o administrador a desviar-se do caminho construído a partir do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não existe, diante da constatação do desrespeito ao referido princípio, qualquer “redoma” intransponível e impeditiva da análise e do debate pelos outros Poderes, e também pelo Ministério Público, acerca da obediência às metas constitucionais. (REIS, 2004, p. 375)

A afirmação de que os direitos fundamentais sociais estão previstos em normas constitucionais que gozam de efetividade e desafiam aplicabilidade imediata nos remete à conclusão de que o Poder Judiciário poderá estabelecer objetivos mínimos a serem alcançados pela Administração Pública para a adequada efetivação de tais direitos.

Assim, mediante provocação, o magistrado poderá dizer se a implementação de uma política pública, nos termos em que foi elaborada pelo administrador, respeita ou não os direitos fundamentais sociais. Em caso de desrespeito, poderá determinar que o Poder Público sane a lesão e, para tanto, decidirá em um dos seguintes sentidos: a) determinando que seja estabelecida uma nova política, a ser livremente escolhida pelo administrador, por respeito à discricionariedade de meios; b) decidindo em torno do estabelecimento de objetivos mínimos a serem alcançados pelo Poder Público em prazo razoável. (JORGE NETO, 2008, p. 103)

Percebemos, dessa forma, que as políticas públicas não se apresentam como questões que se restringem exclusivamente ao âmbito do sistema político.

Durante muito tempo, a separação dos Poderes foi concebida como uma estrutura estanque, como se a um dos Poderes fosse dado decidir com exclusividade acerca de determinadas questões, excluindo-se a atuação dos outros Poderes estatais. A divisão de funções entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sempre foi explicada pela doutrina clássica como um sistema de freios e contrapesos, no qual estes são acionados pelo sistema de divisão horizontal das atribuições estatais. Entretanto, um modelo de superposição de atribuições parece mais adequado. A superposição de atribuições resulta na possibilidade de que uma mesma questão seja decidida pelos três Poderes por meio de enfoques diferentes. “Alguns desses enfoques ou âmbitos de compreensão do problema se apresentarão como autênticas questões meramente políticas, sendo vedada a ingerência do Poder Judiciário, outros não”. (JORGE NETO, 2008, p. 103) Para ilustrar temos que:

[...] o direito à educação, por exemplo, é decidido pelo Poder Legislativo quando este aprova leis gerais e abstratas ou aprova as despesas públicas de acordo com as políticas públicas adotadas pelo Poder Executivo. O Poder Executivo decide acerca do direito à execução quando elabora e implementa as políticas públicas que efetivam esses direitos. Já o Poder Judiciário decidirá acerca do direito à educação no caso concreto. [...]
É dizer, o Poder Judiciário, ao sindicarem uma determinada atividade estatal, não poderá usar como razão de decidir os objetivos ou programas de ação estabelecidos pelos demais Poderes, ou julgar quais os melhores programas ou planos de ação. Deverá estar voltado para os próprios direitos fundamentais e terá que decidir se a atividade levada a efeito pelo Estado, os objetivos estabelecidos ou os programas de ação ofendem ou não os direitos fundamentais. [...] caso não fique demonstrada a ofensa, caso o poder público comprove a impossibilidade material ou jurídica para agir, ou entendendo o julgador que os direitos fundamentais vêm sendo efetivados em grau ótimo, o Judiciário julgará improcedente o pedido de intervenção. (JORGE NETO, 2008, p. 103-104)

Os Poderes Legislativo e Executivo gozam de profunda liberdade na escolha das políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais, o que encerra a idéia de “discricionariedade de meios”, ou seja, que os Poderes Legislativo e Executivo terão

liberdade para escolher, planejar e executar as políticas públicas que da melhor maneira venham a efetivar os direitos fundamentais constitucionais. (JORGE NETO, 2008, p. 104)

Por sua vez, o Poder Judiciário está vinculado ao ordenamento jurídico, aos seus princípios e regras, motivo pelo qual não poderá decidir acerca da correção das escolhas dos demais Poderes com base em argumentos políticos, podendo utilizar, entretanto, argumentos jurídicos para determinar se as políticas públicas adotadas são capazes de efetivar os direitos fundamentais sociais em grau ótimo. “Caso a resposta seja negativa, o Poder Judiciário poderá estabelecer parâmetros e objetivos mínimos, de acordo com o que foi pedido pelo autor da ação”. (JORGE NETO, 2008, p. 104) Buscando um exemplo capaz de explicitar o entendimento ora apresentado, temos que:

[...] se o Poder Executivo decide adotar um programa de alfabetização cujo objetivo é a redução do analfabetismo entre pessoas com mais de dezoito anos em 25% (vinte e cinco por cento) nos próximos quatro anos, e adotar, para tanto, o sistema de telecurso como meio para o atingimento da meta, o Judiciário não poderá decidir que os recursos sejam gastos com o pagamento de professores, por se tratar de meio mais eficaz. Poderá, contudo, determinar que a população de determinado município seja incluída no programa, tendo em vista os altos índices de analfabetismo e pobreza de que padece. Nesse caso, estaria configurada a ofensa ao direito fundamental à educação, ao desenvolvimento equilibrado e à redução das desigualdades sociais. Uma vez tomada a decisão judicial, cabe ao Poder Público fazer as escolhas e desenvolver as atividades para atingi-la. (JORGE NETO, 2008, p. 104)

Fica claro, assim, que “não se quer uma nova ditadura, agora de juízes; pelo contrário, o que se pretende é a prevalência dos direitos humanos e, para tanto, não se concebe o ‘Juiz Pilatos’, ou seja, o que não pretende assumir sua importantíssima missão na nova ordem constitucional”. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 59)

A Magistratura, sobretudo por meio das decisões capazes de modificar o perfil institucional do Poder Judiciário, deve estar atenta à grandeza e gravidade de sua missão, sob pena de passar a ser encarada como mais uma das tantas faces do Estado que se mostram descartáveis pela mais absoluta inépcia no que tange ao cumprimento de seus deveres.

4.5. Limitações orçamentárias: remodelando o enfoque da reserva do possível

A possibilidade de controle judicial das políticas públicas deve tomar em consideração fatores que extrapolam o universo jurídico, ingressando no campo da faticidade. Um destes fatores, sem dúvida, diz respeito às limitações orçamentárias, estas vinculadas à saúde econômica e financeira da Administração.

O Estado acompanha as tendências cíclicas da economia capitalista, sendo que longos períodos de prosperidade são, invariavelmente, seguidos por uma crise de investimentos.

Nos momentos de crise o Estado tende a eliminar gastos e, assim, constata-se uma redução da efetividade dos direitos sociais.

Isto ocorre porque o Estado, sendo incapaz de gerar valores, acaba estruturalmente comprometido com as atividades empresariais.

De tudo isso decorre a percepção de que em tempos de crise o Estado parece insensível aos problemas sociais e mais voltado para questões tidas como “maiores”, como o desenvolvimento econômico.

Essa incapacidade de manter o equilíbrio entre interesses tão contraditórios ocorre porque o mesmo Estado é impedido de organizar a produção privada de modo a facilitar a distribuição dos recursos entre os membros da sociedade, sob pena de violar os direitos de propriedade. Sendo assim, para recuperar a capacidade de gastar na área social, ele necessita cuidar primeiro da prosperidade das empresas.¹⁶² (CUNHA FILHO, 2007, p. 477)

A expressão “reserva do possível” procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por eles supridas. Como é intuitivo, “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”. (BARCELLOS, 2008, p. 261-262)

A reserva do possível comporta duas modalidades de tratamento, motivo pelo qual pode ser identificada como “reserva do possível fática” e “reserva do possível jurídica”.

