

MARTHA LISIANE AGUIAR CAVALCANTE

**DIGNIDADE HUMANA E RESERVA DO POSSÍVEL: análise
do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, sob a orientação de conteúdo Juraci Mourão Lopes Filho.

Fortaleza-Ceará.
2009

MARTHA LISIANE AGUIAR CAVALCANTE

DIGNIDADE HUMANA E RESERVA DO POSSÍVEL: análise do
controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação da Escola Superior da Magistratura, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente a obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional, em conformidade com os normativos do MEC e regulamentações da Universidade Vale do Acaraú - UVA.

Fortaleza, 20 de Julho de 2009.

Juraci Mourão Lopes Filho, Ms.
Prof. Orientador

Flávio José Moreira Gonçalves, Ms.
Prof. Examinador

Francisco Humberto Cunha Filho, Dr.
Prof. Examinador

RESUMO

O presente artigo trata sobre a dignidade humana, a eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. A dignidade da pessoa humana é o valor supremo para criar, interpretar e aplicar normas no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Os direitos fundamentais são direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação. A eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais constituem matéria complexa, posto que a concretização de tais direitos exige prestações estatais positivas e disponibilidade orçamentária. O objetivo dessa pesquisa consiste em analisar posições da doutrina e da jurisprudência quanto a assuntos não pacíficos, como a existência de um mínimo existencial, a reserva do possível e os limites do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Também são levantadas relevantes questões acerca da aplicação do princípio da máxima efetividade, princípio da separação de poderes e princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: dignidade humana, direitos sociais, reserva do possível, controle judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	7
1.1 Breve Relato sobre a concepção de dignidade humana.....	8
1.2 O Princípio da Dignidade Humana na Constituição de 1988.....	10
1.3 Teoria dos direitos fundamentais.....	12
1.4 Eficácia dos direitos fundamentais.....	15
2. EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	18
2.1 Eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional.....	19
2.2 Princípio da máxima efetividade.....	21
2.3 Mínimo Existencial.....	24
2.4 Reserva do possível.....	26
3. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTOS PÚBLICOS..	29
3.1 Princípio da proporcionalidade e da separação dos poderes.....	31
3.2 Controle judicial de políticas públicas.....	34
3.2.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 e ADI Interventiva.....	37
3.2.2 ADI por omissão e Mandado de Injunção.....	39
3.2.2 Julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
BIBLIOGRAFIA	47

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito exige que a Constituição Federal, além de ser promulgada por um processo democrático, seja dotada de supremacia e disponha de mecanismos de controle dos Poderes. Além destes requisitos, as Constituições contemporâneas se caracterizam pela relevância à variada enumeração e eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

A concretização da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, depende, dentre outros fatores, da concepção adotada na ordem jurídica, do grau de eficácia atribuído aos princípios constitucionais, como também da existência de instrumentos processuais que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais.

Por uma breve análise da conjuntura econômica, política e jurídica, observamos que o Brasil possui uma das maiores economias do mundo, desempenhando, inclusive, um papel significativo no Mercosul. No tocante à política, nosso país viveu um processo de redemocratização nos últimos vinte anos, após duro período ditatorial, que culminou na elaboração da Constituição Federal de 1988 e no amadurecimento do exercício da cidadania. Apesar de uma perspectiva positiva nestes setores, grande parte da população vive abaixo da linha da pobreza, desprovida do exercício de diversos direitos.

Observamos que, apesar dos avanços na esfera jurídica, não há efetivamente uma melhoria na condição de vida dos brasileiros, que raramente dispõem de serviços públicos de qualidade. Neste sentido, a ineficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais consiste numa das principais problemáticas do constitucionalismo moderno, principalmente, em países que sofreram uma “colonização” focada na exploração de recursos naturais e, atualmente, são denominados de “países em desenvolvimento”.

Nesse sentido, o primeiro capítulo traz um breve relato histórico da dignidade humana, discutindo visões atuais sobre seu conceito. A Constituição Federal de 1988 não

incluiu a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, enquadrando-a como princípio e valor fundamental, norteador de toda a ordem constitucional. Para além, a dignidade da pessoa humana funciona como conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, abrangendo as mudanças na ordem internacional através da incorporação de tratados e convenções sobre direitos humanos, bem como os princípios implícitos. Este capítulo trata ainda sobre a teoria dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, analisando o grau de eficácia jurídica e de aplicabilidade.

O segundo capítulo trata dos direitos sociais, econômicos e culturais, de sua técnica de positivação, bem como da eficácia e aplicabilidade destes. Abrange também o debate sobre a reserva do possível e o mínimo existencial, analisando posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo analisa o controle judicial de políticas públicas, abordando os princípios da proporcionalidade e da separação dos poderes. Discorre, ainda, sobre instrumentos jurídicos capazes de realizar tal controle, como a ação por descumprimento de preceito fundamental – ADPF, notadamente a ADPF no. 45, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, o mandado de injunção e a ação de constitucionalidade por omissão.

Diante disto, o presente trabalho monográfico é um estudo descritivo analítico com pesquisa bibliográfica de autores como José Joaquim Gomes Canotilho, Paulo Bonavides, Ana Paula de Barcellos, Ingo Wolfgang Sarlet, Andréas Joaquim Krell, Gilmar Ferreira Mendes, dentre outros; e pesquisa documental, através da Constituição Federal e diversas leis. É uma pesquisa pura e qualitativa, sendo também descritiva, exploratória e explicativa.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana é um axioma jusfilosófico do constitucionalismo moderno e provavelmente um dos poucos consensos teóricos da civilização ocidental contemporânea. Em verdade, trata-se de uma expressão genérica que se transformou com o passar dos séculos e encontrou diversos fundamentos possíveis tais como dom divino, direito natural, conquista histórica e cultural dos povos, entre outros.

O Estado passou definitivamente a ser um meio para o bem estar do homem, que é dotado de dignidade inata à sua condição, valor eleito por diversas Constituições como decisão política básica e centro do sistema jurídico.

A concretização da Dignidade Humana varia bastante e depende, dentre outros elementos, da concepção adotada na ordem jurídica, do grau de eficácia atribuído aos princípios constitucionais, como também da existência de instrumentos processuais que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais.

O constituinte de 1988 consagrou como fundamento do Estado brasileiro o homem e sua dignidade, conforme previsão do art. 1º, III e do preâmbulo da Constituição da República. O processo de elaboração da Constituição de 1988 resultou de um amplo processo de discussão na sociedade brasileira, num contexto de redemocratização após vinte anos de ditadura militar.

Dentre as inovações desta Constituição, é relevante a posição topográfica dos direitos fundamentais que estão positivados no início da Carta Maior, após o preâmbulo e os princípios fundamentais, constituindo parâmetro hermenêutico à ordem jurídica. Antes tais direitos se encontravam dispostos no capítulo da ordem econômico e social, sendo-lhes atribuído, como regra, o caráter meramente programático.

Outra novidade importante foi a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º) reforçando o status jurídico destes dispositivos. Há na doutrina e jurisprudência, entretanto, um forte debate sobre a problemática da eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, que depende em muitos casos da atuação prestacional do Poder Público.

O catálogo dos direitos fundamentais foi ampliado e contempla direitos de diversas dimensões, a exemplo da liberdade de locomoção e da garantia do *habeas corpus* em caso de lesão ou ameaça de lesão (primeira dimensão), do direito à saúde, educação e moradia (segunda dimensão), direito ao meio ambiente equilibrado e à autodeterminação dos povos (terceira dimensão). O constituinte tutelou inclusive a ordem econômica e financeira com a finalidade de assegurar a todos existência digna, positivando o Princípio da Dignidade Humana em vários dispositivos distribuídos na Constituição da República.

A dignidade humana, consubstanciada como princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, é reflexo do constitucionalismo contemporâneo, que soma o caráter jurídico e normativo às várias acepções filosóficas construídas no tempo.

1.1 Breve relato sobre a concepção de dignidade humana

A dignidade da pessoa humana é o valor supremo para criar, interpretar e aplicar normas no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. É fundamental discorrer, mesmo que de forma breve e sem a finalidade de aprofundamento filosófico, sobre a origem da noção de dignidade.

A compreensão de atributo inerente ao ser humano que o diferencia de outros animais foi firmada inicialmente na antiguidade clássica e na tradição cristã. Da premissa de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus se extraiu a conclusão de que o ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco e não pode ser transformado em objeto ou instrumento, já que dotado de uma igualdade essencial e divina¹.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 30.

Na antiguidade clássica, a dignidade variava de acordo com a posição social do indivíduo, o que gerava uma quantificação entre pessoas mais ou menos dignas. A Escola Estoicista se organizou em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral e dignidade do ser humano, que por ser considerado um filho de Zeus, possuía direitos inatos e iguais em qualquer região do mundo, mesmo diante das diferenças entre indivíduos e grupos².

