

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

LUANA CARNEIRO CLOCK

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAR OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

CURITIBA

2009

LUANA CARNEIRO CLOCK

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAR OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Luiz Osório Moraes Panza

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

LUANA CARNEIRO CLOCK

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	05
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	07
2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	07
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	10
2.2.1 Terminologia.....	10
2.2.2 Conceito.....	13
2.2.3 Gênese e Evolução Histórica.....	16
2.2.3.1 Dimensão dos direitos fundamentais.....	22
2.2.4 Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988.....	24
2.2.5 Direitos Fundamentais Sociais no Direito Internacional e no Direito Comparado.....	28
2.2.6 A Baixa Efetividade dos Direitos Sociais.....	34
3 POLÍTICAS PÚBLICAS.....	40
3.1 ASPECTOS INICIAIS.....	40
3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	46
3.3 CRISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.....	52
4 CONTROLE JUDICIAL.....	56
4.1 DIFICULDADES NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	56
4.2 A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	59
4.3 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	64
4.4 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	68
4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA.....	71
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS.....	83

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo apurar a possibilidade ou não do Poder Judiciário exercer um controle sobre as Políticas Públicas, buscando dar maior eficácia aos direitos fundamentais sociais descritos na Constituição Federal. O Estado brasileiro, como um Estado Democrático de Direito sob um viés social, tem um poder-dever de basear suas ações na busca pela efetivação da Constituição Federal, especialmente, no tocante aos direitos sociais que demandam uma atitude, muitas vezes, positiva por parte dos Governantes que devem garantir a todos uma vida com um mínimo de dignidade. Para tanto, um dos principais instrumentos dos governantes eleitos realizarem esta incumbência são as “Políticas Públicas” que definem a destinação de recursos públicos para realização de determinados fins escolhidos pelo Administrador estatal, vez que não há subsídios suficientes para atender todas as necessidades da população. Ocorre que, por serem estas escolhas, um ação de caráter discricionário, devem existir mecanismos para evitar o arbítrio estatal na definição da destinação dos recursos. Para tanto, o ideal para maior parte da doutrina seria um controle social, já que os “controlados” seriam os representantes do povo, porém, a sociedade brasileira não possui esse “espírito democrático”, se revelando como solução, o controle jurisdicional dos atos ou omissões do Executivo na proteção da Constituição, idéia que gera muitos debates doutrinários e divergências jurisprudenciais.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Políticas Públicas; Controle Judicial.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerada como uma “constituição cidadã” é um modelo para o mundo, vez que traz em seu bojo todos os aspectos para uma convivência harmônica e a construção de uma sociedade ideal.

Infelizmente, na prática, tem-se que o Brasil não traduz o contido em sua Carta Magna e é um país com imensas desigualdades sociais, problemas políticos gravíssimos e um aparente desinteresse do Estado para com os seus filhos.

Embora seja um país continental, repleto de riquezas naturais, possuindo um vasto território, seus potenciais são mal aproveitados pelos governantes, em sua grande maioria, corruptos e interessados em dar um “jeitinho brasileiro” para tudo, idéia que dissemina para o restante da população.

A corrupção é uma doença que atinge, inicialmente, a cúpula do Poder e contagia todo o resto do país que fica cada vez mais distante da utopia sonhada pelo legislador constituinte.

O artigo 6º da referida Carta, traz um rol de direitos fundamentais sociais que são de proteção obrigatória pelo Estado, como a saúde, a educação, a moradia, entre outros.

Diante disso, conclui-se que de nada adianta a criação de leis e projetos nas mais diversas áreas da política, economia, meio ambiente e etc, se a população não tiver acesso à um aporte material mínimo para auferir uma vida digna.

A realidade é que ninguém pode se desenvolver e obter conhecimento sobre qualquer assunto se não tiver um mínimo de saúde, de moradia, de educação, de segurança, de trabalho.

Por este fato, o legislador constituinte elegeu como primícia do ordenamento jurídico a proteção aos direitos fundamentais, sendo que os atos do Estado e da população em geral devem buscar sempre a não violação destes direitos.

Inconteste, portanto, o fato do sistema constitucional pátrio trazer uma enorme proteção aos direitos fundamentais e ser do Estado a incumbência de efetivá-los para que tenham aplicabilidade na sociedade.