O primeiro dos referidos tratamentos está diretamente ligado à inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária. Por sua vez, a “reserva do possível

¹⁶² A mesma concepção é apresentada por Oswaldo Luiz Palu: “O ‘Estado social’ é um ‘Estado fiscal’; e o Estado Democrático de Direito ou o Estado Social de Direito tem seus custos e seus pressupostos. Um de seus pressupostos é que decisões sejam tomadas sempre ‘sob a reserva do possível’ no sentido dos ônus financeiros para a sociedade. Pressupõe o Estado Social de Direito ou o Estado Democrático de Direito, por outro lado, uma economia estável e próspera. A realidade é que um Estado Social de Direito pressupõe uma economia privada geradora de prosperidade; a outra alternativa, uma ordem estatizante ou uma economia pública, socialista ou equivalente, a julgar pelas experiências históricas, é totalmente incompatível com o Estado Social de Direito, pois não produz riqueza alguma. Por tal razão, a Constituição não pode ser vista como adjudicatória de qualquer orientação ‘socialista’ ou, até mesmo, ‘social-democrata’, quando, especialmente na primeira hipótese, traria uma contradição em seus termos, eis que não pode haver um ‘Estado social’ distribuidor sem que gere riqueza a ser distribuída”. (PALU, 2004, p. 82)

jurídica” relaciona-se à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto. (BARCELLOS, 2008, p. 262-263)

As limitações orçamentárias, permeadas pela teoria da reserva do possível, implicam na necessidade de que sejam estabelecidas prioridades no que tange ao atendimento dos direitos fundamentais que demandam prestações estatais.

Surge, assim, a relação entre a escassez relativa de recursos públicos e a necessidade de serem promovidas “escolhas trágicas”, assim denominadas porque a decisão de investimento em “determinada área significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades, ainda que a opção de abandonar um campo específico não tenha sido consciente”. (BARCELLOS, 2008, p. 265)

A questão ora colocada mostra-se bastante complexa, exigindo que se desenvolva um processo por meio do qual sejam estabelecidas prioridades, adotando-se critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes. (BARCELLOS, 2008, p. 265)

Exemplificando:

Por que aplicar os recursos na despoluição da Baía de Guanabara e não na pesquisa científica sobre doenças tropicais, ou na expansão da rede de ensino médio? Além de decidir em que gastar, é preciso também saber quanto deverá ser investido em cada uma das áreas escolhidas, já que as alternativas envolvem não apenas o binômio investir/não investir, mas também investir menos ou mais, de modo a tornar viável o atendimento de um maior número de necessidades. Por que razão, por exemplo, se deve proteger irrestritamente, em toda sua extensão, o direito de propriedade, e abandonar completamente determinados direitos sociais por falta de recursos? (BARCELLOS, 2008, p. 265)

De se destacar que existem vários modos de se analisar a reserva do possível: “há o modo que vem prevalecendo como cláusula supralegal de descumprimento da Constituição e há o modo como enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos fundamentais”. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 75)

É preciso recolocar a idéia da escassez de recursos em seus devidos termos. Para tanto, vale lembrar que, exceto nos países em que os níveis de pobreza da população sejam extremos, faltando mesmo capacidade contributiva, os Estados têm, em geral, uma capacidade de crédito bastante elástica diante da possibilidade de adoção de mecanismos que geram o aumento de receita. “Em um curto espaço de tempo, pouco mais de um ano no caso brasileiro, a autoridade pública tem condições técnicas de incrementar suas receitas, com a majoração de tributos, por exemplo”. (BARCELLOS, 2008, p. 266)

Mesmo considerando que os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Já os recursos remanescentes deverão ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. (BARCELLOS, 2008, p. 268)

No caso das políticas públicas, a pergunta que deve ser feita pode ser assim formulada: o que é razoável que uma determinada parcela da coletividade exija do Estado? (JORGE NETO, 2008, p. 148)

Necessário apontar que os resultados das políticas públicas não dependem apenas de sua viabilidade econômica, mas também de sua aceitação tanto no universo político quanto no âmbito das opções institucionais. Tal constatação mostra-se perceptível no caso das políticas de desenvolvimento de longo prazo cujo objetivo é a melhora da qualidade de vida da população, sendo que a análise do caso brasileiro revela que o processo de desenvolvimento funda-se em decisões políticas. (BERCOVICI, 2003, p. 173)

Ao se deparar com o argumento pertinente à reserva do possível, o julgador, instado a decidir sobre determinada política pública, estabelecerá, em princípio, se os objetivos traçados para que a ofensa aos direitos fundamentais seja sobrestada são razoáveis e passíveis de serem atingidos pelo órgão público. Em um segundo momento, o julgador deverá analisar se os objetivos traçados pelo referido órgão público são adequados, necessários e proporcionais para a concretização dos direitos fundamentais. (JORGE NETO, 2008, p. 148)

Como se percebe, a atuação do magistrado no campo do controle das políticas públicas demanda tanto um “juízo de possibilidade” quanto um “juízo de proporcionalidade”.

Com base em tais juízos, o magistrado deverá avaliar se determinada política pública, além de materialmente possível, efetivamente comporta a intervenção judicial de forma adequada, necessária e proporcional.

Constatada a possibilidade material da intervenção do Poder Judiciário, o julgador deve avaliar se a medida que se pretende adotar é adequada para suprimir a ofensa aos direitos fundamentais; se é exigível ou necessária, ou seja, causa o mínimo de prejuízos possível aos demais direitos fundamentais; bem como se de sua implementação resultará mais benefícios que prejuízos. (JORGE NETO, 2008, p. 149-150)

Para que os juízos de possibilidade e de proporcionalidade sejam adequadamente realizados, mostra-se necessário distinguir o tipo de política pública que está sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, merecendo destaque aquelas que se voltam

para o atendimento do mínimo existencial e, assim, para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a mera alegação de inexistência de verbas orçamentárias para implementação das políticas públicas exigidas judicialmente não pode ser encarada como motivo suficiente para a caracterização da efetiva impossibilidade material ou jurídica. Importante observar, aqui, que caberá ao requerido, ou seja, à pessoa jurídica de direito público responsável pela implementação da política, o ônus da prova acerca da alegação de impossibilidade material do pedido constante da peça vestibular. O mesmo raciocínio vale também para a hipótese em que o requerido alegar a inexistência de recursos financeiros para a concretização do direito fundamental em questão no grau requerido pelo autor da ação. (JORGE NETO, 2008, p. 150-151) De modo mais preciso:

É o réu quem deverá demonstrar a medida de suas possibilidades para a implementação de uma determinada política pública ou, até mesmo, sua absoluta impossibilidade material para tanto. O autor não tem condições de fazê-lo, até porque não conhece a fundo as limitações materiais, estruturais ou de qualquer outra ordem a que está sujeito o Poder Público.