Durante a Idade Média a concepção inspirada nos ideais cristãos e estoicos se fortaleceu. São Tomás de Aquino afirmava que a noção de dignidade se fundamentava na circunstância que o homem era feito à imagem e semelhança de Deus, e acrescentava ainda, que é da natureza humana a capacidade de autodeterminação, e que o ser humano existe em função de sua própria vontade.

O referido pensador professava a existência de duas ordens distintas formadas pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, que fundamentava o direito de resistência quando havia, por parte dos governantes, desrespeito ao direito natural³.

O italiano Pico della Mirandola, inspirado no pensamento de São Tomás de Aquino, pregou durante o renascimento que a dignidade é um valor natural, inalienável e incondicionado fruto da personalidade humana.

Nos séculos XVI, XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista atinge o ápice de seu desenvolvimento. Há neste período também, com ponto culminante no iluminismo, um processo de laicização do direito natural.

Diversos pensadores contribuíram para o desenvolvimento do valor dignidade humana, como Hugo Grócio, Thomas Hobbes, John Milton, Samuel Pufendorf, Rousseau. Contudo, é o pensamento kantiano que foi considerado pela doutrina como o marco da concepção moderna de dignidade e direitos humanos. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

² COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2004, p.15.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38.

Kant construiu sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, observando que a autonomia da vontade é um atributo próprio dos seres racionais. Há uma citação interessante do autor que valora a dignidade: no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela, qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-se infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou em confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade⁴.

Kant defendia que o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional está na autonomia da vontade. A liberdade é direito natural por excelência que encontra limitação apenas na liberdade coexistente dos demais homens.

O pensamento de Kant está sujeito a diversas críticas, dentre elas a de se fundamentar num excessivo antropocentrismo, já que sustenta na racionalidade humana o privilégio dos homens sobre os outros seres vivos. O ordenamento jurídico atual deve proteger a dignidade da própria vida de um modo geral, e não só dos seres humanos. A Carta Maior prevê a proteção do meio ambiente como valor fundamental, a preservação de recursos naturais e o direito ao meio ambiente equilibrado para presentes e futuras gerações⁵.

1.2 O princípio da dignidade humana na Constituição de 1988

A dignidade humana constitui um conceito dinâmico, não havendo atualmente uma definição consensual e universalmente válida. Já não se questiona mais que a dignidade humana é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, entretanto, seu reconhecimento e proteção dependerão de um complexo de posições jurídicas fundamentais.

A complexidade de se conceituar a dignidade humana reside, dentre outras questões, na variedade de bens tutelados (educação, saúde, moradia, assistência social, trabalho, lazer etc), nos diversos graus de proteção dos direitos fundamentais (que dependem da técnica de positividade adotada), e na própria relação de interdependência dos direitos tutelados.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2007, p.34.

⁵ Ob cit, p. 35.

Ana Paula de Barcellos⁶, utilizando um mesmo direito fundamental (assistência social), demonstra que a tanto a omissão quanto a prestação indevida de direitos geram reflexos em outros aspectos da dignidade.

A assistência social (artigos 203 e 204, CF) deve ser garantida a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social. O Poder Público fere o Princípio da Dignidade Humana quando é omissor e não garante um salário mínimo ao portador de deficiência que não possui meios para garantir sua manutenção (através de sua força de trabalho ou de sua família). Esse indivíduo que já se encontra numa condição de miserabilidade, também sofrerá redução de outros aspectos da dignidade como a participação política, a liberdade, a autonomia individual, enfim, o direito a uma vida digna.

Sob outra perspectiva, determinadas formas de assistencialismo podem gerar uma dependência existencial dos beneficiados que, sem meios de buscarem seus próprios projetos de vida, tornam-se dependentes da ação estatal. Nesse caso, portanto, não há omissão estatal na prestação de assistência social, mas a forma indevida escolhida para a realização fere a autonomia individual, além de retardar o avanço da democracia e de um processo eleitoral consciente.

O Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, enquadrando-a, pela primeira vez, na condição de princípio e valor fundamental. Assim, estabeleceu de forma clara e inequívoca a intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, especialmente dos direitos e garantias fundamentais⁷.

Além da função norteadora, a dignidade da pessoa humana funciona como conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais em nossa ordem constitucional, abrangendo as mudanças na ordem internacional através da incorporação de tratados e convenções sobre direitos humanos, bem como os princípios implícitos.

⁶ BARCELOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 2ªed. Rio de Janeiro, Renovar: 2008, p. 220.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2007, p. 63.

Além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Igualmente – de acordo com a expressa dicção do art. 5º, §2º, da nossa Carta Magna – foi chancelada a existência de direitos não escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subtendidos naqueles expressamente positivados⁸.

1.3 Teoria dos direitos fundamentais

A Revolução Francesa do século XVIII elegeu três princípios como lema: liberdade, igualdade e fraternidade. Esta fórmula de generalização e universalidade de direitos do homem é considerada uma profetização do que seria posteriormente o conteúdo dos direitos fundamentais da primeira, segunda e terceira geração⁹.

Os direitos de primeira geração são relacionados à liberdade do homem, ou seja, ao exercício dos direitos civis e políticos. Foram os primeiros a constar em instrumento normativo constitucional e correspondem à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. São direitos que surgiram da necessidade de garantir liberdades individuais perante o Estado Absoluto na Revolução Francesa. São oponíveis, portanto, ao Estado e têm como titulares indivíduos dotados de subjetividade. Segundo a classificação de Jellinek encontram-se na categoria de *status negativo* e possuem caráter antiestatal¹⁰. São exemplos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade.

Os direitos fundamentais de segunda geração, também chamados de direitos econômicos, sociais e culturais, surgiram no século XIX como resposta à Revolução Industrial e se basearam na ideologia antiliberal que predominava neste século. São direitos relacionados à igualdade que se apresentaram como resposta aos graves problemas sociais e econômicos advindos do modelo industrial¹¹.

Os direitos de segunda geração encontram-se na categoria de *status positivo* na classificação de Jellinek e se caracterizam por exigirem do Estado prestações materiais

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 81.

⁹BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 18ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.563.

¹⁰ Ob. Cit., p. 564.

¹¹ Ob. Cit., p. 564.

concretizadas por um comportamento atuante na realização da justiça social. Desta forma, as Constituições passaram a outorgar aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como saúde, assistência social, educação, trabalho, entre outras.

No século XX, tais direitos foram proclamados nas Constituições influenciadas pela ideologia marxista, na Constituição do México, na Constituição de Weimar, bem como em várias outras promulgadas no período pós-guerra. Apesar de positivados nas constituições modernas, persiste ainda hoje uma problemática quanto à aplicabilidade dos direitos de segunda geração que, segundo Paulo Bonavides, reside na:

esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias processualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessam a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais¹².

A referida crise ainda persiste atualmente na ordem constitucional brasileira. Os direitos sociais, econômicos e culturais têm suscitado diversas controvérsias quanto à sua eficácia e efetividade, constituindo um assunto polêmico e necessário que será discutido em momento oportuno.

Os direitos sociais de terceira geração, também denominados de direitos de solidariedade ou de fraternidade, dizem respeito à realidade de desigualdades vivenciada entre as nações desenvolvidas e em desenvolvimento. São direitos que não se destinam apenas à proteção dos interesses de um indivíduo, grupo ou Estado, mas do gênero humano, ou seja, possuem titularidade difusa ou coletiva.

São exemplos os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos. Essa geração de direitos exige dos Estados uma postura de ajuda recíproca para a superação das dificuldades econômicas dos países subdesenvolvidos, levando sempre em conta nos seus atos, os interesses de outros Estados¹³.

Paulo Bonavides, abordando a diferença entre países desenvolvidos e

¹² Ob. Cit., p. 564.

¹³ Ob. Cit., p. 570

subdesenvolvidos, analisa a incompatibilidade do direito ao desenvolvimento com o atual sistema econômico neoliberal globalizado:

O estado social é uma coisa na Europa; outra bem diferente na América Latina. Ali é possível sobreviver incólume às adversidades da globalização e do neoliberalismo; aqui essa possibilidade quase não existe: a crise é maior que o Estado, que o Governo, que a governabilidade¹⁴.

O referido professor apresenta ainda uma quarta geração de direitos que decorrem do fenômeno da globalização, que são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Para compreender esta dimensão pouco explorada pela doutrina faz-se necessário delimitar qual aspecto da globalização interessa à ciência jurídica. Não se trata da globalização econômica e política do neoliberalismo que, por possuir uma filosofia que fragiliza a soberania e propaga uma falsa despolitização da sociedade, geralmente acarreta mais problemas que soluções.