As políticas públicas são instrumentos administrativos hábeis a destinar verbas para a concretização dos direitos sociais e são realizadas mediante a escolha de prioridades pelo Governo para a aplicação dos recursos públicos a fim de atender ao descrito na Constituição Federal, especialmente no tocante aos direitos fundamentais.

Se, porventura, os direitos fundamentais, especialmente, os sociais, que visam uma atitude positiva do Estado, não forem devidamente protegidos e efetivados pelos “poderes” incumbidos desta tarefa (Executivo e Legislativo), o Poder Judiciário poderia como guardião da Constituição, intervir na seara dos demais poderes buscando concretizar estes direitos.

Daí urge toda a discussão doutrinária e jurisprudencial que se baseia na possibilidade ou não de um controle judicial nas políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais sociais, o que será analisado nos capítulos a seguir.

Enfim, a real necessidade da população brasileira e a sensibilidade trazida pela imensa desigualdade social que emerge em um país de tantas riquezas é o que gera a relevância do estudo ora apresentado.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal em seu artigo 1º determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, mas no que se configura, em síntese, esta forma de Estado.

Inicialmente, impende verificar o conceito de “Estado” trazido por Maria Goretti dal Bosco¹: “O Estado pode ser entendido enquanto pressuposto histórico e social da democracia, se considerando instituição de identidade coletiva, não voluntária, baseada fisicamente num território, sustentada pelo poder de coerção que detém, e pela burocracia e legalidade.”

Atualmente, o Estado Democrático de Direito “pode ser entendido como o que desenvolve sua atividade de acordo com a separação dos poderes, por meio de normas, principalmente de caráter geral, as quais são produto da participação dos cidadãos e exercem um limite ao Estado (...)”²

Este modelo surgiu no século XVIII, “como afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, assim como uma exigência de organização e funcionamento do Estado em busca da proteção daqueles valores”³.

Segundo o entendimento de Maria Goretti dal Bosco⁴, os pressupostos do Estado Democrático de Direito são:

¹ DAL BOSCO, Maria Goretti. Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2007, p.42.

² Ibid, p.43.

³ Idem.

(...) a imperatividade da lei, que deve ser tomada enquanto expressão da vontade geral; a divisão dos poderes; a legalidade da Administração, isto é, o funcionamento de todos os poderes como instrumentos jurídicos para limitar o totalitarismo, **e o respeito, a garantia e a realização material dos direitos fundamentais.** (grifo nosso)

Uma das bases fundamentais deste Estado Democrático de Direito é “a igualdade de direitos, compreendida enquanto vedações de distinções na fruição de direitos, de modo especial, as de natureza econômica, e de diferenças entre classes sociais”⁵.

Nesse aspecto ressalta-se a importância do conceito da igualdade, sendo que cabe ao Estado conferir oportunidades aos “menos favorecidos” para que possam fruir dos direitos consagrados constitucionalmente de maneira igual às pessoas que detém maior poderio econômico.

Para Maria Goretti Dal Bosco⁶, o Estado Democrático de Direito está em uma fase não concluída, devendo ser acrescentado um “matiz social” na sua concepção.

Dentro do período de consagração do Estado Democrático de Direito houve o período do Estado liberal e, posteriormente, o surgimento de um Estado Social, ou seja, um Estado voltado a realizar prestações sociais à população.

O Estado social se consolidou após o declínio do Estado liberal (onde o individual era cerceado pelo coletivo) e:

(...) a caracterização do Estado Social e democrático dá-se com a presença mínima de alguns elementos: (...) a submissão dos governantes à hierarquia das leis, ao **controle judicial de seus atos** e a responsabilização por suas atitudes e decisões; (...); **o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, incorporando os novos direitos econômicos, sociais e culturais;** a instrumentalidade dos poderes públicos para promover a igualdade dos cidadãos; (...)⁷ (grifo nosso)

⁴ DAL BOSCO, 2007, p.44.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Ibid, p.49/50.

O Estado social brasileiro, para Paulo Bonavides⁸, “está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais”.

Para o autor, o centro do Estado social é o princípio constitucional da igualdade, sendo que o Estado social “é enfim Estado produtor de igualdade fática” o que, “obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia”⁹.

As citadas prestações positivas, “materializam-se sob diferentes formas, que compreendem desde a prestação direta de serviços públicos até o exercício do poder de regulação da economia, passando pelo exercício do poder de polícia e da adoção de políticas públicas, dentre outras”¹⁰.