Assim, ao apresentar defesa, a pessoa jurídica de direito público poderá alegar a inexistência da alegada ofensa aos direitos fundamentais e/ou a impossibilidade de alcançar os objetivos pretendidos com a inicial. Na instrução processual, abrir-se-á, então, uma ampla discussão acerca desses elementos. Essa é a ocasião em que os atos do Poder Público saem da esfera exclusiva dos gestores públicos e abrem-se para uma discussão com a sociedade legitimamente interessada na implementação das políticas públicas. (JORGE NETO, 2008, p. 150)

Caso não reste efetivamente demonstrada a insuficiência de recursos materiais para a implementação da política pública que está sendo alvo do controle jurisdicional, o julgador, após o necessário juízo de ponderação a respeito da hipótese deduzida pelo autor, poderá autorizar a transferência de recursos de uma rubrica orçamentária para outra. Tome-se o seguinte exemplo:

Por uma grave deficiência no sistema de saúde de um determinado município, verifica-se a falta de leitos nas UTI's para os neonatos e, em razão disso, o número de crianças mortas logo após o parto aumenta muito acima da média histórica. Esses fatos são demonstrados pelo autor da ação. O julgador pode conceder uma liminar para que, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, o Poder Público disponibilize mais 20 (vinte) leitos nas UTI's neonatais do município. Em casos como esse, parece bastante razoável a transferência de recursos orçamentários destinados ao gasto com publicidade para a saúde, por exemplo. (JORGE NETO, 2008, p. 151)

A previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais traz a inderrogável necessidade de que sejam assegurados pelo Estado, motivo pelo qual devem figurar nas pautas orçamentárias. O orçamento deve instrumentalizar a realização dos direitos

sociais, sendo que o meio eleito para tanto, como vimos, são as políticas públicas. “Sustentar que a escassez de recursos poderia autorizar a não-implementação de prestações governamentais seria tornar vazio o conteúdo e a legitimação moral desses direitos prestacionais”. (QUIRINO, 2008, p. 65)

Aqui, mais uma vez invocamos o voto proferido pelo Ministro José Celso de Mello Filho no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45,¹⁶³ julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual foi apresentada interpretação a respeito da teoria da reserva do possível que importa autêntica revisão de seus parâmetros:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

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”, 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, 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.

[...]

¹⁶³ ADPF Nº 45. Procedência: Distrito Federal. Relator: Min. José Celso de Mello Filho. Partes: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) X Presidente da República. Matéria: Processo legislativo - Lei de Diretrizes Orçamentárias - Lei nº 10.707/03 - Art. 59, § 2º - Saúde Pública. Julgada em: 29.04.2004.

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. [...]

Diante de tais constatações, percebe-se claramente que a defesa dos direitos fundamentais sociais demanda uma nova postura dos operadores do Direito frente ao processo.

A discussão das políticas públicas em juízo demanda a abordagem de contextos e objetos de análise muito mais amplos do que aqueles que se colocam no âmbito das ações voltadas para a defesa de direitos subjetivos, sendo que nos processos as partes devem colaborar para a solução da lide, trazendo aos autos elementos probatórios que possam efetivamente elucidar a questão. (JORGE NETO, 2008, p. 153)

O Poder Público e a Advocacia Pública ainda não se mostram preparados para prestar contas à sociedade acerca das políticas sociais, deixando até mesmo de dar transparência aos dados pertinentes aos programas de governo voltados à implementação dos direitos fundamentais. A falta de clareza quanto a tais aspectos acarreta, por um lado, o isolamento dos responsáveis pela implementação das políticas públicas sob o argumento de que não é dado ao Poder Judiciário atuar nesse campo; de outro, pode levar a um ativismo judicial exagerado, fazendo com que a intromissão do Poder Judiciário no planejamento e execução das políticas prejudique a estratégia de gestão da Administração, acarretando prejuízo à sociedade. (JORGE NETO, 2008, p. 153)

Quando se constata a falta de clareza a respeito do planejamento estratégico do Estado voltado para as políticas públicas, bem como a respeito das reais possibilidades de implementação dessas políticas, a atuação do Poder Judiciário mostra-se salutar e necessária.

4.6. A reserva da consistência

Restou evidenciado, pelo que foi até aqui exposto, que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário somente poderá ser efetuado quando houver ocorrido, de fato, uma violação dos direitos fundamentais. (JORGE NETO, 2008, p. 145)

Partindo desse pressuposto, temos que, no âmbito do controle jurisdicional das políticas públicas, o magistrado, ao promover sua interpretação a respeito da hipótese concreta que lhe é submetida, deve apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a Constituição. (CAMBI, 2007, *on line*)

Tal parâmetro de interpretação recebe da doutrina a denominação de “reserva da consistência”, caracterizando-se como mais um dos possíveis óbices à intervenção do Poder Judiciário no que tange ao controle das políticas públicas.

A reserva da consistência pode ser compreendida a partir do pressuposto de que a intervenção da jurisdição constitucional depende da presença simultânea de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar. (JORGE NETO, 2008, p. 146)¹⁶⁴

Na maioria das vezes, a reserva da consistência é invocada no âmbito do controle de constitucionalidade dos atos normativos, exigindo-se que o julgador apresente argumentos substanciais no sentido de que o ato normativo impugnado é incompatível com a Constituição. O mesmo raciocínio pode ser aplicado, *mutatis mutandis*, ao controle das políticas públicas, ou seja, ao controle da ação estatal que objetiva concretizar os princípios constitucionais. (JORGE NETO, 2008, p. 146)

Provar que uma certa política pública é incompatível com a Constituição corresponde a demonstrar que os objetivos por ela traçados não se conformam com os direitos fundamentais. No entanto, em muitas situações, a liberdade tanto do legislador quanto do administrador são bastante amplas, sendo que a escolha entre duas políticas opostas pode estar de acordo com os princípios constitucionais. Quando tal situação se verifica, mostra-se necessária a constatação de uma ofensa específica aos direitos fundamentais para que o Poder Judiciário possa exercer o controle das políticas públicas, modificando os objetivos traçados ou impondo novos objetivos ao administrador responsável pela implementação e elaboração de determinado programa. (JORGE NETO, 2008, p. 146-147)

Nesses termos, mesmo que constatada a violação dos direitos fundamentais, o magistrado ainda não estará autorizado a promover a intervenção judicial, devendo verificar se sua atuação mostra-se possível e necessária, bem como se dela resultará mais benefícios que prejuízos ao conjunto dos interessados. (JORGE NETO, 2008, p. 147)

¹⁶⁴ O entendimento está baseado nas lições de Sergio Fernando Moro. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 221.

Via de regra, a ofensa específica aos direitos fundamentais ocorre não na eleição dos objetivos gerais traçados por uma determinada política pública, mas na sua fase de execução. Como exemplo de tal assertiva podemos citar:

[...] o adequado funcionamento de hospitais, postos de atendimento à saúde, escolas, creches, presídios e repartições públicas de modo geral. Nesses casos, não se discute mais se o funcionamento dos serviços deve ou não acontecer para que os direitos fundamentais sejam concretizados. Os serviços já existem, donde se presume que o legislador que autorizou o seu funcionamento, com a dotação de verbas orçamentárias, e o administrador, responsável pelo seu adequado funcionamento, traçaram uma determinada política pública e são responsáveis pela sua implementação.

Caso o serviço não funcione de modo adequado, o Poder Judiciário, uma vez provocado por quem tenha legitimidade para a ação, poderá estabelecer objetivos mínimos a serem alcançados, em prazo razoável de tempo, para que a ofensa dos direitos fundamentais se faça cessar. É nesse contexto que entram em cena as decisões judiciais que determinam o acréscimo de leitos em hospitais ou UTI's, o acréscimo de vagas em creches, escolas ou universidades, a modificação do regime de visitas aos presídios, a construção de novos hospitais, escolas, presídios, etc.