A globalização que tem relevância à teoria dos direitos fundamentais equivale à universalização destes direitos no campo institucional, possibilitando que a dignidade humana seja fundamento da ordem constitucional no máximo de nações possíveis. São direitos relacionados ao futuro da cidadania e à liberdade de todos os povos, que se comunicarão quanto ao avanço de direitos sem abdicar de suas soberanias. Para que isso ocorra, é mister a instauração da democracia participativa.

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo da exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia.¹⁵

É interessante ressaltar um eventual vício de linguagem. O vocábulo “gerações” vem sendo substituído pela pelo termo “dimensões”, o qual exprime melhor a idéia de que todos esses direitos convivem juntos na ordem constitucional contemporânea, evitando o entendimento equivocado de que uma geração poderia ter sido substituída por outra.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 172.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 18ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.563.

1.4 Eficácia dos direitos fundamentais

Todo e qualquer preceito da Constituição é dotado de certo grau de eficácia jurídica e de aplicabilidade, a depender do modelo de normatividade eleito pelo constituinte. Existem na doutrina diversas classificações quanto à natureza das normas constitucionais, como também quanto à eficácia alcançada por tais normas. Nosso objetivo não é esgotar o tema, já que essa problemática merece uma investigação científica mais profunda, mas apresentar as principais idéias debatidas na doutrina.

Ruy Barbosa, inspirado na doutrina norte-americana, enquadrava as normas constitucionais em dois grupos: a) normas auto-executáveis (*self-executing*), que produzem pleno efeito com a simples entrada em vigor; b) normas não auto-executáveis (*not self-executing*), que indicam princípios e necessitam de posterior atuação legislativa. Luís Roberto Barroso classifica as normas constitucionais em: a) normas de organização; b) normas definidoras de direitos; c) as normas programáticas.

Já José Afonso da Silva utiliza o critério da eficácia em sua classificação, definindo o que seriam: a) as normas constitucionais eficácia plena; b) as normas constitucionais eficácia contida; c) as normas constitucionais eficácia limitada¹⁶.

As normas de eficácia plena produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais desde a entrada em vigor da Constituição. Desta forma, tais previsões não exigem a elaboração de novas normas legislativas para lhes atribuir alcance, sentido ou conteúdo porque já são suficientemente explícitas. São consideradas normas de aplicabilidade direta, imediata e integral.

Nas normas de eficácia contida, o constituinte regulou os interesses relativos a determinadas matérias de forma suficiente, permitindo, entretanto, uma atuação restritiva por competência discricionária do Poder Público, nos termos da lei. São normas constitucionais dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, já que estão sujeitas a restrições futuras.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª.ed, Malheiros, São Paulo: 2009, p. 139.

Diferente das anteriores, as normas de eficácia limitada não produzem seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor da Constituição porque o legislador constituinte não estabeleceu um modelo de normatividade suficiente, incumbindo tal tarefa ao legislador ordinário. São normas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

As normas de eficácia contida dividem-se ainda em normas definidoras de princípios institutivos e normas programáticas. Nas primeiras, o constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidades ou institutos, para que posteriormente sejam estruturados por lei. Nas segundas, o constituinte traça princípios e diretrizes que deverão ser cumpridos por órgãos integrantes dos poderes constituídos.

Após adotar determinada classificação, o problema seguinte é identificar quais normas constitucionais possuem eficácia imediata, contida e limitada. José Afonso da Silva¹⁷ opina que, em regra, as normas que consubstanciam direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata. Já as normas que definem direitos econômicos ou sociais, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e aplicabilidade indireta. Ressalta ainda, que as normas de eficácia limitada são tão jurídicas quanto às de eficácia contida e plena e exercem uma função muito importante na ordem jurídica, já que quanto mais adquirem eficácia, mais se tornam garantia do Estado Democrático e do exercício dos direitos fundamentais.

A lógica adotada pelo referido autor deve ser adotada como regra, não é absoluta, já que as normas constitucionais encontram-se espalhadas pela Carta Maior não sendo possível definir quais títulos ou capítulos do texto constitucional contêm determinadas normas. Essa classificação dependerá da técnica de positivação utilizada pelo constituinte.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸ exemplifica que no Título da Ordem Econômica e Social se encontram diversos direitos fundamentais fora do catálogo, como o art. 205 que prevê a educação como direitos de todos e dever do Estado e da família. Trata-se, portanto, de uma norma definidora de um direito fundamental (direito à educação) que utilizou a técnica de positivação de norma programática, o que certamente não lhe retira a eficácia.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª.ed, Malheiros, São Paulo: 2009, p. 180.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 260.

Não se deveria, em hipótese alguma, desconsiderar a íntima conexão entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica da respectiva norma definidora de direito fundamental, do que, em última análise, também depende a posição jurídica outorgada aos particulares. Assim, a carga eficaz será diversa em se tratando de norma de natureza programática (ou- se preferirmos- de cunho impositivo), ou em se tratando de forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento do direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental¹⁹.

Os direitos sociais possuem uma maior dificuldade de concretização e alguns autores estrangeiros propõem uma classificação de direitos fundamentais sociais de acordo com sua forma de positivação. O publicista hispânico Pero Nunez, por exemplo, sustenta que direitos sociais podem ser positivados: a) como princípios programáticos; b) princípios para atuação dos poderes públicos; c) normas e cláusulas a serem desenvolvidas pela legislação ordinária; d) normas específicas ou casuísticas.

Já o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho entende que os direitos sociais podem ser proclamados na Constituição como: a) normas programáticas; b) normas de organização; c) garantias institucionais; d) direitos subjetivos, classificação que será aprofundada no capítulo seguinte.

¹⁹ Ob cit, p. 260.

2. EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Depois da Revolução Industrial do século XIX e das conquistas dos movimentos sindicais de vários países, os direitos sociais adquiriram dimensões jurídicas, e somente no século XX, foram consagrados em nível constitucional, inicialmente na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã (Weimar) de 1919. No Brasil, a primeira Constituição que positivou direitos econômicos e sociais em título autônomo foi a Constituição de 1934, sob a influência das diretrizes de Getúlio Vargas.

A baixa normatividade e a eficácia duvidosa destes dispositivos foram características comuns às primeiras constituições que positivaram os direitos de segunda dimensão. Ainda hoje tais direitos são os que têm suscitado mais controvérsias no tocante a sua eficácia e efetividade.

Os direitos fundamentais sociais não são direitos exercidos contra o Estado, mas através do Estado, e exigem do Poder Público prestações materiais positivas que demandam disponibilidade e planejamento orçamentário, além da vontade política dos governantes.

O Estado deve definir, executar e implementar políticas sociais através de leis, atos administrativos, da criação e funcionamento dos serviços públicos que facultem aos indivíduos o gozo efetivos dos direitos constitucionalmente protegidos²⁰.

José Afonso da Silva entende que os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, visando igualar situações sociais desiguais. Ao criar condições

²⁰ KRELL, Andrés J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: A constituição Concretizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.27.

materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real (não só formal), os direitos sociais proporcionam maiores possibilidades para o exercício efetivo da liberdade²¹.

Trata-se de um tema em constante debate doutrinário e jurisprudencial e são muitos os questionamentos sobre a matéria, dentre outros: a) as normas programáticas são dotadas da aplicabilidade imediata prevista no §1º do art. 5º da Carta Maior?; b) existem instrumentos jurídicos suficientes na ordem jurídica contemporânea para possibilitar a plena realização desses direitos?; c) o Poder Judiciário pode intervir quando há falha na prestação de serviços públicos básicos?; d) o Poder Público pode justificar essa falha na prestação pelas limitações do orçamento público?; e) existe um padrão mínimo social para uma existência digna?

O presente capítulo visa discutir alguns pontos cruciais com base na doutrina nacional e em decisões do Supremo Tribunal Federal, como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 45, que abordou temas como a reserva do possível e mínimo existencial.

2.1 Técnicas de positivação dos direitos sociais

Analisando especificamente a conformação jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais, o professor J.J. Gomes Canotilho²² aponta quatro modelos de positivação: a) normas de organização; b) garantias institucionais c); direitos subjetivos públicos; d) normas programáticas.

As normas sociais de organização impõem ao legislador a realização de certos direitos sociais. Ao impor a certos órgãos a realização de medidas que busquem bem-estar social e segurança econômica dos indivíduos, o constituinte abriria caminhos para as regulamentações legais dos direitos sociais.

As normas sociais como garantias institucionais são uma imposição ao legislador obrigando-o a respeitar a essência das instituições (a exemplo da família), bem como sua proteção, levando em consideração os dados sociais, econômicos e políticos.

²¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª.ed, Malheiros, São Paulo: 2009, p. 286.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

As normas sociais como direitos subjetivos públicos geram direitos reflexos aos cidadãos, independente de sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Não é permitido ao Estado e aos particulares agredir tais direitos.

Pérez Luño alerta que a figura do “direito público subjetivo” é uma categoria histórica adaptada ao funcionamento do Estado liberal e atualmente superada com o fim da dicotomia direito público e privado.

Entendida como autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas privadas, tal categoria acha-se superada pela própria dinâmica econômico-social do nosso tempo, em que o desfrute de qualquer direito fundamental exige atuação ativa dos poderes públicos (...) o que para a ideologia liberal aparecia como esfera da atividade privada contraposta à atividade pública passa a ser considerado, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, coexistencial e não contraposto²³.

Goffredo Telles Júnior²⁴ entende que os argumentos acima referidos são de uma corrente reacionária e que a melhor interpretação para a expressão “direitos subjetivos públicos” deve ser empregada no sentido de direitos oponíveis ou exigíveis ao Estado e a terceiros, sem importar o qualificativo de público ou privado referido anteriormente. Tais direitos são dotados de eficácia jurídica, já que a Constituição garantiu ao titular sua efetivação, e devem ser interpretados como permissão concedida pelo Direito Constitucional objetivo ao homem. Entendê-la de outra forma é negar valor jurídico eficaz aos enunciados de direitos fundamentais.

Por último, analisa-se o modelo de positivação mais debatido na doutrina. As normas programáticas condensam na Constituição os princípios definidores dos fins do Estado. Estas possuem conteúdo social e relevância essencialmente política, servindo como instrumento de pressão política aos órgãos competentes. Gomes Canotilho entende, contudo, que há também relevância jurídica na introdução de direitos sociais como programas constitucionais, assinalando que:

Por um lado, através de normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da

²³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, *apud* Perez Luño, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de derecho e constitución, 6ª. Ed. Buenos Aires: Tecnos, 1999, p. 177.

²⁴ Ob cit.

Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento da concretização²⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, defende que as normas de cunho programático (normas programa, normas-tarefa, normas-fim, imposições legiferantes) possuem como elemento comum uma baixa densidade normativa, dependendo, em maior ou menor grau, de atuação legislativa. Apesar da imposição ao legislador para alcançar maior concretude, as normas de cunho programático são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho político ou ideológico. Neste sentido o autor afirma que:

Todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico. Para além do que já foi dito neste sentido, faz-se oportuna a referência à lição de Gomes Canotilho, reforçando o entendimento de que as normas desta natureza correspondem às exigências do moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerente à dinâmica de uma Constituição dirigente, no sentido de que estas normas impõem aos órgãos estatais, de modo especial, ao legislador, a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos²⁶.

Jorge Miranda assinala que enquanto a maior parte dos direitos de liberdade está consignada em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas, os direitos sociais (ou sua grande maioria) estão contemplados em normas programáticas, normas que têm que ser seguidas não só de lei, mas também de modificações econômicas, sociais, administrativas e outras, além de ser necessário um ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível²⁷.

A incoerência destas mudanças e a ausência da devida produção legislativa geram uma das maiores problemáticas no tocante aos direitos sociais que é a ineficácia ou baixa eficácia das normas de direitos sociais com cunho programático.

2.2 Eficácia das normas programáticas e Princípio da máxima efetividade

Os direitos fundamentais de defesa não apresentam maiores problemas quanto sua aplicação e eficácia, pois a doutrina considera que estes são, desde logo, aptos a desencadear todos os seus efeitos jurídicos. O mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a

²⁵ Ob cit.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 292.

²⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998, p. 348.

prestações que visam uma conduta positiva por parte dos destinatários, consistindo, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa.

O ponto de partida deste debate consiste na previsão de aplicação imediata dos direitos fundamentais do artigo 5º, §1º da Constituição Federal que afirma inexistir normas de direitos fundamentais desprovidas de eficácia e aplicabilidade.

Há quem defenda que pela posição topográfica este dispositivo estaria tratando somente dos direitos e garantias individuais (como ocorre com o §2º do mesmo artigo). Contudo, o constituinte utilizou a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, não fazendo qualquer limitação aos direitos dispostos no art. 5º, abrangendo todo o catálogo dos direitos fundamentais (arts. 5º a 17).

Além destes, é possível ainda sustentar a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais localizados em outras partes da Carta Maior, como também de outros advindos de tratados e convenções internacionais, devido à concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais.

O que se questiona é se a norma do art. 5º §1º, CF teria, por si só, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de pela eficácia, inclusive para os preceitos que, devido à técnica de positivação, não receberam normatividade suficiente do constituinte.

Existem diferentes concepções na doutrina quanto à eficácia e aplicabilidade das normas programática. Serão abordadas as posições consideradas mais relevantes na análise do professor Ingo Wolfgang Sarlet.

Alguns autores defendem a tese mais otimista da inexistência de normas programáticas na Constituição Federal, já que além de prever expressamente a aplicabilidade imediata, o constituinte criou instrumentos processuais aptos a combater a omissão do legislador, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em sentido contrário, advoga Sarlet:

Esses instrumentos não tem, por si só, o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade da aplicabilidade direta, pelo menos, em toda sua extensão e plenitude eficaz, sendo, pelo contrário, justamente uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador²⁸.

Completa ainda, que o dispositivo em questão não possui a força de transformar uma norma incompleta e carente de concretização em direito imediatamente aplicável e plenamente eficaz, já que não há como contrariar a natureza das coisas²⁹.

Outra posição, em situação extrema a essa anterior, é a tese de uma interpretação restritiva do art. 5º, §1º com a intenção de evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, que poderia ocorrer ao tentar consagrar aplicabilidade imediata a uma grande quantidade de normas positivadas de diversas formas. O comando da aplicabilidade imediata não pode prevalecer em face das características normativas e estruturais próprias da natureza das normas programáticas³⁰.

A posição de Celso Bastos, que se encontra entre as duas anteriores, sustenta que os direitos fundamentais são, em princípio, diretamente aplicáveis, cabendo a esta regra, duas exceções: a) quando a Constituição remete a concretização da norma à lei; b) quando a norma não possui normatividade suficiente por não apresentar elementos mínimos à sua concretização³¹.

A nosso entender, a melhor interpretação reside na idéia de que todos os direitos fundamentais estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, por menor que seja sua densidade normativa a nível constitucional, que vai depender do seu enunciado, ou seja, da técnica utilizada na positivação da norma.

É mister observar se legislador constituinte já estabeleceu uma normatividade suficiente que possibilite a aplicação do direito em questão. Desta forma, algumas normas poderão ser concretizadas somente pela via interpretativa, enquanto outras dependerão da atuação reguladora do legislador ordinário.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 264.

²⁹ Ob cit, p. 265.

³⁰ Ob cit, p. 265.

³¹ Ob cit, p. 268.

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 incoseqüente, 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)³².

Para o doutrinador J. J. Gomes Canotilho a postura da máxima efetividade ou da eficiência consiste num princípio de interpretação da constituição e pode ser formulado da seguinte maneira:

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)³³.

O referido parágrafo deve ser aplicado como princípio, e não como regra, levando em consideração a natureza da norma e a redação dada a determinados dispositivos. Neste sentido, todas as normas referentes a direitos fundamentais são dotadas de uma eficácia mínima, cabendo ao Poder Público extrair a maior eficácia possível. Trata-se, portanto, de uma espécie de mandado de otimização, que impõe uma maximização da eficácia de todos os direitos fundamentais, inclusive os de natureza prestacional³⁴.

2.3 Mínimo existencial

Os direitos sociais programáticos são mandados de otimização e, como tal, devem ser concretizados gradualmente na medida das políticas públicas e disponibilidade orçamentária. O descumprimento de normas programáticas pelo Estado, contudo, só é aceitável temporariamente, quando houver uma impossibilidade material evidente e comprovável, conforme será analisado posteriormente.

³² STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Relator Min. Relator Celso de Mello, julgada em 29.04.2004.

³³ CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1149.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009.

A prestação dos serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos direitos sociais, a exemplo do oferecimento de escolas, de hospitais, das comunicações, da cultura, dos transportes, do fornecimento de água e energia. A omissão ou prestação insuficiente destes serviços pelo Estado resulta no comprometimento do exercício de outros direitos.

Não há como conceber, no contexto de um centro urbano, uma vida digna sem acesso à água e à energia elétrica, por exemplo. A falta destes serviços básicos gera diretamente ofensa à segurança (a casa se torna mais suscetível a assaltos), ao lazer (a televisão é o principal meio na maioria das famílias brasileiras), e até mesmo à sobrevivência por falta de água e alimentos.

É uma obrigação do Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática de cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade³⁵.

