

# CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Carla Pozza <sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. Conceito de Constituição e Constitucionalismo. 3. Natureza das normas Programáticas. 4. Princípio da separação dos Poderes. 5. Direitos Sociais e a Aplicação do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. 6. Controle judicial das políticas públicas: reserva do possível e a existência do mínimo vital. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente ensaio tem por objeto examinar, no Estado Constitucional Democrático, a atuação do Estado no âmbito das políticas públicas. O tema procura abordar o problema da escassez de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações positivas.

A resposta ao problema está, em certa medida, conectada à eficácia e à efetividade dos direitos sociais. Mas também ligada à questão da colisão entre a democracia e os direitos fundamentais, a partir do exame da necessidade ou não da intervenção legislativa para reconhecimento dos direitos subjetivos sociais e fixação das condições em que isto seria possível.

Nesta problemática, igualmente se verifica o papel do Poder Judiciário no que respeita à tutela dos direitos subjetivos positivos. O questionamento passa pelo objeto da dúvida: poderia o juiz prestar, indefinidamente, tutela a tais direitos ou estaria ele limitado ao controle do discurso da “reserva do possível”? Ainda, estaria o magistrado restrito ao princípio da separação dos poderes e, por isso, não poderia invadir a competência orçamentária de outro Poder?

Não são raras as tentativas de responder a tais questionamentos, quer doutrinária, quer jurisprudencialmente. A despeito disso, o debate em torno da temática continua a ser objeto do palco jurídico. Permanece a discussão acerca dos direitos sociais prestacionais, que dependeriam de recursos materiais e, portanto, de mediação legislativa.

Para uma melhor compreensão do tema proposto neste ensaio, pensamos ser imprescindível uma anterior noção do que seja Constituição e a evolução do Constitucionalismo, a fim de entendermos os elementos normativos conectados a opções políticas gerais, a exemplo da erradicação da pobreza.

---

<sup>1</sup> Advogada em Porto Alegre

A introdução dessas normas, de feição axiológica, deve-se, em especial, ao descaso dos direitos do homem experimentado pelos países europeus quando submetidos aos regimes totalitários.

No intuito de resgatar os valores do homem e construir sociedades fundadas no respeito e na dignidade da pessoa humana, a Constituição, seja escrita ou não, como uma ordem fundamental, restou permeada por normas jurídicas e princípios éticos e de valores fundamentais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi promulgada no momento em que o País buscava a democracia. Procurou substituir o modelo jurídico liberal pelo modelo de um Estado que assume prestações perante os particulares. Cuida-se de um Estado inclusivo. No entanto, após quase duas décadas de sua promulgação, o que se percebe é um texto prolixo e muitas vezes ineficaz para atender às necessidades mais prementes apresentadas pela realidade social.

Ademais, cumpre examinarmos a natureza das normas programáticas destinadas pela Ordem Constitucional para dar eficácia aos direitos fundamentais. Seriam elas normas princípios e, portanto, de aplicação imediata, ou não passariam de programas, cuja implementação dependeria da vontade política em sentido amplo? Então, o que fazer para sair da seara das normas programáticas e implantar as prestações assumidas pelo Estado? E a implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais?

A doutrina constitucional da efetividade e a maior atuação do Poder Judiciário têm possibilitado um maior respeito aos direitos de segunda geração, os quais dependem das ações positivas do Estado para a sua eficácia.<sup>2</sup>

Desta maneira, não só é necessária maior fundamentação dos direitos fundamentais, mas também é imprescindível uma construção dogmática adequada para a disciplina das políticas públicas, como modo de obtenção da efetividade social e jurídica.

É claro que não se pode ter a ingenuidade de pensar que apenas a dogmática jurídica possui o condão de efetivação das políticas públicas vigentes na ordem constitucional. Imperativo que haja uma interpenetração das esferas política e jurídica e, além disso, uma mútua cooperação entre os poderes, dentro dos limites impostos pelo princípio de sua separação.

As decisões políticas devem estar pautadas pela supremacia da Constituição, pois a força normativa vinculante dos princípios permite não apenas a consolidação de um Estado, mas também a efetivação material de um modelo de justiça.

Por fim, veremos que as decisões judiciais não podem ignorar a limitação dos recursos orçamentários do Estado e, por isso, deve o Judiciário levar em conta que a realização dos direitos fundamentais sociais depende do vínculo financeiro

<sup>2</sup> Conforme Robert Alexy, *los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto*. In: ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 482.

subordinado às possibilidades orçamentárias do ente público, de modo que, comprovada sua incapacidade financeira, dele não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do direito subjetivo reclamado.

## 2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

O Direito Constitucional é um ramo do direito público que tem por objeto estabelecer a organização política do Estado, compreendendo seus órgãos, competência, o poder e seus limites e as garantias e os direitos fundamentais.

A Constituição é o estatuto máximo do Estado organizado politicamente. Seu significado decorre da idéia antecedente que lhe dá suporte, qual seja, a de que os homens necessitam de uma estrutura organizacional com poder de coerção para mediar os conflitos decorrentes das relações interpessoais.<sup>3</sup>

Esta estrutura é o Estado, cuja competência é coordenar o processo social, a fim de evitar a *guerra de todos contra todos* de que falou Thomas Hobbes,<sup>4</sup> haja vista a tendência de o homem viver de modo desregrado.

De outro lado, em virtude dessa sujeição do homem ao poder do Estado, a competência deste não poderia ser desprovida de limites, pois a atuação estatal deve visar sempre ao bem comum. A busca deste 'equilíbrio' ensejou a elaboração de um documento básico, no qual fossem estabelecidas regras a serem observadas, assim como limites da competência exercida pelos governantes em relação aos governados. A este documento denominou-se Constituição.

Erigido a partir de idéias iluministas, o espírito inicial do documento fundamental de um Estado foi marcadamente de cunho político (constituição em sentido formal), voltando-se depois para as garantias do cidadão (constituição em sentido material). O movimento do constitucionalismo, conquista do liberalismo na Revolução Industrial, procurou estabelecer a hegemonia da classe burguesa e, com isso, a paralisação do Estado em sua pretensão de modelar a vida social.

O sistema liberal e a supremacia burguesa foram combatidos pelo movimento socialista, o qual carregava a bandeira do bem-estar social, cuja pretensão mais utópica foi eliminar a propriedade privada dos meios de produção.<sup>5</sup>

Diante desse movimento socialista, a classe dominante anuiu na criação de um pacto com a classe trabalhadora, garantindo a criação de normas e estruturas que conferissem dignidade mínima de vida e condições econômicas ao cidadão. Cuidava-se da Constituição do Estado liberal.

Conquanto tais estruturas organizacionais bem funcionassem, o aspecto político da sociedade passava ao largo. Não havia qualquer questionamento

<sup>3</sup> SERPA, José Hermílio Ribeiro. *Direito Constitucional Interdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 27.

<sup>4</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatan, o, la Materia, Forma y Poder de una Republica Eclesiastica y Civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940, capítulo XIII, *apud* SERPA, José Hermilio Ribeiro, *idem*.

<sup>5</sup> Ver Charles Fourier, Robert Owen, Karl Marx e Friedrich Engels, estes dois últimos autodenominados científicos.

acerca do tema. A sociedade encontrava-se desnuda politicamente, situação que possibilitou a abstração dos textos constitucionais e coroava os normativistas.<sup>6</sup>

A propósito, PAULO BONAVIDES professa que os normativistas alcançaram “surpreendentes extremidades de uma teoria metaempírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado”.<sup>7</sup>

Como se pode notar, a tentativa de conciliar os aspectos jurídicos e políticos de uma Constituição não é privilégio da contemporaneidade. No período clássico, em que predominou a dimensão individualista, deu-se importância a uma Constituição de aspecto jurídico. Ao passo que no período social e contemporâneo imprimiu-se na Constituição uma conotação mais política.

Ora, a evolução do direito público fez com que a Carta Fundamental acompanhasse as constantes mudanças da realidade social. Para tanto não pode ser estática e nem engessada a modelos liberais, mas, ao contrário, flexível e elástica de modo a refletir os *influxos* a que está sujeita, *numa escala de dependência cada vez mais avultante*.<sup>8</sup> Aliás, uma Constituição desprovida de significado, de valores, isto é, distante da realidade social, enseja, como de fato ensejou, golpes de Estado e, por consequência, uma instabilidade da ordem constitucional.