Há de se atentar, todavia, que, mesmo nesses casos, o julgador haverá de estar sempre alerta para a reserva de consistência. Faz-se necessário que fique devidamente demonstrada a efetiva insuficiência de vagas e a efetiva ofensa aos direitos fundamentais daí decorrentes. Caso tais violações não sejam comprovadas, o julgador não poderá intervir. Nessa quadra, é essencial destacar a importância do mínimo existencial, eis que, quando restar ofendido o mínimo existencial, estará demonstrada a violação dos direitos fundamentais. (JORGE NETO, 2008, p. 147)

Desta forma, a “autocontenção judicial” deve sempre ser adotada quando não for superada a reserva da consistência. (CAMBI, 2007, *on line*)

Assim, restou evidenciado que, quando o magistrado não tiver argumentos jurídicos capazes de demonstrar que sua interferência no âmbito de determinada política pública possibilitará o adequado respeito e concretização de um direito fundamental, em prestígio do princípio da dignidade da pessoa humana, deverá abster-se, sob pena de se verificar uma indevida intervenção do Poder Judiciário no campo político, este reservado aos Poderes Executivo e Legislativo.

4.7. Instrumentos processuais passíveis de utilização no âmbito do controle jurisdicional das políticas públicas

Esta pesquisa prende-se, substancialmente, aos aspectos de índole constitucional em torno da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas.

Em que pese a prioridade dada à abordagem do direito material, algumas notas mostram-se importantes no que diz respeito ao direito adjetivo, tudo para que sejam

apontados os instrumentos voltados ao controle jurisdicional das políticas públicas, em especial daquelas relacionadas aos direitos fundamentais sociais.¹⁶⁵

A análise das questões processuais é de inegável importância pois, para que os direitos fundamentais alcancem a dimensão cotidiana, no sentido de que se raciocine a partir deles, há necessidade de que façam parte da educação básica do operador do Direito, “resultando num estímulo à formação da consciência processual cidadã, o que também deveria e poderia ocorrer em relação à sociedade civil, quando, e se, empenhada nesse propósito”. (BONAVIDES, 2008, p. 512) Dentro desta perspectiva, temos que:

[...] o direito material é do povo, porque o ato de legislar do Estado consiste em retratar os costumes, os valores e os princípios contemplados pela sociedade. Tanto que se discute se o costume é fonte material do Direito ou apenas de revelação do Direito.

No entanto, o direito processual é para o povo. A sociedade não legisla diretamente no direito processual, senão por meio de seus representantes no parlamento. O direito processual é produto da necessidade de aprimoramento da atividade jurisdicional. Suas normas indiscutivelmente regulam os princípios informadores, temperados pela realidade e pelo bom-senso.

O caráter transformador que impregna a atividade jurisdicional bem norteia o endereçamento do direito processual: o proveito social. A sociedade é “consumidora” das normas processuais no afã de conferir eficácia forçada aos direitos subjetivos espontaneamente ineficazes.

No intuito de se obter o direito objetivo – o direito “inter-partes”, real, concreto e forçosamente eficaz – o Estado não só pronuncia a tutela jurisdicional, como lhe dá efetividade. No âmbito da realização da inclusão social, a efetividade da jurisdição é mister para a consecução do fim desejado. (PAULA, 2002, p. 207-208)

A abordagem dos instrumentos postos à disposição do operador do Direito visando o controle das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão demanda, preliminarmente, a retomada de tema que já foi alvo desta pesquisa, qual seja, aquele inerente à titularidade dos direitos sociais.¹⁶⁶

Conforme anteriormente ressaltamos, o titular dos direitos sociais, assim como dos direitos civis e políticos, continua sendo o homem na sua individualidade. Da mesma forma que os direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos sociais se reportam ao indivíduo, motivo pelo qual não podem ser confundidos com os direitos coletivos ou difusos da terceira dimensão.

Lembramos, porém, que os direitos sociais diferenciam-se dos clássicos direitos subjetivos pelo fato de, invariavelmente, não serem fruíveis ou exequíveis

¹⁶⁵ Lembramos, ainda, a possibilidade do emprego, no campo da elaboração e da busca do cumprimento das políticas públicas, de instrumentos “pré-processuais”. Tais instrumentos, postos à disposição do Ministério Público, correspondem ao inquérito civil, à recomendação e ao compromisso de ajustamento de conduta, todos eles alvo de nossa atenção no tópico 3.6. desta pesquisa.

¹⁶⁶ O tema foi abordado no tópico 1.2. deste trabalho.

individualmente, mas sim coletivamente, como evidenciam os direitos à saúde e à educação que, não obstante terem como titulares cada um dos indivíduos que compõem determinada sociedade, são garantidos por meio de serviços públicos que atendem à população de forma coletiva e não individual.

Dessa forma, é possível dizer que, na maioria das hipóteses, os direitos sociais caracterizam-se como direitos individuais que desafiam tutela jurisdicional de natureza coletiva.

Com isso fica clara a necessidade de que se estabeleça a adequada distinção entre direitos coletivos *lato sensu* (difusos e coletivos *stricto sensu*) e direitos individuais passíveis de tutela coletiva. (ZAVASCKI, 2007, p. 33). Deixando ainda mais evidente a necessidade de tal distinção:

Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juízo. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais).

[...]

Ainda hoje os precedentes da jurisprudência e os trabalhos doutrinários evidenciam que, na origem das principais controvérsias em matéria de processo coletivo, está a falta de adequada distinção entre direitos coletivos (transindividuais) e direitos individuais tutelados coletivamente, acarretando, com isso, enormes dificuldades de interpretação e grandes confusões na aplicação dos instrumentos processuais para a respectiva tutela jurisdicional. Os textos legislativos contribuem significativamente para que isso ocorra, na medida em que não se preocupam em traçar balizas nítidas daquela indispensável diferenciação. Eis a razão pela qual o tema deve ganhar especial destaque nesse momento, quando a comunidade jurídica nacional debate a criação do Código de Processo Coletivo. (ZAVASCKI, 2007, p. 33-34)

Sendo certo que os fundamentais de segunda dimensão caracterizam-se como direitos subjetivos, não se pode considerar afastada a possibilidade de que sejam tutelados por meio de ações judiciais de cunho individual.

Assim, temos como possível, por exemplo, o ajuizamento de ação onde determinada pessoa, invocando o seu direito à saúde, postule que lhe seja assegurado o fornecimento de determinado remédio ou a disponibilização de um específico tratamento médico, exame ou cirurgia, por pessoa jurídica de direito público interno que compõe o Sistema Único de Saúde – SUS, este integrado pela União, pelos Estados e pelos Municípios. Teríamos, nesta hipótese, uma clássica ação judicial destinada ao cumprimento de obrigação de fazer (fornecer ou disponibilizar).

Por outro lado, quando a providência que se busca em juízo extrapola os limites da esfera de interesse de um único indivíduo, abrangendo questões que dizem respeito a todos os habitantes de um bairro, Município, Estado ou mesmo de todo o País, os mecanismos de defesa e garantia dos direitos sociais devem ser diferentes das ações individuais, passando a corresponder às formas coletivas de tutela jurisdicional. Como exemplos, podemos citar o pleito voltado para a construção de uma escola destinada a atender as crianças e adolescentes de um bairro, ou a disponibilização de uma maior quantidade de leitos hospitalares em favor dos moradores de um determinado Município.