Esse *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais (mínimo existencial) é um conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma existência humana digna. Possui, ainda, a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação de serviços básicos para uma existência digna.

Trata-se de matéria pouco discutida na doutrina constitucional brasileira. Alguns doutrinadores defendem a existência de determinados direitos como padrão mínimo social para uma existência digna, mas não é matéria pacífica.

Luís Alberto Barroso, por exemplo, advoga que o mínimo existencial encontra abrigo nos direitos à saúde, à educação fundamental e à moradia. Em sentido contrário, Ricardo Lobo Torres entende que não existe um rol determinado de direitos que asseguram mais a dignidade humana que outros³⁶.

³⁵ KRELL, Andreas Joaquim. Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000, p. 42.

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V. 5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 110.

Já Ana Paula de Barcellos elege a categoria de mínimo existencial a educação fundamental, a saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça. Quanto à escolha de tais direitos, a referida autora afirma que:

Esses quatro conteúdos do mínimo existencial não correspondem a uma escolha aleatória, ou exclusivamente normativista (considerando-se o texto da Carta de 1988); ao contrário, eles integram uma estrutura lógica de fácil demonstração. Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente (...) A assistência aos desamparados por sua vez, identifica um conjunto de pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo (...) O acesso à Justiça, por fim, é elemento instrumental e indispensável da eficácia positiva ou simétrica reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a negação de prestações de serviços básicos por parte do Estado não pode fundamentar-se nos argumentos comuns de falta de verba e de falta de competência do Poder Judiciário para decidir sobre aplicação dos recursos públicos. Observa o autor que a denegação dos serviços essenciais de saúde ao indivíduo, por exemplo, se equipara à aplicação de uma pena de morte pelo Estado³⁷. Luís Alberto Barroso concorda que o cumprimento de tarefas estatais relacionadas ao mínimo existencial pode ser ordenado pelo Poder Judiciário.

2.4 Reserva do possível

Como visto, por se tratarem de direitos prestacionais, a concretização dos direitos sociais exige disponibilidade financeira do Estado. A cláusula da reserva do possível representa justamente as limitações orçamentárias do Estado que dificultam ou impedem a aplicação dos direitos sociais.

Essa cláusula, entretanto, não significa uma autorização constitucional para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob alegações genéricas que não existem recursos públicos suficientes. Neste sentido, o STF tem reafirmado em seus julgados que o caráter programático das normas sociais não autoriza o Poder Público utilizar a reserva do possível de forma irresponsável, para se esquivar da realização de seus deveres constitucionais.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Segundo Celso de Mello, só é legítimo ao Estado invocar referida cláusula nas situações em que possa ser objetivamente demonstrada: a) a inexistência de disponibilidade financeira para efetivar prestações positivas e b) a falta razoabilidade na pretensão deduzida³⁸.

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.

O princípio da máxima efetividade (mandado de otimização) possibilita aos indivíduos buscar a implementação de direitos sociais não concretizados pelo Poder Executivo e Legislativo diante do caso concreto. Alguns autores entendem que essa atuação do Poder Judiciário pode gerar graves conseqüências financeiras ao erário público e desequilíbrio nas prestações estatais.

Gustavo Amaral argumenta que a necessidade do Poder Executivo, quando demandado pelo Poder Judiciário, invocar a cláusula reserva do possível e efetivamente demonstrá-la (através da inexistência de disponibilidade financeira ou falta de razoabilidade na pretensão deduzida) dá ensejo à concreção pela via jurisdicional dos direitos sociais, acarretando a implementação de políticas públicas pelo Judiciário³⁹.

A própria concepção dos direitos fundamentais deve ocorrer sob a ótica de uma sociedade aberta, democrática e pretensamente justa, o que exclui a visão autoritária de um único intérprete autorizado a fazer opções maniqueístas, nos moldes do 'tudo ou nada' ou do 'certo e errado'. Em tais casos, a opção política é preferencialmente do legislativo e do executivo, cabendo ao judiciário o controle de razoabilidade.

O referido autor entende que esse fenômeno gera sérias injustiças no tocante a quem receberá ou não a tutela jurisdicional, e conseqüentemente, as prestações sociais. É bem possível que haja escolhas desproporcionais, já que feitas por elementos como a distribuição dos processos ou a influência sobre a mídia. Outra conseqüência grave é desequilíbrio financeiro, já que o Poder Executivo deverá retirar recursos públicos de outras áreas para suprir a decisão judicial. Sobre o mandado de otimização, entende que:

³⁸ STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Relator Min. Relator Celso de Mello, julgada em 29.04.2004.

³⁹ 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.

A postura de 'máxima eficácia' de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no conteúdo do direito a ser dada a eficácia, implica em negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia, pretendendo trazer para o ambiente das Cortes de Justiça reclamos que têm seu lugar nas ruas, a pressão popular e não na tutela paternalista dos 'sábios'.

Ana Paula de Barcelos leva em conta que a limitação de recursos existe e não pode ser ignorada. Contudo, em posição contrária a Gustavo Amaral, entende que o intérprete deverá considerar os limites orçamentários e as contingências sociais ao avaliar se determinado bem poderá ou não ser exigido judicialmente.

Não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição, gastando-os sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública. Neste Sentido, Ana Paula de Barcelos entende que:

a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível⁴⁰.

O desrespeito à Constituição pode ocorrer mediante ação ou omissão estatal. Desta forma, a inconstitucionalidade pode advir da omissão pelo Poder Público por não adotar medidas orçamentárias suficientes à realização concreta dos direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive os de cunho programático.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

3 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal trata da titularidade para a prestação de serviços públicos incumbindo expressamente ao Poder Público, na forma da lei, e estabelece que a prestação de tais serviços pode ser feita diretamente ou mediante execução direta (art. 175, p.u.). A Carta Maior, contudo, não conceitua serviço público.

Segundo o entendimento doutrinário dominante, o Brasil adota a corrente formalista, que afirma não ser possível identificar um núcleo essencial irreduzível pela natureza da atividade para classificá-la como pública. No país, é considerado público todo serviço que a Constituição e as leis afirmem como tal, independente de sua natureza.

A essência da política pública é distribuir recursos disponíveis na sociedade, buscando a realização da justiça social almejada na Constituição. Essas políticas expressam escolhas realizadas em vários centros de decisão estatal, partindo desde o Constituinte de 1988 até as decisões atuais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Poder Executivo desempenha um papel fundamental na implementação das políticas públicas e concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, visto que este, além de executar as normas legislativas, cria as políticas e programas necessários para a realização dos ordenamentos legais⁴¹.

É importante observar que a ofensa à Constituição Federal tanto pode ocorrer por ações estatais (atuação positiva), através de um comportamento ativo do Poder Público na edição e cumprimento de normas inconstitucionais, como também através de inércias governamentais (atuação negativa), o que comumente ocorre na ausência de legislação regulamentadora de direitos. Celso de Mello entende que:

⁴¹ KRELL, Andreas Joaquim. Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000, p.55.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental⁴².

Há discussão doutrinária e jurisprudencial quanto ao cabimento de controle judicial das omissões na atuação normativa e nas falhas na implementação de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Fábio Konder Comparato entende que o Poder Judiciário possui competência para julgar questões políticas e que tal controle judicial não encontra óbice no Princípio da Separação dos Poderes. Joaquim Andréas Krell, afirma que:

As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação de políticas públicas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas tem o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Judiciário⁴³.

O controle judicial ou judiciário é exercido pelos órgãos do Poder Judiciário sobre atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Judiciário (no exercício de atividades administrativas). Há controle quanto à legalidade dos atos administrativos e o Judiciário pode decretar a anulação do ato quando este ofender leis ou princípios, operando efeitos retroativos (*ex tunc*).

Não se admite a aferição do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Se o juiz tivesse legitimidade para valorar a conveniência e oportunidade realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria comprometendo o princípio da separação dos poderes.

Desta assertiva se questiona: ao julgar a omissão ou falha na prestação de serviços públicos, o Poder Judiciário está invadindo na esfera de discricionariedade do Poder Executivo? Cabe ao Judiciário analisar execução orçamentária dos entes públicos? Quais

⁴² STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Relator Min. Relator Celso de Mello, julgada em 29.04.2004.

⁴³ KRELL, Andreas Joaquim. Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000, p.55.

instrumentos jurídicos são aptos ao controle de políticas públicas? Quais princípios devem ser ponderados nessa análise?

A doutrina não apresenta uma solução pacífica e os Tribunais têm adotado diversos posicionamentos nos seus julgados quanto ao controle excepcional de políticas públicas pelo Poder Judiciário. O objetivo do presente capítulo é elucidar o debate com entendimentos doutrinários, análise de alguns julgados, bem como dos possíveis instrumentos jurídicos utilizados no controle judicial.