Interessante ressaltar, no presente estudo, o entendimento de alguns doutrinadores citados na obra de Maria Goretti Dal Bosco¹¹ que desenvolvem o conceito de perfil garantista no Estado Democrático.

O núcleo desta corrente de pensamento se refere ao entendimento de Karl Doehring em que o “Estado de Direito não tem a função de garantir a justiça material, mas a “justiça de procedimento””, sendo que o perfil deste Estado garantista:

Subentende um modelo de legalidade substancial, não apenas formal, de modo que, primeiramente, o sistema legal se imponha sobre todos os poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – (...). **Além disso, a segunda condição é a de que todos os poderes estejam sempre a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, os quais não podem ser violados.** Para esse fim, há limitações representadas pelos deveres correspondentes impostos pela Constituição, **e também obrigações do Estado de satisfazer os direitos sociais**, assim como de assegurar aos cidadãos a possibilidade de acionar a tutela jurisdicional de seus direitos.¹²
(grifo nosso)

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ªed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.378.

⁹ Idem.

¹⁰ SANTOS, Marília Lourido. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2006, p.74.

¹¹ DAL BOSCO, 2007, p.51/54.

¹² Ibid, p.52.

Um dos aspectos mais relevantes da Teoria do Garantismo e que interessa ao presente trabalho monográfico é a possibilidade do Poder Judiciário supervisionar os atos do Executivo, mais especificamente:

(...) no que se refere às políticas públicas, cujo controle, pelo Judiciário brasileiro, é ainda restrito, na atualidade, por conta das limitações do ordenamento jurídico e da visão da jurisprudência, ainda de certo modo arraigada à mentalidade ultrapassada em países desenvolvidos – de que pode haver atos imunes ao controle jurisdicional, os chamados “atos políticos”, editados com base no poder discricionário de administradores públicos.¹³

O Estado social, ou mais especificamente o perfil garantista do Estado Democrático revela a base de sustentação do presente estudo, vez que, cabe ao Estado ter uma atitude positiva e basear suas ações na busca pela efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, nem que para isso, alguns conceitos consagrados tenham que ser “relativizados”, como por exemplo, o princípio da separação dos poderes.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.1.1 Terminologia

Há muitas divergências doutrinárias sobre qual seria a melhor terminologia a ser usada para designar os direitos fundamentais. Existem diversas expressões, tais como: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades

¹³ DAL BOSCO, 2007, p.53.

públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, dentre outras de menor utilização.

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴, a terminologia mais correta a ser usada é “direitos fundamentais”, isso porque, essa expressão seria o gênero que abarca as espécies de direitos consagrados constitucionalmente.

Segundo o autor¹⁵:

(...) há que se levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, consignando-se aqui o fato de que este termo - de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramentos dos partidos políticos (Capítulo V).

A Constituição da República Federativa do Brasil também traz diversas terminologias para designar a mesma categoria de direitos, são elas: direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e no § 1º do artigo 5º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI), direitos e garantias individuais (artigo 60, §4º, inciso IV).

As expressões utilizadas majoritariamente são, direitos fundamentais e direitos humanos, sendo que muitos doutrinadores utilizam tais expressões como sinônimos, assim como o faz a Constituição Federal.

Ocorre que, para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶, há diferenças entre as duas terminologias, sendo que os direitos humanos podem ser abarcados pelo conceito

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33/34.

¹⁵ Ibid, p.34.

¹⁶ SARLET, 2007, p.35/36.

de direitos fundamentais, já que este se destina aos seres humanos, mesmo que estejam representados por entes coletivos, porém, há uma distinção, qual seja:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas expressões jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Explica Perez Luño¹⁷ que:

A expressão “direitos fundamentais” (*droit fondamentaux*) foi, originariamente utilizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1.789. Enquanto a expressão “direitos humanos” costuma ser empregada em referência aos direitos reconhecidos pela ordem jurídica supranacional, a expressão direitos fundamentais passou a se relacionar aos direitos expressamente positivados nas Constituições de cada país.

Interessante ressaltar o ensinamento de Ana Carolina Lopes Olsen¹⁸ quando afirma que a terminologia “direitos fundamentais”, por estarem positivados na carta constitucional guardam “maior grau de efetividade, pois contam com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários das normas respectivas ao seu devido cumprimento”, sendo que, “o mesmo não se verifica com os direitos humanos, na

¹⁷ PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos Humanos, Estado y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 31/32.