Nessas situações, mesmo sendo inegável que cada indivíduo pode invocar o seu direito subjetivo a uma melhor qualidade dos serviços públicos nas áreas da educação e saúde, temos que referidas prestações estatais extrapolam os limites dos indivíduos considerados isoladamente, dando espaço ao tratamento homogêneo de tais pretensões que são, ao mesmo tempo, de cada um e de todos os integrantes de um determinado grupo.¹⁶⁷

Dessa forma, mostra-se importante destacar, no campo da tutela coletiva dos direitos sociais, a ação civil pública como instrumento destinado a permitir que as políticas públicas sejam levadas ao crivo do Poder Judiciário, com o objetivo de que as normas constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais de segunda dimensão sejam efetivamente concretizadas.

O objetivo buscado pela tutela jurisdicional dos direitos fundamentais é o de tornar efetivo o direito material e promover políticas públicas, sendo que a ação coletiva¹⁶⁸

¹⁶⁷ Em torno do assunto em pauta, destacamos as observações de Osmir Antonio Globekner: “Entendemos que não há que se negar legitimidade à provocação jurisdicional na via da ação individual, embora possa ser promovida a adequação subjetiva, presentes os pressupostos para tal, por exemplo, com a intervenção do Ministério Público ou com a promoção do ingresso das entidades organizadas da sociedade civil”. (GLOBEKNER, 2009, p. 134)

¹⁶⁸ A respeito da possibilidade do emprego das ações coletivas como instrumentos de realização progressiva dos direitos fundamentais sociais, as observações de Clèmerson Merlin Clève: “Um bom caminho para cobrar a realização progressiva desses direitos (porque são direitos de eficácia progressiva) é o das ações coletivas, especialmente das ações civis públicas. Tratar-se-ia de compelir o Poder Público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo. O papel do Ministério Público, neste particular, é da maior importância. Incumbe a ele, como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado, das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional. O controle da constitucionalidade das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, igualmente, pode ser suscitado pelo Ministério Público”. (CLÈVE, 2003, p. 298-299)

caracteriza-se como poderoso instrumento transformador da sociedade. (GIDI, 2007, p. 33-34)

Tal concepção a respeito do direito processual, visto como instrumento de implementação dos direitos e de transformação social, decorre de três circunstâncias essenciais, a saber:

i) aumentaram os bens merecedores de tutela (as meras liberdades negativas, de religião, opinião, imprensa, etc., deram lugar aos direitos sociais e econômicos, a exigir uma intervenção positiva do Estado); ii) surgiram outros sujeitos de direitos, além do indivíduo (singular), como a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; iii) o próprio homem deixou de ser considerado em abstrato, para ser visto na concretude das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas, etc.), passando a ser tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico, consumidor, etc. (CAMBI, 2007, p. 29-30)

A ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347/85, ganhou *status* constitucional em 1988.

A Constituição Federal, em seu art. 129, *caput*, II, aponta que entre as funções institucionais do Ministério Público está a de promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A ação civil pública corresponde a procedimento especial de cognição completa e integral e com múltiplas aptidões, servindo de mecanismo processual para a obtenção, isolada ou cumulativa, de provimentos jurisdicionais das mais variadas espécies: preventivos, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais, meramente declaratórios, cautelares e antecipatórios. A legitimidade ativa, invariavelmente em regime de substituição processual, recai sobre entidades e órgãos expressamente eleitos pelo legislador, entre os quais se destaca o Ministério Público. (ZAVASCKI, 2007, p. 34)

O administrador está vinculado ao cumprimento das normas da ordem social e, conseqüentemente, à implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos fundamentais sociais. Portanto, o não agir (omissão) ou mesmo a ação de forma não razoável para atingir determinado resultado (desvio de finalidade), sujeita o administrador à responsabilização, devendo esta ser buscada por intermédio da ação civil pública.

Destacando a importância da atuação dos representantes do Ministério Público no campo das políticas voltadas para a implementação dos direitos sociais, bem como ressaltando a possibilidade do emprego da ação civil pública nesta seara, mostra-se importante observar que:

[...] a função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da Administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

A ação civil pública é, portanto, o instrumento processual do Ministério Público para “juridicizar” a demanda coletiva pela implementação de direitos assegurados pela ordem social constitucional.

O objeto da ação civil pública [...] pode ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

As ações civis públicas relativas à implementação de políticas públicas relacionam-se, na grande maioria, às obrigações de fazer (que podem estar associadas a condenações em dinheiro). (FRISCHEISEN, 2000, p. 126-127)

Além da ação civil pública, também existe a possibilidade de serem articulados o mandado de segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, considerados importantes garantias constitucionais para o exercício e concretização dos direitos fundamentais. Cumpre observar, porém, que o mandado de segurança coletivo somente pode ser manejado em se tratando de violação a direito líquido e certo, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, cada um dentro de suas especificidades, podem ser empregados quando é a ausência de uma norma regulamentadora que torna inviável o exercício dos direitos fundamentais. (JORGE NETO, 2008, p. 157)

De igual forma, a ação popular, instituída pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, apresenta-se como instrumento processual para o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, embora muito mais limitado do que a ação civil pública, pois:

[...] o objeto da ação popular é a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas e de todo um rol de pessoas jurídicas para cuja criação o tesouro público tenha concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, além das entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A ação popular, todavia, não tem por objeto uma obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, não se prestará para obrigar o poder público a adotar uma política pública ou alterar uma política já adotada, muito embora possa servir para fazer cessar uma política pública inconstitucional ou que cause prejuízos ao erário. (JORGE NETO, 2008, p. 158)

Dentro deste tópico mostra-se relevante, ainda, a abordagem da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), posto que tal modalidade de ação tem o seu objeto ampliado para incluir atos de qualquer dos Poderes que possam violar a Constituição, além da possibilidade de controle de leis municipais e das lei anteriores à Constituição Federal. O legislador optou por desenhar a ADPF como um “soldado de reserva, em virtude da adoção do princípio da subsidiariedade, ou seja, somente é cabível a ação se

não existir outro meio hábil para sanar a lesão que está sendo perpetrada contra os preceitos fundamentais”. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 117-118)

É preciso ponderar que:

[...] há uma grande expectativa sobre a ADPF, pois almeja-se que esse instrumento possa, efetivamente, servir como meio eficaz de combate às omissões e às ações violadoras da Constituição, inclusive por políticas públicas inadequadas.

A grande vantagem do controle concentrado é permitir que, originariamente, na Corte Máxima do País, haja a resolução, com força vinculante e “erga omnes”, dos eventuais conflitos dos Poderes constituídos com a Constituição.

Em relação às políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal tem o caminho aberto para permitir a maior efetividade da Constituição, anulando políticas inconstitucionais ou sancionando a omissão no cumprimento das normas constitucionais. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 118)

Neste ponto, uma nota se faz importante no que diz respeito às modalidades de sanção passíveis de aplicação no caso de se constatar o descumprimento do que restou determinado em provimento jurisdicional voltado para a implementação de determinada política pública. Entre tais sanções podem ser citadas: a) a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção no Estado ou no Município; d) a responsabilização criminal pela prática de eventuais crimes de responsabilidade e de desobediência. (GRINOVER, 2009, *on line*).