3.1 Princípio da proporcionalidade e da separação dos poderes

O princípio da proporcionalidade (da razoabilidade ou da proibição do excesso) não se encontra expresso na Carta Magna, mas trata-se de princípio geral de Direito. Embora implícito, o STF tem utilizado tal princípio em diversos julgados, apontando o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV) como seu fundamento material.

O princípio da proporcionalidade é bastante antigo e teve sua aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo, sendo utilizado para o controle de atos discricionários. Após a II Guerra Mundial este princípio alcançou também a esfera do Direito Constitucional e atualmente é bastante utilizado pelo STF no controle de constitucionalidade de leis.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade⁴⁴.

Em essência, o princípio da proporcionalidade significa que, ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter como foco o fim a que ela se destina e os meios adequados e necessários para atingi-lo, exercendo um possível controle do excesso. Neste sentido, Paulo Bonavides entende que:

A proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar conseqüências jurídicas, porquanto é um princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade,

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 395.

ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que hão de se observar em toda hipótese que os direitos e as liberdades sejam lesados⁴⁵.

A doutrina constatou a existência de três elementos no princípio da proporcionalidade: a) pertinência, adequação ou aptidão; b) necessidade ou exigibilidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da pertinência examina a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Significa que qualquer medida adotada pelo Poder Público deve ser adequada a atingir a finalidade objetivada.

O subprincípio da necessidade, por sua vez, significa que uma medida restritiva de direitos só será válida se não for possível adotar outra menos gravosa para obter o mesmo resultado. Conhecido também como princípio da escolha do meio mais suave, exige que a medida seja necessária e que não exceda limites indispensáveis à conservação do fim almejado.

O subprincípio da proporcionalidade *stritu sensu*, por fim, é verificado após a análise dos elementos anteriores para averiguar se os resultados positivos obtidos superam ou não as desvantagens da restrição de outro direito. Trata-se, portanto, da exigência do equilíbrio na ponderação de direitos.

O Estado de direito exige do legislador e do magistrado uma mudança em suas funções clássicas. O legislador já não é o soberano das épocas em que se sobrepunha a legalidade à constitucionalidade. O juiz, por sua vez, atua com mais liberdade examinando a aplicação das normas.

As limitações impostas ao legislador, inclusive no exercício do poder constituinte derivado, são reflexos da realidade atual da supremacia da Constituição sobre a lei. O moderno princípio da constitucionalidade possui uma “preponderância sólida” sobre o princípio da legalidade atualmente em declínio na sua acepção clássica, de inspiração liberal⁴⁶.

⁴⁵ Ob cit, p. 395.

⁴⁶ Ob cit, p. 400.

Paulo Bonavides entende que a aplicação do referido princípio contribui na prática notavelmente para conciliar direito formal e material diante das transformações sociais extremamente velozes, exigindo do juiz uma postura de executor da justiça material⁴⁷.

Essa liberdade do juiz na interpretação e aplicação das normas jurídicas (através do princípio da proporcionalidade) exige do magistrado (inclusive no juízo *a quo*) uma postura mais atuante, mais próxima da realidade social, assumindo um papel importante no controle de constitucionalidade.

Alguns autores entendem que a estrutura do Poder Judiciário é inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas, ainda que excepcionalmente, por ferir o princípio da separação de poderes.

Os argumentos principais são: a) desequilíbrio entre poderes, já que o Poder Judiciário estaria invadindo competências dos outros Poderes; b) falta de legitimidade democrática para destinar recursos e fixar políticas públicas do Poder Judiciário; c) falta de condições de avaliar os impactos das decisões do Judiciário sobre o Estado como um todo devido à falta de capacitação técnica e perspectiva casuística; d) decisões quanto a políticas públicas são políticas, fora do espaço de atuação do Judiciário, que é jurídico⁴⁸.

A idéia de distribuir o exercício do poder político para evitar arbitrariedades ou abusividades é bastante antiga e consiste num dos fundamentos da organização do Estado Moderno. Contudo, a idéia de separação absoluta não atende mais às necessidades contemporâneas e deve ser reformulada.

Alguns doutrinadores defendem uma nova visão do princípio da separação dos poderes, atualizada com o Estado de Direito e atenta à proteção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Ana Paula de Barcellos, por exemplo, observa que a separação dos

⁴⁷ Ob cit, p. 400

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 240.

poderes não representa um obstáculo lógico ao controle pelo Poder Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público⁴⁹.

Ao impossibilitar o exercício de direitos sociais, econômicos e culturais, a omissão legislativa e administrativa resulta numa inconstitucionalidade permanente, o que gera desestabilização política e descrença na ordem constitucional. Vislumbra-se, neste caso, uma grave ofensa política-jurídica aos direitos fundamentais, já que mesmo dotados de eficácia, não se concretizam na realidade. Andréas Joaquim Krell se posiciona no sentido que:

O vestuto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido à uma nova leitura, para poder continuar a servir a seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, contra a omissão estatal. O Estado Social Moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de freios e contrapesos.

Para alcançar a qualidade das prestações públicas e a implementação de políticas sociais eficientes exige-se que haja uma mudança de paradigma quanto à interpretação e aplicação do magistrado. Clemerson Clève defende a atuação de “juízes ativistas” que se desapegam da racionalidade formal para buscar a realização plena dos comandos constitucionais⁵⁰.

As decisões do Poder Público não podem se distanciar dos programas e princípios constitucionais. Quando isso ocorre, seja por ação ou por omissão, a ordem constitucional disponibiliza diversos instrumentos jurídicos para que o Poder Judiciário possa realizar controle judicial e efetivar os direitos de segunda geração.

3.2 Controle judicial de políticas públicas

É importante observar que o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais não trazem reflexos apenas individuais. Vale analisar também como os direitos sociais,

⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 248.

⁵⁰ KRELL, Andreas Joaquim. Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000, p. 54.

econômicos e culturais podem ser buscados através do controle abstrato de constitucionalidade e de ações coletivas.

Vejamos um caso concreto: se determinado Município do país é desprovido de hospital público há uma flagrante inconstitucionalidade que fere o direito fundamental à saúde de todos os moradores daquela região. O Estado tem o dever jurídico de destinar recursos orçamentários necessários a uma efetiva prestação de serviços de saúde conforme disposto no art. 34, inciso VII, letra “e” e art. 35, III, da Constituição Federal.

O descumprimento desse preceito pela não aplicação do mínimo orçamentário na saúde tem vários reflexos na esfera jurídica: a) gera direito individual subjetivo a quem não tem acesso à saúde, que pode ir a juízo postular determinado tratamento ou medicamento; b) pode o Ministério Público ingressar com Ação Civil Pública para buscar direito difuso; c) possibilita a interposição de uma ADI por omissão por qualquer dos legitimados; d) pode ensejar uma ADPF por ferir preceito fundamental; e), pode dar ensejo a uma ADI interventiva proposta pelo Procurador Geral da República permitindo ao Estado interferir no Município por descumprimento de princípios sensíveis, entre outros.

O controle judicial de políticas públicas com fundamento em direito individual subjetivo gera diversos efeitos colaterais, já que concede o exercício de um direito ao indivíduo que postulou em juízo, quando deveria concedido a todos os indivíduos na mesma situação. O que ocorre, portanto, é uma distribuição pouco democrática de bens e serviços públicos, que dependerá das condições de buscar e Judiciário e obter uma decisão favorável.

Outra dificuldade encontrada diante de um caso concreto é a impossibilidade de se verificar se há aplicação mínima do orçamento definido constitucionalmente, bem como a necessidade de se retirar orçamento de outros setores para aplicá-lo numa necessidade específica. Neste sentido, comenta Ana Paula de Barcellos:

Ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública de saúde por falta de prestações que, por certo, estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial. Talvez a omissão na oferta de tais prestações seja imputável a outras razões – que podem ir desde prioridades inconstitucionais na alocação de recursos, má gestão e até a prática de crimes -, que não guardem relação nenhuma com o custo gerado pela decisão referida. É impossível não considerar, entretanto, que a verba necessária ao cumprimento da decisão judicial sai de uma mesma

rubrica e reduz recursos disponíveis para o atendimento do restante da coletividade⁵¹.

Por estas razões, a doutrina discute que é preferível realizar o controle judicial de políticas públicas no plano coletivo (para defesa de direitos difusos e coletivos) e no plano abstrato (constitucionalidade das alocações orçamentárias). Nestas, é possível um exame do contexto geral das políticas públicas (e não diante de um caso concreto), se há ou não a aplicação dos percentuais mínimos orçamentários, como também há uma distribuição mais democrática das prestações públicas⁵².