¹⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p.31.

medida em que nem sempre as cortes internacionais têm condições de impor o respeito ao direito em questão.”

Mais especificamente aos direitos sociais, tal terminologia também desagrada alguns doutrinadores, como por exemplo, o espanhol José Ramón Cossio Diaz¹⁹ quando afirma que a expressão “direitos sociais” não guardaria, ainda hoje, o significado que lhe era atribuído no passado, de contraposição do social ao individual, de elemento de luta pelo reconhecimento da igualdade pela condição das pessoas”. Para ele, a melhor terminologia a ser usada seria, “direitos à prestações” e “direitos de igualdade”.

Ana Carolina Lopes Olsen²⁰ critica esse posicionamento, vez que:

(...) nem todos os direitos fundamentais apresentam dimensão prestacional (...). Assim, a referência à prestações, exclusivamente, pode provocar equívocos. Com relação ao termo “direitos de igualdade”, vale ressaltar que mesmo os direitos tradicionalmente chamados de “direitos de liberdade” ou “direitos de defesa” têm uma dimensão de igualdade, e vice-versa, de modo que referida característica ainda que seja verdadeira – não parece a mais adequada para designar os direitos sociais.

A autora supracitada defende a expressão “direitos sociais”, já que estes direitos refletem “uma tradição histórica ligada às lutas sociais, pelo reconhecimento de melhores condições de vida, a serem garantidas pelo Estado.”²¹

O presente trabalho se utilizará da expressão direitos fundamentais sociais, por objetivar a pesquisa sobre os direitos constitucionalmente positivados.

2.2.2 Conceito

¹⁹ COSSIO DIAZ *apud* OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p.31.

²⁰ OLSEN, 2008, p.32.

²¹ Idem.

Passado a análise da terminologia dos direitos fundamentais sociais faz-se necessário estabelecer o conceito destes direitos estabelecidos na doutrina.

Alexandre de Moraes²² afirma que:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Segundo Marcos Bittencourt²³ os “Direitos fundamentais consistem em preceitos jurídicos necessários para que a pessoa humana se realize de forma plena, num ambiente de liberdade, dignidade e igualdade”.

O legislador constituinte estabeleceu cinco espécies do gênero direitos fundamentais, quais sejam: os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Para o presente estudo relevante é a conceituação dos direitos fundamentais sociais.

Segundo Alexandre de Moraes²⁴, os direitos fundamentais sociais:

(...) caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, **visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático**, conforme preleciona o art. 1º, IV. (grifo nosso)

²² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2002, p.39.

²³ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Curso de direito constitucional**. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.61.

²⁴ MORAES, 2002, p.43.

Para Andreas J. Krell²⁵, os direitos fundamentais sociais “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”.

Para José Afonso da Silva²⁶, os direitos sociais,

(...) como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como o exercício efetivo da liberdade.

Surgindo os chamados direitos sociais, que fazem parte da segunda dimensão dos direitos fundamentais. Para Ingo W. Sarlet²⁷:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar”.

José Afonso da Silva²⁸ divide esses direitos em duas categorias, como os direitos sociais do homem produtor:

(...) a liberdade de instituição sindical (instrumento de ação coletiva), o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (co-gestão ou autogestão) e o direito de obter um emprego. São os previstos nos arts. 7º a 11.

²⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.19.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26º ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286/287.

²⁷ SARLET, 2007, p.56/57.

²⁸ SILVA, 2006, p.287.

E, os direitos sociais do homem consumidor, que são:

(...) os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família, que são, como se nota, os indicados no art.6º e desenvolvidos no título da ordem social.

2.2.3 Gênese e Evolução Histórica

Ingo Wolfgang Sarlet²⁹ desenvolveu em sua obra uma vasta evolução histórica no tocante aos direitos fundamentais, abrangendo desde a Idade Média até os dias atuais, citando a origem e a concretização destes direitos até o constitucionalismo moderno.

Porém, para o presente estudo, mostra-se relevante descrever a evolução dos direitos sociais, cabendo uma sintética análise sobre os direitos fundamentais em seu aspecto geral.

Os direitos fundamentais constitucionais surgiram apenas quando do “reconhecimento formal das primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal burguesa”³⁰.

Porém, Ingo Wolfgang Sarlet³¹ ensina que desde a antiguidade, através da religião e da filosofia, surgiram as idéias-chaves que influenciaram os pensamentos dos jusnaturalistas e a concepção destes sobre o ser humano que, “pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e alienáveis(...)”.