De se ponderar, ainda, que a adoção de qualquer modelo processual deve tomar em conta um referencial básico e indispensável: o da natureza das coisas. Assim, considerando as características naturais e próprias das mais variadas espécies de direitos, entre os quais os direitos fundamentais sociais, mostra-se impossível negar-lhes tratamento processual especial em vários aspectos importantes. (ZAVASCKI, 2007, p. 36-37)

O direito fundamental à tutela jurisdicional, explicitado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, abarca o direito à efetividade desta tutela, decorrendo daí a necessidade de que seja observado um procedimento idôneo e adequado tanto ao direito material posto em juízo quanto à realidade social com que o julgador se depara na análise do caso concreto. Inegável, também, o reconhecimento do direito à técnica antecipatória, ao provimento e aos meios executivos adequados, devendo ser mencionado, ainda, o dever do juiz de conformar o procedimento à situação fática que lhe é apresentada. (MARINONI, 2008, p. 130-183)

Corroborando tal entendimento:

Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada. Esta última

característica é que aqui nos interessa: atualmente, fala-se em tutela jurisdicional adequada. O que significa? O princípio da inafastabilidade garante, ainda, uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material. (DIDIER JÚNIOR, 2002, on line)

Sendo diferentes as situações que demandam proteção jurisdicional, mostra-se óbvia a necessidade de técnicas processuais diferenciadas posto que um único procedimento jamais terá aptidão para dar conta de situações materiais distintas. Neste sentido:

A expressão procedimento diferenciado poderia ser tomada como sinônimo de procedimento especial. No entanto, boa parte da doutrina processual acusa os procedimentos especiais de atentarem contra a lógica da separação entre o direito processual e o direito material. Tal doutrina, entretanto, não considera o fato de que diferentes situações de direito substancial exigem procedimentos diferenciados, e que, assim, a pretensão de uniformidade de procedimentos somente pode ser vista como fruto de delírio de onipotência do processualista.

Já passou o tempo em que bastava estudar a ação una e abstrata e o universo de sentenças que estava ao seu redor. A idéia de direito de ação, como mero direito a uma sentença de mérito, não tem muita importância para quem está preocupado com um processo efetivo, isto é, com um processo capaz de dar efetividade aos direitos que precisam ser por meio dele protegidos. (MARINONI, 2008, p. 149)

O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do Direito. Por este motivo, as situações jurídicas novas assumem, muitas vezes, configurações que não encontram completa adequação junto aos modelos processuais preexistentes. Por este motivo, quando as peculiaridades do caso concreto não permitirem sua adequação direta e imediata aos gêneros normativos existentes, caberá ao operador do Direito a tarefa de promover a devida adequação, sobretudo no que diz respeito ao plano dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso. (ZAVASCKI, 2007, p. 37)

Assim, temos como certo que o indivíduo não tem direito apenas à técnica processual prescrita em lei, “mas direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos”.¹⁶⁹ (MARINONI, 2008, p. 173)

Também no domínio do processo coletivo, que tem vocação essencialmente instrumental, deve imperar o princípio da adequação das formas, sendo que, nas situações em

¹⁶⁹ Destacando-se, aqui, a advertência também feita por Luiz Guilherme Marinoni: “Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas”. (MARINONI, 2008, p. 173)

que o direito material, para ser adequadamente tutelado, exigir meios excepcionais, “cabará ao aplicador da norma promover a devida conformação dos instrumentos já existentes, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos da analogia e dos princípios que o sistema lhe oferece”. (ZAVASCKI, 2007, p. 38)

Por meio dos instrumentos processuais aqui abordados (ação individual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, ação popular e arguição de descumprimento de preceito fundamental), tomando em conta, ainda, as adaptações de índole processual que se apresentarem como necessárias diante da situação concreta submetida à apreciação do Poder Judiciário, entendemos possível o controle jurisdicional das políticas públicas nos moldes desenhados ao longo da presente pesquisa, tendo como objetivo primordial a promoção da justiça distributiva, garantindo a todos o acesso aos serviços públicos capazes de assegurar a dignidade inerente ao ser humano, partindo sempre do pressuposto de que o direito processual deve ser encarado como instrumento de transformação e inclusão social e não como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o signo da igualdade, os direitos sociais surgiram em decorrência das inconcebíveis e massacrantes condições de vida e trabalho impostas, no decorrer do século XIX e início do século XX, à imensa massa operária.

As primeiras positivações no âmbito internacional, cuja relevância mostra-se indiscutível do ponto de vista histórico e formal, bem como a maneira pela qual os direitos sociais foram tratados nas Constituições brasileiras, desde 1824 até 1969, revelam a distância entre os correspondentes textos e a realidade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe nova esperança de que, enfim, as promessas da modernidade, marcadamente aquela voltada para a implementação do necessário para que a dignidade humana se transformasse em algo real e extensível a todos, seriam alcançadas.

Mais de vinte anos depois da promulgação da “Carta Cidadã”, referida esperança mostra-se arranhada em decorrência da incapacidade dos Poderes Públicos em tornar realidade o que, com amplitude ímpar, os legisladores constituintes asseguraram a cada um e a todos os membros de nossa sociedade.

A garantia de acesso aos serviços públicos essenciais, com a qualidade que a estrita observância do princípio da eficiência exige, revela-se como postulado inócuo, não conseguindo alcançar a realidade, sobretudo daqueles que estão distantes dos grandes centros urbanos, vivendo no “Brasil profundo”, e que somente são alvo da devida atenção às vésperas dos pleitos eleitorais, por motivos óbvios. Neste sentido, nunca é demais ressaltar, por exemplo, as alarmantes condições de nossos sistemas de saúde e educação, incapazes de garantir o mínimo ao indivíduo que procura, com o seu esforço e não por meios escusos, assegurar dignidade aos seus.

A ideologia neoliberal e o avanço da tecnologia transformaram o Planeta numa “aldeia global”, sendo que dentro dela os padrões de comportamento e de atuação, seja dos indivíduos, das instituições e até mesmo dos Estados, passaram a ser estabelecidos quase que exclusivamente pelos detentores do capital.

Nesse novo contexto, a força do mercado econômico e financeiro, sobretudo diante dos níveis de competição impostos pelos países asiáticos, vem exigindo dos Estados a implementação de uma política voltada para a revisão dos direitos sociais, resultando daí uma sistemática redução do nível de qualidade de vida daqueles que dependem basicamente da força do seu trabalho.

Esse novo perfil liberal do Estado vem acarretando o sucateamento dos serviços públicos voltados para a concretização dos direitos sociais, sendo que a amplitude do atendimento e a qualidade dos serviços de saúde, educação, assistência e previdência social, por exemplo, revelam-se sofríveis.

O Estado está de joelhos, mostrando-se impotente diante do poderio dos gigantescos conglomerados empresariais, aos quais vem se submetendo, resultando dessa pífia atuação do Poder Público um quadro lastimável de exclusão social, além de índices cada vez mais alarmantes de violência e criminalidade.

De se observar, ainda, que quanto menos efetivo no cumprimento de seu dever de garantir ao indivíduo o acesso aos direitos fundamentais, mais polícialesco e penitenciário tem se mostrado o Estado, fazendo com que, em pleno século XXI, as prisões se assemelhem às masmorras da Idade Média, caracterizando-se como verdadeiros depósitos de seres humanos.

Diante desse quadro, não se revela surpreendente a crise de credibilidade que atinge de forma contundente a classe política brasileira, resultando daí a clara impressão de que as instituições que devem dar sustentação ao Estado Democrático de Direito, como os Poderes Executivo e Legislativo, são descartáveis.