A necessidade de um mínimo de eficácia sobre a realidade social fez com que rísse o Constitucionalismo de aspectos estritamente formais, daquela estrutura apenas lógica e racional de um texto. Uma Constituição meramente fictícia cedeu espaço ao conteúdo material de maneira a satisfazer as necessidades mais prementes de uma sociedade.<sup>9</sup>

Não foi por acaso que as conquistas no plano dos direitos sociais, introduzidas nas constituições do México de 1917 e na de Weimar da Alemanha de 1919, posteriores à Revolução Russa de 1917, trouxeram a regulamentação do trabalho e dos benefícios sociais, sem, contudo, afetar as relações básicas da ordem capitalista.

Com isso, buscou-se evitar o normativismo extremado, de cunho abstrato e até mesmo cético, a fim de garantir as liberdades do homem, pois componentes de uma realidade dinâmica.

Com efeito, não se pode afirmar ser fácil diferenciar uma Constituição no plano jurídico do plano fático. Mormente quando se sabe que a Constituição formal não é distinta da sociedade.

Nesse sentido, PAULO BONAVIDES, ao citar o constitucionalista KONRAD HESSE, diz que “paralelamente ao espírito do poder, cumpre reconhecer, também com Hesse, o espírito da Constituição. O espírito do poder existe quando a Sociedade só reconhece e pratica a Constituição real. O espírito da Constituição, ao contrário, deriva da consciência de que a ordem constitucional é justa e legítima,

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 95.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 95.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Idem.*

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 97.

de que seu conteúdo traduz anseios profundos ou corresponde a necessidades imperiosas, tanto dos cidadãos como do ordenamento estatal. Quando a Constituição formal, removendo contradições, chega quase a coincidir com a Constituição real, temos então sistema, em que realmente se exprimem as decisões básicas da Sociedade, e que lhe guia e fundamenta as instituições e o comportamento”.<sup>10</sup>

Deste modo, a Constituição não pode ser vista como um texto estático e estanque, ou seja, desprovido de qualquer aspecto valorativo e real. Aliás, nenhuma disciplina ou segmento, seja do Direito ou não, pode ser visto de maneira unilateral e singular. A visão global ou do todo de uma Constituição é imprescindível para captar o seu espírito jurídico, o qual deve orientar e guiar a ordem primeira de uma Sociedade.

O conceito de Constituição em seu sentido jurídico tem como representante HANS KELSEN, o qual alocou a Constituição no mundo do dever ser e não no mundo do ser. Ou seja, no pensamento do autor austríaco a Constituição é fruto da vontade racional do homem e não de leis da natureza. Considerada como norma do dever ser, a Constituição não pretende qualquer fundamentação sociológica ou filosófica, e possui dois sentidos: lógico-jurídico e jurídico-positivo.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, traduzindo a idéia de KELSEN, observa que o sentido lógico-jurídico da Constituição significa “*norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição *jurídico-positiva*, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau”.<sup>11</sup>

KELSEN doutrina que apenas a noção clara de Constituição é que possibilitará a compreensão da estrutura hierárquica da ordem jurídica. Diz o célebre autor que apesar de toda a evolução e transformações, “(...) a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem (...)”. Ensina o constitucionalista austríaco que a Constituição sempre se constitui no fundamento do Estado, na base da ordem jurídica, e exprime as “forças políticas no momento considerado”. Ainda, diz ser a Lei Fundamental a “(...) **regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal**” (grifei).<sup>12</sup>

Importa referirmos ainda o sentido material e formal da Constituição. O primeiro diz respeito às normas que cuidam da estrutura e organização do Estado, tais como o seu governo e seus órgãos, enquanto o sentido formal da Constituição,

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 98.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 41.

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdicção Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 130-131.

que em certa medida abarcaria o que Schmitt denominou de *lei constitucional*, trata da maneira como a norma ingressou no ordenamento jurídico. A norma é introduzida pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais dificultoso e solene.

Deste modo, é possível encontrar em um texto constitucional norma sem conteúdo constitucional, mas por ter sido inserida no corpo do Estatuto Maior, por meio de processo legislativo solene, formal e dificultoso, adquire o *status* de lei constitucional, a exemplo do parágrafo segundo do artigo 242 da Constituição Federal Brasileira, o qual estabelece que o Colégio Pedro II, situado no Rio de Janeiro, deverá ser mantido na órbita federal. Ora, apontada norma não diz respeito à estrutura e à organização política do Estado e sequer aos direitos e garantias fundamentais. Trata-se de norma constitucional apenas em sentido formal.

A propósito, enuncia KELSEN: “Fala-se de Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma”.<sup>13</sup> Ponderando a respeito, BASCUÑAN assevera que “essa diversidade de órbitas entre o que é constitucional só na esfera formal e aquilo que o é em sentido substancial, logicamente só se produz nas Constituições escritas, desde que, nas consuetudinárias, unicamente a interpretação racional determina quais as regras do sistema jurídico que têm caráter constitucional”.<sup>14</sup>

Com efeito, não é o fato de ser escrita ou costumeira que irá determinar a flexibilidade ou rigidez de uma Constituição. Exemplos não faltam. CARL J. FRIEDRICH, ao apontar a Constituição americana, que data de 1787, como modelo, diz: “Algumas das principais normas constitucionais dos Estados Unidos, que definem as peculiaridades de sua organização política, não estão escritas na Constituição de 1787 nem nas emendas aprovadas posteriormente – por exemplo, a doutrina da revisão judicial, que permite aos tribunais decidir da constitucionalidade dos atos realizados pelos outros poderes -, assim como os distintos aspectos do funcionamento dos partidos políticos. E também as normas escritas têm que ser sumamente flexíveis, porque é impossível regulamentar com absoluta precisão as eventualidades do futuro”.<sup>15</sup>

É inquestionável que o termo Constituição abarca muitos significados, desde o mais amplo possível. Etimologicamente, expressa aquilo que constitui, cria e origina. Constitui politicamente o Estado, a criação de sua estrutura e de seus órgãos, de sua competência e dos limites de seu poder, além dos direitos da pessoa humana. Enfim, representa o Estado e o Poder.

No entanto, no âmbito da ciência política, a palavra Constituição é insuficiente para determinar a verdadeira dimensão do fenômeno político que ocorre no Direito Constitucional. A realidade pertinente à organização política do Estado,

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. P. 330, *apud* José Afonso da Silva, op. cit. p. 82.

<sup>14</sup> BASCUÑAN, Alejandro Silva. *Tratado de Derecho Constitucional – Principios*. P. 66, *apud* José Afonso da Silva, op. cit., pp. 82/83.

<sup>15</sup> FRIEDRICH, Carl J. *La Nueva Constitución de Puerto Rico*. Pp. 44/45, *apud* José Afonso da Silva, op. cit., p. 85.

abrangendo o governante e os governados, impõe a remoção de uma crise semântica para determinar de modo mais preciso aquilo que se pretende expressar e comunicar.

Mas o que realmente vem a ser uma Constituição? Como bem enunciado por HESSE, a “direção, na qual essa questão deve apontar, depende da tarefa que deve ser resolvida com o conceito a ser obtido; ela pode, por causa disso, para a Teoria da Constituição ser uma outra que para a Doutrina do Direito Constitucional”. E continua o constitucionalista a explicar que “a questão sobre um conceito de constituição abstrato, no qual deve ser compreendido o comum de todas as constituições ou, então, de numerosas históricas sob descuido de particularidades temporais e espaciais, pode ser conveniente para a Teoria da Constituição. Para a Doutrina do Direito Constitucional, um tal conceito seria inadequado para fundamentar uma compreensão que estivesse em condições de dirigir o vencimento de problemas jurídico-constitucionais práticos, colocados *hic et nunc*. Como a normatividade da Constituição vigente é a de uma ordem histórico-concreta, e a vida, que ela deve ordenar, é vida histórico-concreta, pode, no quadro da tarefa de uma exposição dos elementos fundamentais do Direito Constitucional vigente, somente ser perguntado pela Constituição atual, individual-concreta”.<sup>16</sup>

Dentro dessa perspectiva temos o sistema constitucional. Surge a teoria constitucional integrativa de RUDOLF SMEND. Este constitucionalista alemão procura compreender o conceito de Constituição como um processo de colaboração consciente, a exemplo de HELLER.<sup>17</sup> Este processo nada mais é que interpretação atualizada do texto constitucional sustentada em princípios da ordem constitucional. Ou seja, na linha de GADAMER, o processo “procura compreender mais intensamente os elementos da historicidade, da abertura estrutural, do ‘dinâmico’”.<sup>18</sup> É a particularidade ou a situação concreta que deverá ser observada.