²⁹ SARLET, 2007, p.43/58.

³⁰ Ibid, p.55.

³¹ Ibid, p.45.

K. Stern³² destaca três fases de desenvolvimento desses direitos, quais sejam:

a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Na fase dita pré-histórica da evolução dos direitos fundamentais, um importante documento foi a *Magna Charta Libertatum*, redigida sob o reinado de João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses do século XIII, que serviu como base para o reconhecimento de alguns direitos importantes, como o devido processo legal, por exemplo.³³

A segunda fase, jusnaturalista, cooperou para que os direitos fundamentais fossem reconhecidos posteriormente, tal etapa se iniciou a partir do século XVI e se estendeu pelos séculos XVII e XVIII, onde encontrou o seu ápice.

Para Ingo Wolfgang Sarlet³⁴, nesta fase teve especial relevância o pensamento de Santo Tomás de Aquino que trazia como valor fundamental a “dignidade da pessoa humana”.

O discurso deste pensador se incorporou na concepção jusnaturalista, ressaltando-se também, na mesma época, a importante influência do humanista italiano Pico della Mirandola que, no período renascentista, baseado nos pensamentos tomistas, estabeleceu a dignidade como inerente a personalidade do homem natural.

³² STERN, K *apud* SARLET, 2007, p.44.

³³ SARLET, 2007, p.49.

³⁴ *Ibid*, p.46.

Uma importante corrente de pensamento sobre os direitos fundamentais foi o Iluminismo que teve uma influência no jusracionalismo e teve seu desenvolvimento paralelo ao jusnaturalismo, possuindo, esta fase, vários nomes importantes de pensadores³⁵.

No século XVII, uma importante contribuição doutrinária foi trazida por John Locke (1632-1704) sendo o “primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive aos detentores do poder (...)”³⁶

John Locke, assim como Hobbes:

(...) desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens tem o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal.³⁷
(Grifo nosso)

Nesse contexto, na Inglaterra, a “concepção contratualista da sociedade e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período.”³⁸

A mais relevante delas foi a Declaração de Direitos (*Bill of Rights* – 1688):

Daí, surge para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida a soberania popular (superada a realeza de direito divino), que teve em Locke seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.³⁹

³⁵ “Vitória y las Casas, Vázquez de Menchaca, H. Grócio, Hugo Donellus, Johannes Althusius”

³⁶ SARLET, 2007, p.48.

³⁷ Idem.

³⁸ “Como exemplo destas Cartas de Direitos, tem-se a *Petition of Rights* (1628), o *Hábeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e o *Establishment Act* (1701).”

³⁹ SILVA, 2006, p.153.

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰, embora haja uma fundamental importância nessas declarações para a afirmação dos direitos, a positividade inglesa não pode ser considerada o nascedouro dos direitos fundamentais como vistos atualmente, não havendo, portanto, uma constitucionalização e sim, uma fundamentalização dos direitos.

Já no século XVIII, a paternidade dos direitos fundamentais é disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, havendo divergências doutrinárias sobre o tema, sendo que ambas as declarações tiveram influência mútua e igual relevância, tendo importância o fato de que “pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais (...)”⁴¹

Entre as principais declarações de direitos em sentido moderno, estão: a Declaração da Virgínia (1776); a Declaração Norte-Americana (1787); a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal (1948); Declaração de Viena (1993).

Para José Afonso da Silva⁴² a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão possui maior relevância visto que ela “teve uma visão universal dos direitos do homem”.

O autor ensina que tal Declaração contém trinta artigos, sendo que do 1º ao 21 encontram-se a proclamação dos direitos e garantias individuais, já, sobre os direitos sociais:

(...) do artigo 22 até o artigo 28 o documento consubstancia os direitos sociais do homem, assim: direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; direito ao trabalho,

⁴⁰ SARLET, 2007, p.51.

⁴¹ Ibid, p.52.

⁴² SILVA, 2006, p.161 e 163.

à escolha do trabalho, às condições satisfatórias de trabalho e proteção contra o desemprego, a salário condigno, à liberdade sindical; direito a limitação razoável da duração do trabalho, a férias, a descanso remunerado e ao lazer; direito à previdência e seguro social no caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice, etc.; direito à educação, à instrução técnica e profissional, e à cultura; direito a uma ordem social e internacional em que os direitos fundamentais sejam plenamente efetivos.⁴³

Flávia Piovesan⁴⁴ demonstra a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos realizada no Pós-guerra, estabelecendo-se “como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos”, sendo que foi considerada um “marco maior do movimento de internacionalização dos direitos humanos, fomentou a conversão destes direitos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional.”