Quanto à possibilidade de implementação de políticas públicas por Ação Civil Pública, a Lei 7347/85 apresenta diversos legitimados, dentre eles a sociedade civil através de associações, para a defesa dos direitos difusos, que estão relacionados à implementação, “direitos básicos que compõem o arcabouço da cidadania”⁵³.

Joaquim Andréas Krell entende que o controle efetivo de serviços públicos através da Ação Civil Pública encontra muitas vezes as mesmas dificuldades de outros meios processuais e afirma que:

Uma decisão negativa (interdição, embargo) normalmente não resolve o problema (hospitais ou escolas com funcionamento precário não devem ser simplesmente fechados). Uma melhoria da qualidade na prestação de um serviço social básico quase sempre vai depender do repasse de um maior volume de verbas e/ou uma reformulação de sua estrutura administrativa. E a grande maioria dos Tribunais brasileiros (ainda) não se considera competente para tomar essas decisões por considerá-las de cunho político e fora de sua competência.

Sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, analisaremos algumas ações e julgados do STF visando abordar o posicionamento adotado pelos tribunais no tocante a judicialização da política.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343.

⁵² Ob cit, p. 339.

⁵³ KRELL, Andreas Joaquim. Controle Judicial de serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Waljgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado: 2000, p. 57.

3.2.1 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 e ADI Interventiva

Uma decisão emblemática do STF sobre controle judicial de políticas públicas foi a ADPF no. 45. Para compreendê-la, é necessário, em primeiro plano, observar as disposições elaboradas pelo constituinte quanto aos princípios sensíveis e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

A Constituição Federal de 1988 prevê como forma de estado o federalismo, e como tal, a regra é o exercício da autonomia pelos entes estatais. Contudo, excepcionalmente, a Carta Maior admite o afastamento dessa autonomia política através da intervenção de um ente político sobre outro, quando houver interesse na preservação da própria Federação.

O ministro Celso de Mello entende que o mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do sistema federativo e, dentro de suas múltiplas funções, está a de preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República.

O art. 34, VII, CF elenca um rol taxativo de princípios sensíveis, a exemplo da forma republicana, sistema representativo e regime democrático. A Emenda Constitucional 29/00 acrescentou a alínea ‘e’ no inciso VII do art. 34, prevendo a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Caso seja descumprido tal preceito, A União poderá intervir nos Estados-Membros para garantir seu cumprimento.

Nesse mesmo sentido, a EC no. 29/00 acrescentou o inciso III ao art. 35, permitindo a intervenção dos Estados nos Municípios quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido na receita municipal na educação e na saúde. Sobre os percentuais que deverão ser aplicados na garantia de recursos mínimos na área da saúde, a referida Emenda acrescentou dois parágrafos no art. 198, CF. Essa reforma constitucional gerou diversos impactos na ordem constitucional.

A ação por descumprimento de preceito fundamental foi disciplinada pela Lei no. 9.882/99 e traz relevantes alterações no controle de constitucionalidade abstrato, como a aferição de direito pré-constitucional, de direito municipal perante a Constituição Federal, de qualquer ato do Poder Público, independente da exigência de ato normativo primário, geral e abstrato. Possui natureza de ação subsidiária, cabendo somente quando não houver outro meio para sanar a lesividade.

A referida lei não enumerou normas consideradas preceitos fundamentais. Cabe ao STF o juízo fundamental para aferir se a regra o princípio, inclusive implícito, pode ser qualificada como fundamental. Propositadamente, a expressão “preceito” visa que a ADPF não se restrinja somente aos princípios fundamentais.

Em 2003, o Partido da Democracia Social – PSBD ingressou com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental no STF contra o veto do Presidente da República proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/03 (LDO).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, segundo prescreve o parágrafo 2º, art. 165, da Constituição de 1988, compreenderá as metas e prioridades da administração federal, incluindo despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre alterações na legislação tributária e estabelecerá a aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.⁵⁴

A proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/03 prevê no parágrafo 2º do art. 55 que para atender à aplicação mínima exigida pela EC 29/00 consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da pobreza.

O presidente vetou esse parágrafo alegando vagamente que existem dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário. O veto presidencial gerou uma diminuição na quantidade de recursos que serão aplicados em ações e serviços públicos de saúde. Em razão

⁵⁴ PETER, Lafayete Josué. Direito Financeiro. 3ª. Ed., Editora Verbo Jurídico, Porto Alegre: 2008, p. 133.

disso, o chefe do Executivo descumpriu o preceito do art. 77 do ADCT, com redação dada pela EC 29/00, bem como as demais normas referentes à saúde, como os arts. 6º e 196, da Carta Maior.

A posterior edição da Lei nº 10.777/03 apresentou o dispositivo vetado, um fato juridicamente relevante capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, apesar da perda do objeto desta ação, o STF vislumbrou a oportunidade para tratar o tema e enfatizar o cabimento de ADPF na concretização de políticas públicas, nos seguintes termos:

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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), 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 programático⁵⁵.

3.2.2 ADI por omissão e Mandado de Injunção

A Constituição Federal apresenta dois mecanismos jurídicos que podem ser utilizados no caso do Estado deixar de adotar medidas necessárias à realização concreta dos preceitos constitucionais, gerando uma violação negativa da constituição.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1988, é modalidade de controle abstrato no caso de omissão de órgão encarregado pela elaboração normativa para efetivar disposição constitucional que dependa de complementação.

O STF entende que a ADI por omissão não se restringe apenas à omissão legislativa, mas alcança também omissões advindas de órgãos administrativos, que possuem a função constitucional de editar atos administrativos em geral para a concretização das disposições

⁵⁵ STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Relator Min. Relator Celso de Mello, julgada em 29.04.2004.

constitucionais. Esta espécie de controle abstrato possui bastante semelhança com o mandado de injunção, que também tem a finalidade de efetivar norma constitucional violada devido à inércia dos poderes constituídos.

O art. 5º, LXXI, da Carta Maior previu a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora causar a inviabilidade do exercício dos direitos, liberdades constitucionais e das prerrogativas como a cidadania, a soberania, a nacionalidade. Trata-se de um remédio constitucional que pode ser utilizado por qualquer pessoa que esteja em prejuízo pela ausência de norma regulamentadora.

Este remédio visa conferir aplicabilidade ao texto constitucional quando há inércia governamental e inconstitucionalidade por omissão. É pacífico no STF o cabimento de mandado de injunção coletivo, sendo legitimadas entidades sindicais ou de classe, visando o exercício de direitos de seus membros ou associados.

Uma dos temas mais polêmicos na atualidade consiste nos efeitos das decisões do Poder Judiciário quanto ao mandado de injunção. Existem duas teses jurídicas: a) posição concretista; b) posição não concretista.

Para a posição não concretista, cabe ao Poder Judiciário apenas reconhecer formalmente a inércia do Poder Público e dar ciência ao órgão competente, para que este realize a edição da norma omissa. Essa corrente se apegava ao princípio da separação dos poderes para justificar que o Poder Judiciário não deve preencher a lacuna no caso concreto. Essa era a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal. Essa orientação, contudo, conferia baixa efetividade ao remédio constitucional. O STF vem reformulando seu entendimento e adotando a posição concretista, mas não há entendimento pacífico quanto aos efeitos da decisão.

Para a corrente concretista, o Poder Judiciário deve reconhecer a existência da omissão legislativa e administrativa, e ainda, concretizar efetivamente o exercício do direito, até a edição legal do órgão competente. Divide-se ainda em concretista geral e concretista individual.

A primeira advoga que o provimento judicial é revestido de normatividade, possuindo eficácia *erga omnes* e alcançando todos os titulares do direito. O STF seguiu este entendimento no julgamento do MI no. 20, julgado em 22.11.96, que discutia a falta de norma regulamentadora quanto ao direito de greve dos servidores públicos civis, previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal. Neste caso, o STF determinou, por decisão com caráter mandamental e eficácia para todos, a aplicação temporária da lei de greve vigente no setor privado (Lei no. 7.783/89), até edição de lei regulamentadora pelo Congresso Nacional. Sobre o assunto, afirma Gilmar Ferreira Mendes:

No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas da legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro (...) Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que não é dado ao legislador escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão somente dispor sobre a adequada configuração de sua disciplina⁵⁶.

A segunda corrente, por outro lado, entende que a decisão judicial só possui eficácia *inter partes*, possibilitando a concretização do direito apenas ao autor da ação. Neste sentido, o STF reconheceu no MI no. 721/DF, julgado em 30.08.07, o direito à aposentadoria especial que trata o § 4º do art. 40 da Constituição Federal. Esse dispositivo autoriza a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos que exerçam atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física, nos termos definidos por lei complementar. Na ausência desta regulamentação, o Supremo decidiu aplicar no caso concreto a regra do regime geral de previdência social, atribuindo à decisão o efeito *inter partes*. O STF declarou, ainda, que o mandado de injunção possui caráter mandamental e não meramente declaratório, conferindo ao mesmo, eficácia jurídica capaz de transformar a realidade social.