Nesse aspecto, KONRAD HESSE assevera que o conceito de Constituição “somente pode ser compreendido desde a tarefa e a função da Constituição na realidade da vida histórico-concreta. Nela estão dadas, inevitavelmente, unidade política e ordem jurídica”.<sup>19</sup>

Ora, é esta unidade política que indica que o Estado e o poder estatal não podem ser considerados como pressupostos de algo encontrado, como bem salienta o doutrinador alemão. Não há falar em direito natural ou modelo aristotélico, porquanto se trata da fusão de pluralidade de interesses de um fenômeno permanente, já que voltado para a realidade social.

Por outro lado, HESSE chama a atenção para o significado da locução unidade política. Diz o constitucionalista que unidade política não significa hegemonia, harmonia, assentimento de todos. Nem se poderia reunir tais atributos, haja

<sup>16</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 25.

<sup>17</sup> SMEND, R. *Verfassung und Verfassungsrecht Staatsrechtliche abhandlungen* (2. Aufl. 1968) S. 189. *apud* KONRAD HESSE, *op. cit.*, p. 28.

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. *Idem*.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.* p. 29.

vista as diferenciações existentes no ambiente social e político.<sup>20</sup> Com fundamento nessa visão é que se pode afirmar o equívoco da visão ontológica de alguns institutos, a exemplo do federalismo preconizado em nosso País. Aliás, conforme os ensinamentos de LUÍS AFONSO HECK, a funcionalização é necessária para que o Estado possa cumprir o seu papel, observando sempre a ordem constitucional. A unidade funcional é que deve ser considerada pressuposto para que o Estado efetivamente exista e se faça presente, sob pena de termos guerra civil, como a que vem ocorrendo nas favelas do Rio de Janeiro.

A tradicional distinção entre Estado e Sociedade, preconizada no Estado liberal, não mais pode ser sustentada. A unidade política e a ordem jurídica exigem uma mútua colaboração em razão da rápida transformação das condições de vida, exigindo o cumprimento de novas tarefas por parte do Estado.<sup>21</sup>

É essa coordenação entre Estado e Sociedade que possibilita a democratização de uma ordem jurídica, pois permite que valores sejam observados em textos fundamentais e impede que a ordem social viva à margem da realidade. Ao revés do Direito Natural, a ordem histórica considera a atividade do homem e seus valores para a efetivação do Direito.

Para KONRAD HESSE, “nem de um Estado determinado, independente da atividade humana, nem de um direito encontrado pode, por conseguinte, ser partido, senão somente das tarefas expostas. Para poder satisfazê-las, é necessária uma ordem constituinte: a Constituição. A Constituição é a *ordem fundamental jurídica da coletividade*. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade política e tarefas estatais a ser exercidas”. E, citando HOLLERBACH, diz ser a Constituição “o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade”.<sup>22</sup>

O conceito analítico estruturado pelo constitucionalista alemão difere daquele ontológico fundado em Aristóteles, pois o direito constitucional está muito além de um simples Direito Estatal (Direito Administrativo, Direito Comunitário Internacional). Como ordem jurídica de uma coletividade, o direito constitucional compreende várias regulações, assim como produz pressupostos de criação, validade e eficácia das normas jurídicas multidisciplinares.

A Constituição deve consagrar um sistema de garantia de liberdade e conter um sistema de divisão de poderes. E sua força normativa deve vincular governante e governado. Nesse sentido, GARCIA ENTERRIA diz que o “fundamentalmente novo do Estado constitucional frente a todo o mundo do autoritarismo é a força vinculante bilateral da norma, isto é, a vinculação por sua vez das autoridades e dos cidadãos, e a fundamentalmente igual vinculação de todas as autoridades e de todos os cidadãos, em contraposição de Estado e de privilégios de velhos e novos cunhos. A constituição jurídica transforma o poder desnudo em legítimo

<sup>20</sup> HESSE, Konrad. Op. Cit. p. 30.

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. Op. cit., p. 32.

<sup>22</sup> HESSE, Konrad. Op. cit., p. 37.

poder jurídico. O grande lema do Estado constitucional tem sido a exigência de que o arbitrário government by men deve dissolver-se em um jurídico government by laws”.<sup>23</sup>

Portanto, a partir da constitucionalização do processo social, a Constituição não mais só define o sistema de Estado e de Governo, assim como os direitos e garantias individuais, mas também procura salientar, enfatizar e enunciar um modelo econômico e social, com intuito de viabilizar uma vida social de modo mais equilibrada, uma vida mais digna e com um mínimo de justiça. A propósito, esse comprometimento com os sentimentos de solidariedade humana foi cunhado por MIKRKINE-GUETZÉVICH, conforme lembra PINTO FERREIRA, conforme bem salientou o eminente doutrinador José H. R. Serpa.<sup>24</sup>

### 3 NATUREZA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Conforme visto no tópico anterior, o conceito jurídico de Constituição delineado no período do liberalismo foi abalado com o surgimento do Estado Social, no qual se buscou consolidar novos direitos sociais antes não previstos nas Constituições positivistas e de cunho racionalista. Aflorou, assim, uma onda de normas programáticas que inaugurou nova fase, vigente até hoje.

A ausência de instrumentos teóricos capazes de interpretar novos princípios e institutos criados pelo Estado Social fez com que o Constitucionalismo entrasse em crise. A Constituição de Weimar surge no auge desta conturbada transição entre o fim do Estado Liberal e o início do Estado Social, dispondo normas diretivas para interpretar o novo Constitucionalismo social.

No entanto, em face das suas imperfeições, as novas normas e diretrizes traçadas na Carta de Weimar dificultaram aos juristas a interpretação do texto constitucional. Tal dificuldade deveu-se à redução do grau de juridicidade refletida em normas abstratas e conceitos indeterminados.

As normas programáticas inseridas nas Constituições pós-liberalismo dissolveram o conceito jurídico tão arduamente construído pelos doutrinadores positivistas. Esta nova fase de normas programáticas, ainda não encerrada, causou e continua provocando debates calorosos.

O drama do Constitucionalismo contemporâneo reside justamente em não deixar de qualificar a norma programática como jurídica. Vale dizer, o positivismo deve-se fazer presente.

A diminuição do grau de juridicidade vem refletida em normas abstratas. Aliás, nesse aspecto, PAULO BONAVIDES diz que “o novo caráter da Constitui-

<sup>23</sup> ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 108, *apud* José Hermílio Ribeiro Serpa. **Direito Constitucional Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 39.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 38. Ver também FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11.

ção lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima”.<sup>25</sup>

Deixa, assim, a Constituição de ser preponderantemente de conteúdo jurídico para ser político. Uma Constituição mais dinâmica e próxima da realidade substitui a formal e rígida. A propósito, sobre essa nova visão formalista-valorativa da Carta Fundamental, é oportuno transcrever os ensinamentos de BONAVIDES:

“O retorno à programaticidade empalidece tudo quanto dantes se conheceu em matéria de abstração constitucional, porquanto o conteúdo normativo sobre que incidem as máximas programáticas no constitucionalismo do século XX tem uma vastidão abrangedora de toda a esfera material da Sociedade. Esse campo, o da Sociedade, o Estado liberal – atado a uma tradição que apenas declarava, com sabor de arte literária e não de ciência jurídica, os direitos invioláveis do homem e do cidadão – deixara quase intacto, o que evidentemente não aconteceu com o Estado social. O panfleto de Lassalle sobre a essência das constituições desfez a crítica teórica mais lacerante que já se fez sobre a eficácia das normas exaradas nas Constituições rígidas e formais”.