Por certo, esse mesmo nível de descartabilidade ronda o Poder Judiciário e, para que seja afastado, demandará um esforço de todos os operadores do Direito, sobretudo dos magistrados, para que uma nova concepção a respeito das estratégias de distribuição de justiça seja alcançada, tornando realidade as previsões do texto constitucional pertinentes aos direitos fundamentais.

Importante observar que, além dos esforços a serem empreendidos por aqueles que atuam na esfera do jurídico, a concretização dos direitos sociais em um nível mais elevado, capaz de atender de forma efetiva as necessidades da população, demandará uma nova postura da sociedade no que diz respeito à implementação e controle das políticas públicas.

Sem a participação efetiva dos homens e mulheres de bem no que diz respeito ao trato da coisa pública, a esfera política estará reservada quase que exclusivamente àqueles que buscam, nos meandros das estruturas administrativas do Estado, o lucro fácil e o enriquecimento ilícito.

Discutir prioridades a serem implementadas pelos Poderes Públicos, com a correspondente alocação de recursos, deve se caracterizar como atividade presente no dia-a-dia de todo e qualquer indivíduo que se mostre preocupado com o futuro de seu País.

A dificuldade financeira, sempre alegada pelos administradores como justificativa para a baixa amplitude e qualidade dos serviços públicos essenciais, não deve ser encarada como argumento definitivo. A escassez orçamentária caracteriza-se como algo diferente da inexistência total e completa de recursos, sendo que as dificuldades devem ser enfrentadas por meio de uma consciente escolha de prioridades, com alocação adequada de verbas, observando o que a Constituição Federal já sinaliza como objetivos e metas fundamentais.

No que tange à participação do Ministério Público na elaboração das políticas públicas, temos que ela passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União quanto ao atendimento dos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade civil organizada, definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes para tanto.

O Ministério Público, porém, não deve se sujeitar a discussões intermináveis sobre determinada política pública a ser implementada e cumprida. Para que tais discussões estéreis não se verifiquem, é preciso que o administrador tenha sempre presente a possibilidade de que, caso não cumpra o dever constitucional a que está obrigado, o Poder Judiciário poderá ser acionado a fim de que sejam tutelados os direitos sociais de forma efetiva.

As novas formas de interpretação, que valorizam os princípios e trazem para o universo jurídico a compreensão de que o direito processual deve estar voltado para a concretização do direito material, deixando para trás concepções extremamente formalistas, devem ser valorizadas.

Os dispositivos constitucionais pertinentes aos direitos sociais não devem ser encarados como normas despidas de eficácia jurídica ou como meras promessas constitucionais inconseqüentes.

As normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais sociais devem ter aplicação imediata, tudo de acordo com o que deixa claro o art. 5º, § 1º, da Lei Maior, dispositivo este que, até mesmo por sua posição dentro do ordenamento jurídico, não pode ter sua eficácia postergada ou simplesmente afastada.

No mundo globalizado, a atuação do mercado deve ser combinada com a intervenção do Estado, e é o texto constitucional quem assegura essa possibilidade por meio das normas que consagram os direitos sociais e regulamentam a ordem econômica.

O caminho a ser percorrido em busca da concreta implementação das políticas públicas voltadas para a garantia dos direitos fundamentais é longo e repleto de dificuldades. Entretanto, o fim almejado é justo e recompensador, sendo que somente poderá ser alcançado por intermédio da mobilização da sociedade e do comprometimento dos Poderes do Estado, tendo no Ministério Público o ponto de apoio e de fomento, encontrando no Judiciário a certeza da justiça social, exatamente aquela proclamada por Jesus Cristo, cujo símbolo indelével é a partilha do pão – o “o pão nosso” que na Oração pedimos ao Pai que nos seja ofertado a cada dia, ao mesmo tempo em que suplicamos o perdão por nossas faltas, entre as quais está, sem dúvida entre as mais graves, a indiferença para com aqueles que têm fome e sede, sobretudo de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Haroldo. *Para além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno*. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2008.

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 45, de 29.04.2004. Rel. Min. José Celso de Mello Filho. Distrito Federal. Argüinte: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Argüido: Presidente da República. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=45.NUME.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14.08.2008.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 271286, de 24.11.2000. Rel. Min. José Celso de Mello Filho. Rio Grande do Sul. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20271286.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20271286.ACMS.\)&base=baseAcor daos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20271286.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20271286.ACMS.)&base=baseAcor daos)>. Acesso em: 14.08.2008.

AGUIAR, Claudio Tenorio Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas: dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILELLA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79: Renovar, 1999.

_____. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66: Renovar, 1999-A.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales: Madrid, 2007.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- ALVES, Fernando de Brito. Os horizontes de Prometeu: cidadania e direitos fundamentais em países de modernidade tardia. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa! In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- APPIO, Eduardo. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2005.
- _____. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006.
- _____. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba, Juruá, 2006-A.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. Disponível em <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6441&>. Acesso em: 23.03.2009.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103: Renovar – FGV, 2005.
- _____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, Volume I. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. *Políticas públicas e dirigismo constitucional*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 03, p. 171-183: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

_____. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEZERRA, Paulo. Solidariedade: um direito ou uma obrigação? In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIANIRINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista – UNESP, 2001.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Porto: Departamento de Publicações da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2003-A.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. *O Estado, o Ministério Público e o pluralismo jurídico*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (FUNDINOPI), 2003-B.

_____. Direitos fundamentais e flexibilização dos procedimentos no processo jurisdicional. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

BONESSO, Allaymer Ronaldo Régis dos Bernardos. *Orçamento participativo, cidadania e direitos humanos: uma visão jurídico-política*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho: Faculdade Estadual do Norte Pioneiro (FUNDINOPI), 2006. Disponível em: <<http://www.mestrado.fundinop.br/teses/Allaymer%20Bonesso.pdf>>. Acesso em: 14.03.2009.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Unijuí, 2007.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2006.

BORDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 07.02.2009.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 07.02.2009.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 07.02.2009.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 07.02.2009.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 07.02.2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1967)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 07.02.2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07.02.2009.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 2, p. 82-87: Malheiros, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006-A.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: 34 – Editora da Universidade de São Paulo – USP, 2000.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panóptica. Vitória, ano 01, n. 06, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 03.03.2009.

_____. Revisando o princípio da separação dos Poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). Curitiba: Juruá, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) – USP, 1994.

_____. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. In: GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre a lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004-A.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 03, p. 289-300: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2006.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Ademar Antunes da. Cidadania e direitos humanos no marco do constitucionalismo. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (coord.). *Direito, cidadania e políticas públicas: direito do cidadão e dever do Estado*, Volume II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas: sugestões para uma reforma cultural no Judiciário*. Disponível em <<http://www.premioinnovare.com.br>>. Acesso em: 24.06.2006.