Modernamente, a nível constitucional, as Constituições Francesas de 1793 e 1848, a Constituição Brasileira de 1824 e a Constituição Alemã de 1849, foram as primeiras a registrarem na história os direitos fundamentais.⁴⁵

Já, os direitos sociais encontraram respaldo, inicialmente, na Constituição mexicana de 1917.⁴⁶

Retirando-se do âmbito internacional e analisando mais especificadamente o âmbito nacional brasileiro, importante ressaltar que a Constituição do Império brasileira de 1824 em seu artigo 179, foi a “primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva (...)”.⁴⁷

⁴³ SILVA, 2006, p.164.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.235/236.

⁴⁵ SARLET, 2007, p.57.

⁴⁶ SILVA, 2006, p.285.

⁴⁷ Ibid, p.170.

Após, a Constituição do Império, foi a vez da Constituição de 1891 que assegurou apenas os direitos individuais e coletivos, ignorando os demais, como por exemplo, os direitos sociais.

Em seguida, sobre a Constituição de 1934, José Afonso da Silva⁴⁸, exemplifica que:

(...) a Constituição de 1934, bem como as sucessivas, fora a Carta ditatorial de 1937, abriu um título especial para a Declaração de Direitos, nele inscrevendo não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos. Além disso, essa Constituição incorporou, como já notamos, outra novidade, que se constituiu no Título "Da Ordem Econômica e Social", na esteira das constituições do pós-Primeira Guerra Mundial, **reconhecendo os direitos econômicos e sociais do homem, ainda que de maneira pouco eficaz.** (grifo nosso)

A Constituição de 1934 perdurou apenas por três anos, quando então foi sucedida pela Carta de 1937 que foi "ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas".⁴⁹

Posteriormente, a Constituição de 1946 "trouxe o Título IV sobre a *Declaração dos Direitos*, com dois capítulos: um sobre a *Nacionalidade* e a *Cidadania* e outro sobre os *Direitos e Garantias Individuais*"⁵⁰, já, os direitos econômicos e sociais "apareceram nela, como nas de 1967 e 1969, (...), mais bem estruturado do que na de 1934, em dois títulos: um sobre a ordem econômica e outro sobre a família, a educação e a cultura".⁵¹

⁴⁸ SILVA, 2006, p. 170/171.

⁴⁹ Ibid, p.171.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

A Constituição de 1988, ora vigente, é considerada diferenciada, possuindo uma *novel* técnica em relação aos direitos fundamentais, como um todo, em especial, os sociais, como será demonstrado item 1.2.4.

2.2.3.1 Dimensões dos direitos fundamentais

Após o reconhecimento do fato de que os direitos fundamentais constitucionais surgiram quando do seu reconhecimento formal nas Constituições escritas, cabe ressaltar que esta espécie de direitos possui três ou até quatro dimensões estabelecidas pela doutrina.

Conforme o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet⁵²:

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual da doutrina, gravitam em torno de três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões.

Acerca da primeira dimensão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵³, ensina que “O século XVIII assistiu a declaração dos direitos naturais do homem – as liberdades públicas -, direitos fundamentais que se garantiam contra o Estado, exigindo deste uma atitude de não-interferência.”

Portanto, os direitos de primeira dimensão são os que se referem a liberdade e são, conforme leciona Ingo W. Sarlet⁵⁴, “apresentados como direitos de cunho

⁵² SARLET, 2007, p.66.

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.86

⁵⁴ SARLET, 2007, p.56.

“negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos (...)

Os direitos individuais e coletivos são, segundo José Afonso da Silva⁵⁵, os “direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”.

No decorrer do século XIX, a industrialização trouxe enormes problemas sociais e econômicos, gerando grandes movimentos reivindicatórios, “atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social”⁵⁶.

Para Andreas J. Krell⁵⁷, “Depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os Direitos de “segunda geração” surgiram, em nível constitucional, somente no século XX (...)”.

Sobre os direitos sociais, ensina Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁸ que:

É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.