“À Constituição folha de papel do racionalismo, contrapôs Lassalle a Constituição real, viva, dinâmica, quase palpável, conjunto de forças sociais e econômicas indomáveis, que formam, frente à Constituição rígida, aquela corrente subterrânea e invisível cujas águas o formalismo é impotente para represar, sendo ela, em última análise, a corrente que arrasta em seu curso a História e as instituições, arruinando os fundamentos do edifício constitucional clássico”.<sup>26</sup>

Conforme a melhor doutrina, essa nova concepção de Constituição, mais afeita aos valores e à realidade, se conduzida ao extremo poderá corroer os pilares sustentadores da ordem jurídica, além de provocar danos à eficácia e positividade da norma suprema. E, como conseqüência, a legitimidade desta ordem constitucional restará suprimida.

Inevitavelmente surge o conflito quanto à natureza das normas contidas na Constituição, em especial as programáticas. A inquietação doutrinária, sobre se essas normas possuem caráter preceptivo ou se se restringem a diretrizes encontradas fora do quadro normativo da Constituição, levou não poucos doutrinadores a classificar as normas adotando critério formal ou material.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> E em nota de rodapé complementa o constitucionalista: “A Constituição francesa de 1795 e a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919 (a Constituição de Weimar) são os dois pólos históricos e ideológicos da programaticidade no constitucionalismo dos sistemas políticos ocidentais; a primeira, protótipo do Estado liberal (sobretudo em sua primeira fase); a segunda, do Estado social, quando este se estréia como forma ou modelo institucional. Ambas, estuário de todas as esperanças doutrinárias de uma época: a primeira, refletindo o trunfo da Sociedade sobre o Estado, a segunda, o do Estado sobre a Sociedade ou pelo menos a sua já esboçada superioridade e preponderância. A Constituição de 1795, disse Lorenz von Stein que “seu caráter consistia em não representar nada, mas tudo admitir”, ao passo que da Constituição de Weimar também se afirmou – é o caso de Kirchheimer e Schmitt – haver ela se contentado de colocar lado a lado, para livre escolha, os mais diferentes sistemas de valores, abrindo assim caminho e oportunidade à concretização de todos os fins imagináveis (Carl Schmitt, ob. cit., p. 582)”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 233-234.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 234.

<sup>27</sup> Sobre o tema consultar Paolo Barile e Alberto Predieri, “Efficacia abrogante delle norme della Costituzione”, in *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*, Piero Calamandrei e Alessandro Levi (orgs.), v. 1, p. 70. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 235.

Estabelecer o caráter jurídico das normas programáticas tornou-se imperioso, pena de retrocedermos no que respeita à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Reconhecer a eficácia vinculante das normas programáticas somente é possível se reconhecida sua juridicidade. Aliás, quanto à unidade normativa de tais normas, RUI BARBOSA ensina em seus comentários à Constituição Federal que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições.

Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não se revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislação, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem”.<sup>28</sup>

Atribuir eficácia vinculante à norma programática afastará, portanto, a ideologia de que ela apenas é princípio diretivo de futuro comportamento estatal. Obviamente que declarar a juridicidade de uma norma programática não irá diminuir a problemática acerca do limite e competências do Poder. Conforme salientado pelo constitucionalista BONAVIDES “haverá sempre uma instância invisível, um poder latente ao lado da Constituição formal, decidindo, modificando, renovando comportamentos. Essa instância é política”.<sup>29</sup> Por isso, inequívoca a idéia de que a norma programática permitiria ao Poder estatal deixar de cumprir os programas nela previstos, assim como de atender aos princípios constitucionais.

Por outro lado, conferir às normas programáticas a juridicidade contribuirá com a solução para a crise conceitual histórica de Constituição. Compreendê-las e interpretá-las corretamente possibilitará a reconciliação do conceito jurídico e do conceito político de Constituição, a fim de efetivamente caminharmos para um Estado Constitucional Democrático.

Mas, como classificar e interpretar as normas programáticas?

Muitos critérios e classificações foram abordados doutrinariamente, alguns de melhor aplicabilidade em Constituições flexíveis e outros passíveis de ser observados apenas no sistema de Constituições rígidas.<sup>30</sup> Por se tratar a Constituição Federal Brasileira de Constituição rígida, o foco cingir-se-á na distinção entre normas programáticas e não programáticas.

A aparente simplicidade em diferenciar norma programática e norma não programática não se estende ao reconhecimento do seu conteúdo preceptivo. Voltados a encontrar critérios determinantes da natureza e eficácia das normas constitucionais, estudiosos italianos, nas últimas três décadas, aprofundaram-se com seriedade no tema. Em seus estudos, adotaram três critérios: o do destinatário, o do objeto e o da natureza da norma.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, II, p. 489. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., pp. 236-237.

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>30</sup> Para aprofundar no tema consultar Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit.

<sup>31</sup> Consulte-se Giuseppe Cassoni, “Norme programmatiche e norme precettive nella nuova Costituzione, nelle discussioni e nelle giurisprudenza del quinquennio”, p. 98. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 239.

No que concerne ao destinatário, seria programática a norma destinada ao legislador e não programática ou preceptiva a dirigida ao juiz e ao cidadão. Quanto ao objeto da norma, as programáticas dizem respeito ao comportamento estatal, ao passo que a não programática recai sobre relações privadas. Por fim, no que respeita à natureza da norma, a programática qualifica-se por sua abstração e incompletude, requerendo norma integrativa, enquanto a não programática é completa e, por isso, suscetível de imediata aplicabilidade.

Críticas a esses critérios não foram economizadas, especialmente no que respeita ao critério *destinatário*. KELSEN incisivamente rejeitou a idéia de que a norma só possa ser definida pela sua imperatividade. Segundo o autor de Viena, a norma antes de tudo é um *juízo hipotético*, razão por que “não comanda, mas se limita a descrever certos efeitos jurídicos que se prendem a determinadas espécies, de sorte que nesta sua função descritiva se dirige a todos, sem dirigir-se a ninguém em particular”.<sup>32</sup>

Nesse mesmo sentido muitos outros doutrinadores manifestaram a discrepância concernente ao *destinatário* como critério identificador na natureza e eficácia das normas constitucionais.<sup>33</sup>

Entre nós, diversas outras classificações foram elaboradas pela doutrina. A distinção feita pelos constitucionalistas americanos em auto-executáveis (*self executing provisions*) e não auto-executáveis (*not self executing provisions*) produziu reflexos no Brasil. RUI BARBOSA de pronto escreveu: “Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, se nos permitem uma expressão que traduza num só vocábulo o inglês *self executing*, são, portanto, as determinações para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. Mas nem todas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. A mais delas, pelo contrário, não o são”. E finaliza, citando um julgado americano: “A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos”.<sup>34</sup>

PONTES DE MIRANDA também se ocupa da classificação. Ensina que “quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self executing*, *self acting*, *self enforcing*. Quando, porém, precisam de regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastante em si”.<sup>35</sup>

A classificação dicotômica clássica elaborada pelos dois brilhantes juristas brasileiros remete-nos às *Limitações Constitucionais* de Cooley: “Pode-se dizer

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, p. 49, e *Hauptprobleme der Staatslehre*, p. 379. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 240.

<sup>33</sup> Consultar Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, pp 138-144 e Arnaldo Vasconcelos, *Teoria da Norma Jurídica*, pp. 47 a 52. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 240.

<sup>34</sup> BARBOSA, Rui. Op. cit. p. 488.

<sup>35</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 126, vol. I.

que uma disposição constitucional é auto-executável (*self executing*), quando nos fornece uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípio, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei".<sup>36</sup>

No entanto, a ciência não estagnou. Os estudos acerca do tema continuaram e novas classificações surgiram. Em especial as do jurista ANSCHUETZ, citado por BONAVIDES, que revela, após análise de documentos constitucionais da Prússia, uma classificação tripartite dos direitos fundamentais, e que uma das categorias destes direitos abarcaria justamente as normas programáticas.<sup>37</sup>

A dicotomia clássica, a partir dos estudos de ANSCHUETZ, foi perdendo espaço para uma tripartição normativa. JOSÉ AFONSO DA SILVA, constitucionalista brasileiro que talvez mais se ocupou do assunto, formulou uma classificação autônoma e própria das normas constitucionais. Partindo da eficácia e aplicabilidade, classificou: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata e normas constitucionais de eficácia reduzida, nestas estariam compreendidas as programáticas.<sup>38</sup>

Em razão do objeto do presente ensaio, nossa análise focará as normas constitucionais de eficácia reduzida, nas quais estão compreendidas as programáticas, conforme classificação do constitucionalista recém citado. São essas, sem dúvida, que mais suscitam questionamentos e, não raras vezes, provocam interpretações equivocadas.