COSTA, Nilson do Rosário. *Políticas públicas, justiça distributiva e inovação: saúde e saneamento na agenda social*. São Paulo: Hucitec, 1998.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 03, p. 405-423: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- CRUZ, Paulo Márcio. Os princípios constitucionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (orgs.). *Princípios constitucionais e direitos fundamentais: contribuições ao debate*. Curitiba: Juruá, 2006.
- CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. Estado, direito e economia: uma visão realista acerca dos dilemas da efetivação dos direitos sociais nas democracias contemporâneas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIANIRINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionabilidade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DEMO, Pedro. *Pobreza política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas: Armazém do Ipê, 2006.
- DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>>. Acesso em: 13.08.2009.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- DITTRICH, Cícero. O conteúdo e o sentido do princípio da proporcionalidade e sua identificação na ordem constitucional brasileira vigente. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (orgs.). *Princípios constitucionais e direitos fundamentais: contribuições ao debate*. Curitiba: Juruá, 2006.
- DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2006.
- FACHIN, Zulmar. Direito à igualdade na Constituição de 1988. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) – USP, 1994.
- _____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Revista Isonomía. Madrid, n. 16, abril 2002. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_01.pdf>. Acesso em: 03.03.2009.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) – USP, 1994.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*, Volume I. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006-A.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional*, Volume II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Campinas: Peritas, 1997.
- GIACÓIA, Gilberto. *Ministério Público vocacional*. Revista Justitia. São Paulo, n. 197, p. 279-286: Associação Paulista do Ministério Público, 2007.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- GIDI, Antonio. A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GLOBEKNER, Osmir Antonio. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais através do instrumento das ações individuais. Revista de Processo. São Paulo, n. 170, p. 123-139: Revista dos Tribunais, 2009.
- GODINHO, Robson Renault. A admissibilidade da tutela jurisdicional e a efetividade dos processos envolvendo políticas públicas. In: VILELLA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GOMES, Inajara Tainá Lessa. O papel das ONG’s na construção da cidadania no Brasil. In: RABELO, Francisco Chagas Evangelista; BERNARDES, Genilda D’arc (orgs.). *Políticas públicas e cidadania*. Goiânia: Cãnone, 2008.
- GOMES, Rogério Zuel. A natureza normogenética dos princípios constitucionais e a sua importância na tutela processual do consumidor. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério

- Zuel (orgs.). *Princípios constitucionais e direitos fundamentais: contribuições ao debate*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GONÇALVES, Hermes Laranja. *Uma visão crítica do orçamento participativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Poder discricionário*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 93, p. 41-46: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Judiciário pode intervir no controle do Executivo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-08/judiciario-intervir-executivo-controlar-politicas-publicas>>. Acesso em: 08.06.2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HARGER, Marcelo. Os princípios constitucionais e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (orgs.). *Princípios constitucionais e direitos fundamentais: contribuições ao debate*. Curitiba: Juruá, 2006.
- HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LANZONI, Luciana; CRUZ, Célia. Estratégias da sociedade civil. In: GHANEM, Elie (org.). *Influir em políticas públicas e provocar mudanças sociais: experiências a partir da sociedade civil brasileira*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2007.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta. *Administração Pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul – EDUNISC, 2005.
- _____. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005-A.
- LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LÉRIAS, Reinéro Antonio. As Constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.
- LEWIS, Sandra Aparecida Lopes Barbon. Globalização e constitucionalismo: os novos significados da segurança jurídica. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; SILVA, Reinaldo Pereira e; LEWIS, Sandra Aparecida Lopes Barbon; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos;

MARQUES, Siomara (orgs.). *Constituição, justiça e sociedade*, Volume I. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

LIMA, Marie Madeleine Hutyra de Paula. A implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais e o princípio da eficiência. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos*, Volume II. Curitiba: Juruá, 2007.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 23-33: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) – USP, 1994.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005-A.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba, Juruá, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2005.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007-A.

- MICHELMAN, Frank. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I. Coimbra: Coimbra, 1997.
- _____. *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*. Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Porto Alegre, n. 30, p. 23-34: Tribunal Regional Federal da Quarta Região, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 09.03.2009.
- NERUDA, Pablo. *Últimos poemas*. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*, Volume I, Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Ministério Público e defesa da cidadania. In: PINSKY, Jaime (org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.
- _____. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PARAGUASSÚ, Lisandra. Brasil tira nota baixa em outra avaliação: exame da UNESCO revela resultado pífio, especialmente em matemática. O Estado de São Paulo (versão digital): São Paulo, 24.06.08. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080624/not_imp194800,0.php>. Acesso em: 09.03.2009.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.
- PAULA, Paulo Mazzante de. O trabalho liberta. Anais do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007.

- PEDRINI, Dalila Maria. Investigar, para quê? A pesquisa como possibilidade de capacitação e mobilização popular. In: PEDRINI, Dalila Maria; ADAMS, Telmo; SILVA, Vini Rabassa (orgs). *Controle social de políticas públicas: caminhos, descobertas e desafios*. São Paulo: Paulus, 2007.
- PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição & ineficácia social*. Curitiba: Juruá, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo (orgs.). *Atlas da exclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2004.
- PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS, 2005.
- QUIRINO, Carina de Castro. Os direitos fundamentais sociais e a revisão judicial das escolhas orçamentárias. In: FOLMANN, Melissa; ANNONI, Danielle (coords.). *Direitos humanos: os sessenta anos da Declaração Universal da ONU*. Curitiba: Juruá, 2008.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.
- REZEK, José Francisco. *O direito internacional no século XXI: textos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSSO, Paulo Sergio. *Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Revista Eletrônica do Centro de Estudos Jurídicos da Universidade Federal do Paraná (CEJUR-UFPR). Curitiba, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cejur.ufpr.br/revista/artigos/002-2sem-2007/artigo-09.pdf>>. Acesso em: 15.01.2009.

_____. *O princípio da solidariedade e o sistema tributário brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (FUNDINOPI), 2008. Disponível em: <<http://www.mestrado.fundinop.br/teses/Paulo%20Rosso.pdf>>. Acesso em: 15.01.2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SADEK, Maria Tereza Aina. Apresentação. In: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

SALIBA, Marcelo Gonçalves; SALIBA, Maurício Gonçalves. *O bagaço não reciclável*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1083, 19 jun. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8528>>. Acesso em: 18.03.2009.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista – UNESP, 2006-A.

_____. Neoliberalismo, justiça e direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_0030/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 23.03.2009.

SANTOS, Roberto Lima. Direitos humanos e o acesso à jurisdição internacional como instrumento de inclusão social. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs.). *Direitos humanos revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007-A.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n. 32, p. 213-226: Fórum, 2005.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo, Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Reflexões sobre a pré-compreensão constitucional: a dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; SILVA, Reinaldo Pereira e; LEWIS, Sandra Aparecida Lopes Barbon; SANTOS, Sidney Francisco Reis dos; MARQUES, Siomara (orgs.). *Constituição, justiça e sociedade*, Volume I. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

SILVA, Sandoval Alves da Silva. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Vini Rabassa. Controle social de políticas públicas: uma reflexão sobre os resultados da pesquisa. In: PEDRINI, Dalila Maria; ADAMS, Telmo; SILVA, Vini Rabassa (orgs.). *Controle social de políticas públicas: caminhos, descobertas e desafios*. São Paulo: Paulus, 2007-A.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006-A.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: breve balanço crítico nos quinze anos da Constituição brasileira. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.).

Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARIN, Denise. A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas. In: VILELLA, Patrícia (coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais & sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2008.

TONELLA, Celene. *Poder local e políticas públicas: o papel dos Conselhos Gestores*. Maringá: Editora da Universidade Estadual de Maringá – UEM, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). *Arquivos de direitos humanos*, Volume V. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. Los derechos humanos como “religión”: derechos humanos y concepción del mundo y de la vida – sus desafíos presentes. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil. In: GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre a lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WESCHENFELDER, Susimara. Participação cidadã nas políticas públicas através do Terceiro Setor. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (coord.). *Direito, cidadania e políticas públicas: direito do cidadão e dever do Estado*, Volume II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquin Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.