3.2.3 Julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso

Desde o julgamento da ADPF no. 45, os tribunais têm adotado com mais frequência o controle excepcional de políticas públicas pelo Poder Judiciário no controle difuso. Para a solução de casos concretos referentes a direitos diversos (saúde, educação, assistência social, direitos da criança e adolescente), o STF tem reproduzido o entendimento do pleno no

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1216.

juízo da ADPF no. 45, que trata sobre a reserva do possível e o mínimo existencial, nos seguintes termos:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)⁵⁷.

Como exemplo, podemos citar o juízo do RE 503650/SC, em que o Supremo decidiu sobre o direito de atendimento em programa social para crianças e adolescentes em situação de miserabilidade e negligência familiar, tratando do direito à assistência social.

DECISÃO: Discute-se neste recurso extraordinário o direito de crianças e adolescentes em situação de miserabilidade e negligência familiar a atendimento em programa social. 2. O TJ/SC decidiu que do Programa de Orientação e Apoio Sócio-Familiar tem o dever de oferecer assistência social às famílias; porém, não de forma integral e imediata, eis que se trata de prerrogativa do Administrador Público, servindo-se dos preceitos ditados na Constituição da República, e calcado no poder discricionário para estabelecer as políticas sociais [fl. 66]. 3. O recorrente alega violação do disposto no artigo 227 da Constituição do Brasil. 4. O recurso merece provimento. O Supremo decidiu que embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional⁵⁸.

Já no tocante à educação, o STF juízo o RE 410715 AgR, que envolvia o direito à educação infantil, acesso à creche e pré-escola, incluída dentre as competências do Município. Neste caso, entendeu que:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e

⁵⁷ STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Relator Min. Relator Celso de Mello, juída em 29.04.2004.

⁵⁸ STF, RE 503650 / SC, juído em 03/06/08.

como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina⁵⁹.

Desta forma, é possível observar que o posicionamento dos Tribunais tem avançado no que diz respeito à concretização de direitos de segunda dimensão pelo Poder Judiciário, através da implementação de políticas públicas, sempre que haja abusividade governamental. A cláusula da reserva do possível não gera óbice a esse entendimento.

⁵⁹ STF, RE 410715 AgR, julgado em 22/11/2005.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho examina a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais na ordem jurídica brasileira inaugurada em 1988, observando o princípio da dignidade humana, a proteção do mínimo existencial e as limitações da reserva do possível.

Diferente dos direitos fundamentais de defesa, que não apresentam maiores problemas quanto à aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, §1º, os direitos de segunda geração têm suscitado controvérsias quanto à sua eficácia e condição de direitos subjetivos. Admite-se que todas as disposições constitucionais são dotadas de normatividade, contudo, o grau de eficácia varia de acordo com a técnica de positivação utilizada pelo constituinte.

Os direitos de segunda geração, em regra, são positivados como normas programáticas, que apresentam princípios norteadores e programas a serem seguidos na ordem constitucional progressivamente. Observando os corolários do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa, tais direitos são dotados da aplicabilidade imediata prevista para os direitos fundamentais e devem ser prestados pelo Poder Público, na medida permitida pelas limitações orçamentárias.

A reserva do possível não pode servir como obstáculo ao cumprimento das obrigações constitucionais na concretização dos direitos fundamentais. Os Poderes Executivo e Legislativo devem, ao realizar a dotação orçamentária, levar em conta as escolhas da sociedade, concretizadas pelo poder constituinte originário e reformador.

Portanto, entende-se que todas as normas referentes a direitos fundamentais são dotadas de uma eficácia mínima, cabendo ao Poder Público extrair a maior eficácia possível. Trata-se, portanto, de uma espécie de mandado de otimização, que impõe uma maximização da eficácia de todos os direitos fundamentais, inclusive os de natureza prestacional.

O Poder Público deverá concretizá-los progressivamente, elegendo prioridades através de políticas públicas e disponibilizando serviços essenciais aos indivíduos. É importante observar o debate doutrinário sobre o conceito de mínimo existencial que, caso seja adotado, exige explicitamente o cumprimento de determinados direitos pelos Poderes Públicos, que não tem possibilidade nenhuma de esquivar-se do mandamento constitucional. Não há, na doutrina e jurisprudência, um consenso sobre o assunto.

Eleger um mínimo existencial significa escolher, dentre o rol de direitos fundamentais, alguns direitos mais importantes. Através de uma interpretação sistemática da Constituição, é possível auferir que o constituinte relacionou três direitos fundamentais à destinação de recursos orçamentários e tributos: educação fundamental, saúde e assistência social.

O Constituinte destacou o direito fundamental à saúde e à educação no capítulo que trata da intervenção federal, permitindo a intervenção da União nos Estados, bem como dos Estados nos Municípios, quando não houver o repasse mínimo dos recursos destinados (art. 34, VI, e 35, III).

A Constituição determina ainda, o fornecimento de um salário mínimo ao idoso ou o deficiente que não tenha condições de prover, por si, ou sua família, sua subsistência (art. 203, V). Trata-se do direito à assistência social que traduz condições elementares à subsistência humana: alimentação, vestuário e abrigo. Há dispositivo constitucional que prevê a destinação das contribuições sociais para a realização da assistência social.

Entendemos que no Estado Democrático de Direito, visando alcançar a dignidade humana, todos os direitos fundamentais devem ser cumpridos e concretizados integralmente e em conjunto, não sendo necessário eleger direitos mais fundamentais e, portanto, mais urgentes.

Contudo, a realidade demonstra que os direitos sociais estão distantes de uma efetiva concretização. Nesse contexto, avaliamos que seja um avanço doutrinário eleger um mínimo existencial, mesmo que restrito à educação, saúde fundamental e assistência social (hermenêutica constitucional possível, a nosso ver), pois possibilitaria uma intervenção

judicial mais fundamentada e efetiva quanto a esses direitos sociais, quando não fosse aplicado o mínimo de recurso obrigatório em tais esferas.

É fato notório que o salário mínimo nacional não possibilita ao indivíduo uma vida digna. Também é fácil constatar que os direitos a prestações (saúde, educação, lazer, trabalho, assistência social, entre outros) não são efetivados, ou quando o são, o Poder Público age de forma insuficiente. Nestes casos, verificam-se inconstitucionalidades, tanto por omissão, como por falha na atuação. É, portanto, essa ofensa à Constituição Federal que permite e exige do Poder Judiciário um controle da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, através do controle de legalidade norteado pelo princípio da proporcionalidade.

É importante observar que estamos diante de um país “em desenvolvimento” que carrega uma nefasta cultura de corrupção. Convivemos diariamente com a onerosa tributação e enfrentamos constantemente a má-gestão destes recursos nas Comissões Parlamentares de Inquéritos – CPI’s, que investigam fatos relacionados à probidade de nossos administradores e legisladores.

Devemos ter atenção aos alertas quanto à possível “ditadura do Judiciário” no exercício desse controle. Os excessos devem ser coibidos. Contudo, a realidade exige uma nova visão do princípio da separação dos poderes, em que o Poder Judiciário desempenha uma atuação mais comprometida com a realização da justiça social e da dignidade humana.

A função de planejar políticas públicas e dispor de recursos orçamentários não é, em regra, desenvolvida pelo Poder Judiciário, que não possui legitimidade e estrutura adequada para estas atividades. Entretanto, o Poder Judiciário poderá implementar excepcionalmente políticas públicas ao se deparar com ofensas à Constituição Federal.

Para isto, o ordenamento jurídico disponibiliza diversos instrumentos, como a ADI por omissão, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública etc, que muitas vezes não desempenham seu papel com suficiência, já que há constantemente avanços e retrocessos jurídicos na sua utilização.

O direito comparado é importante ao desenvolvimento das técnicas jurídicas nacionais, contudo, precisamos estar atentos às especificidades de uma nação em desenvolvimento, que ainda padece de alguns males, como o voto de cabresto, políticas assistencialistas eleitoreiras, miserabilidade e pouco exercício da cidadania.

Negar efetividade aos direitos sociais, econômicos e culturais significa ainda, como um reflexo, retirar dos indivíduos e da coletividade o direito à cidadania, à autonomia, à autodeterminação, à soberania, já que estes não se desenvolvem sem educação, saúde, moradia, lazer, assistência social, salário digno.

BIBLIOGRAFIA

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 de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2004.

KRELL, Andréas Joachim. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. 3^a. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5^a.Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32^a.ed, Malheiros, São Paulo: 2009.

TORRES, Ricardo Lobo (org.).**Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.