No ir e vir e após os influxos históricos, as normas programáticas são o que melhor mostram o mundo fenomênico. Vale dizer, refletem os valores e o processo dinâmico de uma Sociedade. Nesse aspecto, BONAVIDES lembra que o constitucionalista alemão HUBER atentou indiretamente para essa relação entre normas programáticas e o dinamismo social, quando asseverou que a baixa densidade do termo técnico-jurídico dos direitos fundamentais possibilita que nele se operem modificações de fundamentos espirituais bem mais rápidas do que em qualquer outro segmento do Direito Constitucional.<sup>39</sup>

Como vimos, as regras programáticas nasceram juntamente com os direitos sociais fundamentais na Carta de Weimar de 1919. E, independentemente do rigor técnico que a elas possa ser infligido, as normas programáticas constituem-se na categoria mais abstrata. Aliás, exatamente pela sua generalidade alguns constitucio-

<sup>36</sup> COOLEY, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 6ª ed., p. 93, pp. 99/100. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit. p. 242.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 253/254. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 244.

<sup>39</sup> Consulte-se E. R. Huber, ob. cit., pp. 2/3. Escreve ainda Huber sobre direitos fundamentais: "O direito fundamental não pode ser extirpado de suas raízes histórico-espirituais, sem que mude em sua importância jurídica e se acomode às novas condições espirituais nas quais vige" ("Das Grundrecht Kann nicht aus seiner geistes-geschichtlichen Verwurzelung gelöst werden, ohne sich in seiner juristischen Bedeutung zu ändern und an die neuen geistigen Bedingungen, in denen es gilt, anzupassen"). *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., pp. 245-246.

nalistas recusaram a lhes conferir natureza e eficácia jurídica. Para estes, as normas programáticas não passariam de meros guias ou diretivas do ordenamento jurídico distintas das normas que cuidam da organização de um Estado, ou seja, daquelas que disciplinam as competências e a limitação de poder dos órgãos estatais.<sup>40</sup>

Com efeito, a norma programática indica a ação e o comportamento futuro do ente público. Nesse sentido, CRISAFULLI assinala literalmente o vínculo da norma programática com os órgãos estatais, especialmente com o legislativo, conforme citado por BONAVIDES:

“1. O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso *preceptivas*, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, com certeza, *pelo menos* aos órgãos legislativos.

“2. O reconhecimento, no vigente ordenamento, da natureza propriamente obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como conseqüência da eficácia formal prevalente de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias.

“3. O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis subseqüentes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis preexistentes, se contrastarem e enquanto contrastarem com tais normas”.<sup>41</sup>

A par destes reconhecimentos da eficácia normativa, a norma programática também poderá ser considerada em seu sentido estrito ou de forma mais ampla, mais genérica, portanto.

O maior grau de abstração ou generalidade leva a norma programática a funcionar como norma-princípio ou guia na confecção das demais normas jurídicas. O vínculo programático deste princípio geral, inserto na norma constitucional, obriga e é prevalente sobre a lei de hierarquia não constitucional. Não fosse só isso, a regra-princípio é fundamento de interpretação das demais normas.

De outro lado, a norma programática em sentido restrito, ou propriamente dita, traça um programa a ser seguido, não podendo o Estado dele afastar-se, salvo motivo justificado. O jurista italiano CRISAFULLI afirma que “(...) numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como *programáticas* as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. (...)”.<sup>42</sup>

PIERANDREI, ao seu turno, afirma que as normas programáticas restringem-se a estabelecer pressupostos para a evolução do Estado. Diz que são normas que

<sup>40</sup> Consultar Paulo Bonavides, op. cit., p. 246.

<sup>41</sup> V. Crisafulli, ob. cit., p. 52. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 247.

<sup>42</sup> V. Crisafulli, ob. cit., p. 104. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 248.

contemplam programas de comportamento que vinculam o legislador, que é seu destinatário, sempre que quiser legislar. A despeito desta vinculação, o autor ensina que os programas não fixam princípios específicos e tampouco criam institutos.<sup>43</sup>

A partir desses ensinamentos é possível concluir que as normas programáticas não se resumem somente a princípios diretivos, mas também se constituem em instrumentos para auxiliar na organização governamental. E essa racionalização não seria possível se não fosse atribuída juridicidade a tais normas. Demais, sem conteúdo jurídico, constituir-se-iam em verdadeiros empecilhos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de Direito.

#### 4 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos Poderes é um mecanismo clássico de organização e limitação do poder político, e se alicerça em três fundamentos, quais sejam: a) na configuração de diferentes órgãos estatais, organizados entre si e vinculados hierarquicamente; b) nas diferentes funções estatais, assim identificadas: legislativo, executivo e judiciário; c) cada estrutura organizacional ou Poder é titular de competências próprias, traçadas na Constituição do Estado.

A teoria da separação dos Poderes é moldada de acordo com as particularidades de cada País. Deste modo, o modelo adotado no Brasil não é o mesmo dos Estados Unidos, nem do da França. Aliás, as diferenças são significativas. De outro lado, a independência dos Poderes não é absoluta. Nem poderia ser, pois dificultaria o exercício do controle. Cada Poder não é dotado de titularidade exclusiva do exercício de uma função, mas é investido de uma função principal e, acessoriamente, do desempenho de outras.<sup>44</sup>

A organização dos poderes concerne à distribuição de competências. E competência deve ser dividida de tal forma que não haja sobreposição de atribuições, de maneira a não comprometer os objetivos finalísticos da Constituição. Como adverte KARL LOEWENSTEIN, “o que correntemente se designa como separação dos poderes estatais é, na realidade, distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado. A utilização de poderes, embora profundamente enraizada, deve ser entendida de maneira meramente figurativa”.<sup>45</sup>

Ainda, KELSEN assim se manifesta: “o conceito de separação dos poderes designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados por três funções distintas e coordenadas do Estado e que é possível definir fronteiras, separando cada uma das três funções. No entanto a pressuposição não é sustentada pelos fatos. Em verdade, não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e aplicação do direito e essas

<sup>43</sup> PIERANDREI, in *Giur. It.*, I, 2, p. 180, 1949, *apud* Silvio de Fina, ob. cit., pp. 31/31. *Apud* Paulo Bonavides, op. cit., p. 249.

<sup>44</sup> FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, pp. 24-25.

<sup>45</sup> *Apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 858, *apud* José Hermilio Ribeiro Serpa, op. cit. p. 207.

funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação do direito, subjacente ao dualismo do poder legislativo e executivo no sentido mais amplo tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos de Estado, sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”.<sup>46</sup>

De acordo com os ensinamentos de KELSEN, o Estado, que é soberano, uno e indivisível, manifesta-se por meio de três órgãos – executivo, legislativo e judiciário – separados formalmente. Vale dizer: conquanto o Estado seja uma unidade, manifesta-se de modo múltiplo.

A base teórica da tripartição dos poderes foi afirmada por Aristóteles em sua obra “Política”, por meio da qual o pensador grego delineava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano.

A famosa frase de Luís XIV – *L’État c’est moi* – reflete a teoria de Aristóteles, a qual concentrava todas as funções nas mãos de uma única pessoa. Montesquieu, mais tarde, em sua obra “O espírito das leis”, aprimorou a teoria aristotélica e afirmou que as três funções identificadas pelo estagirita eram conectadas entre si, mas independentes e autônomas entre si. Cada função corresponderia a um órgão, e não mais se concentraria nas mãos do soberano. Surgiu, assim, a célebre teoria dos freios e contrapesos.<sup>47</sup>

Não foram poucas as críticas lançadas contra essa teoria da separação dos poderes. Uma delas foi a de que o sistema, por ser formalista, não conseguiu assegurar as liberdades individuais e tampouco a feição democrática do Estado. As injustiças e as desigualdades criadas pelo liberalismo faziam-se presentes. A efetiva garantia da liberdade individual, prometida pela separação dos poderes, cingiu-se a poucos privilegiados.

O sistema da tripartição dos poderes foi criado objetivando a redução do poder estatal, concentrado nas mãos do soberano. No entanto, com a evolução da sociedade advieram novas exigências reclamando maior atuação do Estado, de modo mais efetivo e eficiente.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Editora Martins Fontes, reproduzido pela Universidade de Brasília. Brasília, DF, 1970, p. 264, *apud* José Hermilio Ribeiro Serpa. **A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais – um exame fenomenológico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 109.

<sup>47</sup> “O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são *atos gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de *atos especiais*. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência”. DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, pp. 184/185.

Em virtude do modelo tradicional da separação dos poderes não atender às necessidades de maneira mais célere, foram criadas alternativas como a delegação de poderes, também chamada de transferência de competência. Ainda que tais soluções sejam consideradas artificiais, as “exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes”.<sup>48</sup>

Em não havendo essa transferência constitucional de competência, haverá invasão na esfera de poder, violando, assim, o sistema de *checks and balances*. Não se pode, ainda, deixar de lembrar que a separação dos poderes constitui princípio fundamental do Estado de Direito, em que as funções exercidas pelos três poderes cada vez mais são símiles e, não raras vezes, sobrepostas.

Ademais, impescinde aos três poderes a observância dos princípios constitucionais. Cada poder, independentemente de sua função típica, está vinculado à Constituição Federal. A visão tradicional da separação dos poderes é substituída por uma visão mais dinâmica ditada pelo Estado Constitucional. O Poder Judiciário, em especial, exerce o papel garantidor da plena eficácia das normas constitucionais como imperativo do Estado Democrático.<sup>49</sup>

A temática proposta neste ensaio – as políticas públicas no Estado Constitucional – requer uma reflexão acerca da divisão dos poderes. A tríade de ações que integram as políticas públicas – planejar, implementar e dispor -, exige que se pondere sobre as diferentes situações passíveis de controle judicial.

A primeira delas cinge-se à análise do magistrado no que respeita ao papel da mera subsunção do fato à norma. Vale dizer, a partir de um ato normativo que assegure determinado direito ao indivíduo, sendo aquele desatendido concretamente, este busca junto ao Poder Judiciário a prestação da tutela desse direito.

Neste fato hipotético não há discricionariedade na atuação do magistrado. Havendo a subsunção normativa, ele deverá ordenar o cumprimento daquilo que os outros poderes haviam anteriormente assegurado e não cumpriram (o Poder Legislativo na feitura da norma abstrata e o Poder Executivo na implementação desta norma).

Todavia, a problemática surge quando houver preceito constitucional genérico, isto é, quando não houver determinação do direito assegurado ao cidadão por meio de norma infraconstitucional – as chamadas normas de conteúdo programático, do que resulta situação que já ensejou e continua ensejando debates acadêmicos e correntes jurisprudenciais. Qual seria o papel do Poder Judiciário na

<sup>48</sup> DALARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 186.

<sup>49</sup> “O poder judiciário vive, desde o século XX, uma fase de constante aumento nas demandas, quantitativo e qualitativo, provocado pela litigiosidade resultante das transformações ocorridas na sociedade, no Estado e no Direito. Instalou-se uma crise no poder judiciário, tendo de um lado os “conservadores” que pregam a limitação da função jurisdicional, na tese defendida desde o século XIX, e os “progressistas” que defendem a idéia de que o Poder Judiciário tem o mesmo peso, importância e competência dos demais poderes, devendo controlar tanto o legislador quanto o administrador, em igualdade de condições e de funções”. In: BROLIANI, Jozélia Nogueira. Op. cit. p.128.

salvaguarda da Constituição? Poderia o Poder Judiciário analisar questões afetas aos demais poderes, invadindo competências a pretexto de estar amparado na norma constitucional que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inc. XXXV do art. 5º da CF)?

Tais questões serão analisadas no tópico sobre o controle jurídico exercido pelo Poder Judiciário, a fim de evitar tautologia.

## **5 DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA EM FACE DO § 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Conforme anteriormente exposto, com a evolução histórica surgiram as gerações de direitos. Os direitos sociais enquadram-se nos de segunda geração, os quais surgiram contra a opressão do Monarca e exigiram atuações estatais específicas.

Historicamente, os primeiros direitos voltaram-se à liberdade, os quais foram assim classificados como direitos negativos direcionados a impor limites constitucionais ao Poder do Estado.

Por conseguinte, por não dependerem de qualquer regulamentação, já que decorriam da própria Constituição, os direitos de liberdade seriam sempre eficazes.

Por outro lado, os direitos sociais, de início, foram reconhecidos como direitos positivos voltados à ação estatal. Nesse sentido, bem sintetiza NOBERTO BOBBIO: “É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela prática de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer essa intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

“(…) na Constituição Italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas puramente de programáticas. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um ato cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito?’”.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

ROBERT ALEXY, por sua vez, conceitua os direitos a prestações em sentido estrito como *derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase em el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares*.<sup>51</sup>

Em nosso ordenamento jurídico constitucional, não há um regime diferenciado para os direitos sociais. Em face da expressa disposição constitucional, parte-se da premissa de que o §1º do artigo 5º da CF abrange todas as normas de direitos fundamentais. Portanto, é insustentável a tese por alguns defendida no sentido de que os direitos sociais não têm eficácia plena e não são imediatamente aplicáveis, a exemplo do que ocorre em Espanha e Portugal.

A inexistente diversidade de tratamento entre os direitos negativos e os positivos está demonstrada pelo fato de os direitos sociais terem sido inclusos no Capítulo II do Título II, rompendo com a tradição inaugurada com a Constituição Federal de 1934, que os albergava no título referente à Ordem Econômica. A inclusão desses direitos no início da Carta Magna não poderia ser diferente, pois os constituintes cumpriram o disposto nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, voltados para a materialização do Estado Social.

Além disso, o § 1º do artigo 5º dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não fazendo qualquer distinção entre os direitos fundamentais clássicos e os direitos sociais. No entanto, a ausência de diferenciação não simplifica a aplicação dos direitos sociais. Ao revés, continua a desafiar os operadores do direito no sentido da necessidade de empreender um esforço hermenêutico na tarefa de tornar esses direitos efetivos elementos de um Estado Social.

A propósito, de acordo com ALEXY, a questão da aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais não pode resolver-se de acordo com a dimensão de tudo ou nada, razão por que seu alcance dependerá do exame do caso concreto, isto é, da norma do direito fundamental.<sup>52</sup>

Segundo CANOTILHO, pode-se, em conseqüência, extrair uma presunção de aplicabilidade imediata das normas e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador deverá ser necessariamente fundamentada.<sup>53</sup> Tal presunção operaria como princípio geral em se tratando de direitos fundamentais, ressalvadas exceções devidamente justificadas na análise tópica da hermenêutica aplicável.

## **6 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: RESERVA DO POSSÍVEL E A EXISTÊNCIA DO MÍNIMO VITAL**

O controle é um processo de limitação do poder. Diz respeito à escolha dos fins e o modo pelo qual as finalidades serão desenvolvidas.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 482.

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 486.

<sup>53</sup> Cfr. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 250.

Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, “a consagração do Estado de Direito significa a submissão dos poderes de controle fáticos (políticos e econômicos) a um controle jurídico. O direito é um processo de controle sobre o Estado e a empresa”.<sup>54</sup>

O sistema de controle origina-se da teoria da separação de poderes, e o seu exercício não pode ser afastado sob o argumento da eficiência e da autonomia dos Poderes. A fiscalização não elimina a autonomia e a independência dos três Poderes, mas garante à sociedade que os órgãos investidos em suas competências não atuarão de forma arbitrária e, por consequência, mantida estará a ordem democrática.

O controle de atividade de qualquer um dos Poderes exige instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios. Nesse sentido, o administrativista MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que “a submissão do exercício das competências estatais a processos jurídicos de controle objetiva a realização dos fins comuns visados pelo conjunto da sociedade. O direito é um instrumento para a implementação dos valores fundamentais. O controle jurídico sobre a atuação dos exercentes de poder é o **meio** para a realização desses valores”.<sup>55</sup>

Ora, não é por outra razão que o Direito cuida de determinar ao Poder estatal competente as linhas mestras, as diretrizes a serem observadas para efetivação da melhor escolha. Nisso consiste, em grande medida, o controle da conduta estatal. Mas, não basta orientar o órgão estatal competente; imperativo que sobre sua atividade haja uma efetiva fiscalização. Vale dizer: a fiscalização será exercida justamente para verificar se as orientações traçadas previamente foram observadas na realização de determinada escolha.

Obviamente que é desnecessário subordinar cada caso individual à anterior previsão normativa. Nem seria possível o legislador prever cada particularidade, cada circunstância ou acontecimento fático. Para o exercício do controle, bastam instrumentos suficientes e eficientes para assegurar a realização dos interesses da coletividade.

É por isso que o direito público impõe a *funcionalização dos Poderes políticos e econômicos*,<sup>56</sup> de modo a submeter as conveniências individuais dos governantes à realização dos direitos fundamentais e, com isso, termos uma sociedade democrática.

Para a efetivação de muitos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal, necessário que o Estado implemente políticas públicas. Todavia, a despeito de nossa Carta Fundamental estar vigente há mais de duas décadas, muitos desses direitos continuam sem efetivação por diversas razões, mas muito especialmente por motivos de natureza orçamentária.

A notória quantidade de demandas ajuizadas contra o Estado, cuja pretensão envolve direitos prestacionais positivos, a exemplo do fornecimento de

<sup>54</sup> Op. cit. p. 732.

<sup>55</sup> Op. cit. pp. 734-735.

<sup>56</sup> FILHO, Marçal Justen. Op. cit., p. 734.

medicamentos, torna polêmica na jurisprudência e na doutrina a questão acerca da judicialidade das políticas públicas. A provocação do Poder Judiciário acontece, assim, em virtude da ineficácia do Estado em realizar os direitos sociais conforme preceituado na Constituição Federal.

No Estado Constitucional existem vários institutos de controle. Entretanto, neste texto iremos restringir-nos ao controle jurídico a fim de não nos desviarmos do tema proposto. É dado ao Judiciário controlar atos administrativos, a fim de verificar a sua compatibilidade com as normas jurídicas. Mas incumbe lembrar que, mesmo em se tratando de direitos constitucionais (portanto de ordem pública), o controle exercido pelo Poder Judiciário obedece ao princípio do dispositivo, ou seja, descabe ao Judiciário iniciar processo de ofício para avaliar a validade de um ato praticado pelo outro Poder.

Nosso sistema constitucional prevê o controle em abstrato e o controle em concreto. Vale dizer, a Constituição Federal dispôs em seu texto sobre a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, bem como a ação direta de constitucionalidade. Além disso, colocou à disposição do cidadão outros institutos destinados a assegurar os direitos fundamentais que prescreve.

No presente trabalho, ficaremos limitados à análise do controle jurisdicional em relação aos outros Poderes e no que respeita aos direitos sociais. Aqui, a tutela jurisdicional é invocada para proteger ou assegurar uma garantia ou benefício que possa ser usufruído individualmente.

A questão crucial que se apresenta é o exercício deste controle e o limite de invasão de competência em outro Poder exercida pelo Judiciário. Qual seria a margem de atuação do Poder Judiciário nas questões dos direitos sociais?

As questões atinentes às políticas públicas pululam no Judiciário. E de uma maneira simplista, os magistrados, não raro impregnados de subjetivismos e estimulados por critérios e argumentos empíricos, invadem a esfera de outro Poder para determinar a prestação de determinado direito público subjetivo.

Basta vermos o modismo do momento: fornecimento de medicamentos. É certo que o artigo 196 da Constituição Federal dispõe 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Todavia, também não podemos olvidar que essa norma é de conteúdo programático.

Aqui reside a justificação de termos elaborado tópico próprio acerca das normas programáticas. Para uma melhor compreensão, fez-se necessário anteriormente conhecermos a natureza e eficácia daquelas normas.

Examinada, e até de forma exaustiva, a chamada norma programática, viu-se que as normas que prevêm direito subjetivo à saúde, educação, assistência social entre outros, são dotadas de juridicidade, portanto, irrefutável reconhecer a vinculação do Estado no que concerne à organização dos serviços públicos, a fim de prestar aos cidadãos os chamados direitos positivos.

Conforme conceito de ROBERT ALEX Y descrito no t3pico anterior, em sentido estrito os direitos positivos s3o aqueles que o indiv3duo possui frente ao Estado. Ele possui direito a algo. Pede ao Estado porque n3o possui condi33es financeiras suficientes para obter de particulares.

GOMES CANOTILHO visualiza a efetiva33o dos direitos sociais dentro de uma “reserva do poss3vel” e indica sua depend3ncia dos recursos financeiros. Ou seja, o grau de sua realiza33o estaria sempre condicionado ao volume de recursos dispon3veis para efetiva33o.<sup>57</sup> Nesse sentido, a limita33o econ3mica constitui-se no verdadeiro limite f3tico 3 efetiva33o dos direitos sociais.

A prop3sito, a teoria da “reserva do poss3vel”, na vis3o de ANDREAS KRELL,<sup>58</sup> representa uma adapta33o de um *topoi* da jurisprud3ncia constitucional alem3 que entende que a constru33o dos direitos prestacionais sujeitos 3 satisfa33o pelo Estado est3 condicionada 3 disponibilidade dos respectivos recursos. Concomitantemente, a decis3o sobre a disponibilidade de tais recursos estaria no campo da discricionariedade do governo e do parlamento, por meio da composi33o dos or3amentos p3blicos.

De acordo com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos positivos (*Teilhaberechte*) “est3o sujeitos 3 ‘reserva do poss3vel’, no sentido daquilo que o indiv3duo, de maneira racional, pode esperar da Sociedade”. A teoria da “reserva do poss3vel”, ent3o, impossibilita exig3ncias acima de um determinado limite b3sico social. Por isso, em certa ocasi3o, o Tribunal Constitucional Federal recusou a tese de que o Estado estaria obrigado a criar vagas suficientes nas Universidades p3blicas para atender a todos os candidatos.<sup>59</sup>

Deste modo, uma vez mais imp3e lembrar o necess3rio planejamento antes mencionado. N3o basta norma outorgar capacidade legislativa para cria33o de direitos sociais, imprescind3vel que tamb3m disponha de modo respons3vel os recursos or3ament3rios para a efetiva33o desses direitos.

Nesse aspecto, parece haver uma converg3ncia doutrin3ria. A tarefa incumbida ao legislador de decidir acerca da aplica33o e destina33o dos recursos p3blicos, inclusive no que pertine 3s pol3ticas p3blicas, 3 quest3o de compet3ncia. Ali3s, segundo essa argumenta33o, faltaria ao juiz a capacidade funcional necess3ria para, situando-se fora do processo pol3tico propriamente dito, garantir a efetiva33o dos direitos sociais, haja vista que estes se encontram, muitas vezes, na depend3ncia de recursos macroecon3micos, n3o dispondo, assim, de crit3rios suficientemente seguros para aferir a quest3o no 3mbito estrito da argumenta33o jur3dica, conforme bem delineado por P. M3LLER.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> CANOTILHO, Jos3 Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constitui33o*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

<sup>58</sup> KRELL, Andr3as Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 45-49.

<sup>59</sup> BverfGE (Colet3nea das decis33es do Tribunal Constitucional Federal), n3 33, S. 333, *apud* Andr3as Krell, *op. cit.*, p. 52.

<sup>60</sup> M3LLER, J. P., in *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* p. 5, *apud* Ingo W. Sarlet, *A Efic3cia dos Direitos Fundamentais*. 23 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 286.

Em face dessa limitação de recursos, especialmente em países carentes como o Brasil, muitos doutrinadores vêm defendendo a possibilidade de garantir apenas a *existência do mínimo vital*. Ou seja, de um conjunto formado pela seleção dos direitos sociais considerados mais relevantes, aqueles que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana.<sup>61</sup>

Garantir apenas o mínimo existencial é reflexo de que todo o direito fundamental custa dinheiro. Portanto, não pode ser absoluto. Nesse sentido, importante estudo realizado pelos autores STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN demonstrado em seu livro *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, afirma que todos os direitos custam dinheiro, inclusive os direitos negativos (o quais não exigem prestação do Estado), e nada que custe dinheiro pode ser absoluto.

A obra americana quer demonstrar que todos os direitos têm custos, uma vez que todos pressupõem um custeio de uma estrutura para implementá-los. Para tanto, refuta a idéia de uma filosofia libertária de um Estado mínimo, mostrando que os gastos dos Estados Unidos da América com proteção policial e punições penais chegaram a 73 bilhões de dólares no ano de 1992, quantia que excede ao PIB de mais da metade dos países do mundo.<sup>62</sup>

Com certa acidez, os autores HOLMES e SUNSTEIN sustentam que os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Contudo, isso não passa de retórica, pois nada que custe dinheiro pode ser considerado absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo de valor arrecadado dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário, sem considerações sobre as consequências orçamentárias, pelas quais, em última análise, os outros dois poderes são responsáveis.<sup>63</sup>

No Brasil, diariamente lemos decisões judiciais que determinam a aquisição de medicamentos de alto custo, quando, não raras vezes, importados, agravando ainda mais a já dramática situação das verbas orçamentárias destinadas à saúde pública.

GUSTAVO AMARAL, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, critica posições judiciais, citando decisão de primeira instância da Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, na qual um adolescente, vítima de doença da distrofia muscular de Dechenne obteve liminar para aquisição de remédio importado no valor de R\$ 174.500,00, ao fundamento de que o direito à vida preponderaria sobre qualquer outro. Sobreveio sentença de improcedência, revogando a antecipação de tutela, e determinou a restituição da quantia alcançada pelo Estado “sob as penas civis e criminais cabíveis, pois o direito à saúde, garantido pela Constituição deveria ser cumprido dentro dos limites das verbas alocadas à saúde, devendo o Governante, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, procurar

<sup>61</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. RJ-SP: Renovar, 2002, p. 114 e ss.

<sup>62</sup> HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999, pp. 63-64.

<sup>63</sup> Idem.

atender aos interesses de toda a coletividade de maneira universal e igualitária para cumprir a norma constitucional. Assim, o benefício a um único cidadão, como no caso do autor, prejudica o restante da coletividade de cidadãos, que vêm as verbas destinadas à saúde diminuírem, em detrimento de suas necessidades”.<sup>64</sup>

Ainda, de acordo com o Procurador do Estado, os julgados não enfrentam a questão microjustiça *versus* macrojustiça, quando reconhecem o direito de receber tratamento médico sem qualquer consideração orçamentária, contribuindo para o agravamento das estatísticas que demonstram uma progressão quase geométrica dos gastos com a saúde em todos os países.

O problema agrava-se ainda mais em nosso País. A nítida desigualdade social permite que parte da sociedade já sofra de doenças ‘modernas’ ou da ‘riqueza’, assim as consideradas de países desenvolvidos, ao passo que outra parcela continua a sofrer de doenças da ‘miséria’, como a febre amarela, cólera, malária e dengue.

Deste modo, o princípio da coerência se impõe. Se o Estado estiver sempre obrigado a ter recursos para atender às demandas, então por dever de coerência há que se reconhecer o direito de obter esses recursos no campo da receita pública, seja na forma de contenção de gastos, seja no aumento de impostos.

Não fosse só isso, há o problema do desrespeito ao princípio da igualdade. Como esses direitos positivos valem para todos que estão em condições de recebê-los, a decisão sobre o emprego dos escassos recursos se dará por meio de escolhas disjuntivas, ou seja, o atendimento de uns e o não atendimento de outros. Esse conflito normalmente não é enfrentado pela doutrina e muito menos pela jurisprudência.

ROBERT ALEXY diferencia um núcleo denominado de “mínimo existencial” ou como *status positivus* das liberdades fundamentais, que seria sempre exigível, de outros direitos que vigeriam sob a ‘reserva do possível’.

O constitucionalista tedesco tenta harmonizar os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais numa concepção fundada na idéia da ponderação entre princípios. Discorrendo sobre a problemática dos direitos à prestação em sentido estrito, afirma que podem ser deduzidos argumentos de peso nos dois sentidos. Por isso, no seu modelo – que é estruturado pela idéia reitora de que os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar -, a questão de saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação. Por outro lado, o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, tanto quanto os demais, não é absoluto, sendo possível que os direitos individuais apresentem mais peso que as razões de política financeira.<sup>65</sup>

Para ALEXY o reconhecimento de direitos originários a prestações exige a

<sup>64</sup> Processo nº 351/99 da 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. In: 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.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 494-495.

presença de alguns parâmetros: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes, incluindo a competência orçamentária do legislador, assim como outros princípios materiais, forem atingidos de forma relativamente diminuta.<sup>66</sup>

Ensina, ainda, o nobre constitucionalista, que as condições encontram-se satisfeitas na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso dos direitos a condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento da área da saúde.

Ora, o padrão mínimo de atendimento na área da saúde existe em nosso carente Brasil. Há o Serviço Único de Saúde – SUS -, farmácias básicas, postos de saúde localizados nas comunidades e vacinação preventiva. Tais serviços públicos colocados à disposição da comunidade carente atende ao mínimo existencial vital de que fala ALEXY. Portanto, admitir que decisões judiciais imponham a aquisição de medicamentos de custos astronômicos contribui, indubitavelmente, para que farmácias básicas fiquem desprovidas de medicamentos básicos para atender a doenças comuns como a hipertensão e o diabetes, que também são graves e acometem boa parte da parcela da sociedade.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tais colocações, procurou-se mostrar não ser possível outra conclusão senão aquela que afirma a impossibilidade de o Poder Judiciário invadir a competência de outro Poder para interferir no planejamento estrutural do Estado, bem como alocar recursos orçamentários para outros fins que não aqueles previamente determinados pela Lei Maior.

Para tanto, necessário que se tenha presente a noção significativa do conceito de Constituição e no que consiste o fundamento de sua ordem, a fim de possibilitar, juntamente com o exercício da cidadania, a realização dos fins delimitados para o Estado Constitucional. No Estado contemporâneo, importa reforçar os vínculos com a sociedade civil e habilitar a organização administrativa, a fim de bem corresponder ao desafio de potencializar os efeitos positivos no sentido de alcançar o desenvolvimento das ações estatais.

Não fosse só isso, a participação da sociedade ajuda na implementação das políticas públicas no que concerne ao aumento da legitimação da atuação estatal, pois estreita o processo democrático. É claro que não se pode olvidar de que a crise de legitimidade relaciona-se, não raras vezes, ao fato de o Estado ter muitas finalidades a cumprir, sem saber ao certo quais atividades são primordialmente públicas. Por isso que as políticas públicas, neste aspecto, apresentam-se como um instrumento de gestão pública.

---

<sup>66</sup> Op. cit., p. 486.

Não é por outra razão que, ao lado das muitas variáveis, tem-se o importante fator econômico, pois é ele que acenará para a viabilidade ou não da satisfação dos direitos fundamentais e sociais.

A carência universalizada no âmbito do território brasileiro dá conta de que não bastam políticas setoriais, senão políticas públicas tratadas de modo universal e congruente. Será a sua articulação que possibilitará abarcar direitos sociais, educacionais, econômicos, culturais, enfim.

Conclui-se também que a crise do Estado brasileiro não pode ser confundida ou limitada à questão dos gastos públicos. As suas condicionantes são muito mais profundas, pois dizem respeito à sua própria desestruturação, em especial no tocante aos pactos políticos que o sustentavam durante o desenvolvimentismo.

Seguindo esse raciocínio, pode-se afirmar que, a despeito da interdependência, não há desenvolvimento econômico se não houver o desenvolvimento social. A evolução ocorre apenas com a transformação das estruturas de uma sociedade, capacitando o Estado bem mais do que o tão falado tradicional Estado Social.

A Constituição Federal proporciona ao legislador uma margem de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação'. Nas palavras de KRELL, "num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores 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"<sup>67</sup>.

Por estar a eficácia dos direitos fundamentais sociais vinculada à existência de recursos públicos disponíveis, entendemos ser ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes, um dos pilares sustentadores da Ordem Constitucional Democrática.

Como vimos, nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada em razão de uma deficiente hermenêutica sobre o tema.

Portanto, na contemporaneidade, para alcançar os múltiplos direitos assegurados na Constituição e promovidos pelo Estado, impositiva uma teoria constitucionalmente adequada sobre as políticas públicas.

---

<sup>67</sup> Op. Cit. pp. 23-24.

**REFERÊNCIAS**

- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madri, 1997.
- 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.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. RJ-SP: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constitucionalidade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_ e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ENTERÍA, Eduardo Garcia. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (coord.) *Estudos de Direito Constitucional em homenagem Prof. José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. I.

SARLET, Ingo. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERPA, José Hermilio Ribeiro. *A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Interdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.