Segundo Marcus Bittencourt⁵⁹: “Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos. Uma vez garantidos os direitos de liberdade, agora o ser humano buscará junto ao Estado prestações positivas para diminuir as desigualdades sociais”.

⁵⁵ SILVA, 2006, p.183.

⁵⁶ SARLET, 2007, p.56.

⁵⁷ KRELL, 2002, p.19.

⁵⁸ SARLET, 2007, p.57.

⁵⁹ BITTENCOURT, 2008, p.63/64.

Os direitos de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade e fraternidade que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁰, são determinados através:

do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais

A principal diferença desses direitos com os demais direitos fundamentais é o seu caráter não individual, sendo que eles são destinados à coletividade, “muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela a título de exemplo no direito ao meio ambiente e qualidade de vida (...)”⁶¹, além é claro dos demais, como, “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.⁶²

Parte da doutrina destaca a existência de uma quarta geração que se refere “às garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito de mudança de sexo (...)”⁶³

Conforme já declarado anteriormente, o presente trabalho monográfico se conterà em estudar os direitos fundamentais de segunda geração no tocante à sua real eficácia.

2.2.4 Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República de 1988 trouxe inovações no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente no que tange a sua relevância.

⁶⁰ SARLET, 2007, p.58.

⁶¹ Idem.

⁶² BONAVIDES, 2007, p.569.

⁶³ SARLET, 2007, p.59.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁴:

De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais pelo direito constitucional positivo vigente, do status jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.

A importância dada aos direitos fundamentais na nova Constituição se deve, principalmente ao fato de que o:

(...) aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais.⁶⁵

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 esclarece que o Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Os direitos sociais se encontram na Constituição Federal de 1988, considerada a constituição-cidadã, em seu artigo 6º que dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Interessante ressaltar o fato de que o direito à moradia foi trazido por meio da Emenda Constitucional nº26/2000, sendo integrado posteriormente ao texto constitucional original.

⁶⁴ SARLET, 2007, p.75.

⁶⁵ Ibid, p.78.

Inconteste o fato de que os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais. Vicente de Paulo Barretto⁶⁶ declara que,

O constituinte ao listar os valores supremos do estado democrático de direito, considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial do regime que pretenderam estabelecer através da Constituição, e, portanto, pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos. (...) o legislador constituinte, ao assim proceder, refletiu um novo paradigma, onde os direitos sociais tornam-se, nos termos em que se encontram expressos na Constituição, direitos fundamentais que mantêm relações de igualdade com os direitos civis e políticos. (grifo nosso)

O artigo 6º pertence ao Capítulo II do Título II – Dos direitos e garantias fundamentais e os direitos ali descritos se configuram em uma espécie do gênero dos “direitos fundamentais”.

Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁷ estabelece que:

Nesse contexto, cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF) contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal do 1948, bem assim como os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, (...). No que concerne aos direitos das duas primeiras dimensões, não se encontram dificuldades para a confirmação desta hipótese, bastando uma simples leitura superficial dos dispositivos integrantes do catálogo, que acolheu tanto os direitos tradicionais da vida, liberdade e propriedade, quanto o princípio da igualdade e os direitos e garantias políticos, consagrando, por igual, os direitos sociais de segunda dimensão.

Uma das críticas ao legislador constituinte é feita por Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁸, quando afirma que:

A falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada, pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensejando problema de ordem hermenêutica. É o que ocorre,

⁶⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.108.

⁶⁷ SARLET, 2007, p.79/80.

⁶⁸ Ibid, p.81.

por exemplo, com a redação do caput do art. 5º, seguido dos 77 incisos, bem como do **art. 6º, que anuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social, suscitando sérias dúvidas sobre quais os dispositivos situados fora do Título II que efetivamente integram os direitos fundamentais sociais.** (grifo nosso)

É de se observar que o artigo 6º é meramente exemplificativo e “não esgota os direitos sociais. Se o fizesse, os direitos do trabalhador que enuncia o artigo seguinte não seriam direitos sociais, o que é manifesto absurdo”⁶⁹

Portanto, há diversos artigos exparsados pelo texto constitucional que declamam os direitos sociais, ensina José Afonso da Silva⁷⁰ que:

(...) o texto constitucional traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (Título VIII), fazendo com que o jurista deva extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deixando para tratar, nos artigos 190-230, de seus mecanismos e aspectos organizacionais.

Alguns direitos fundamentais sociais descritos no artigo 6º da Constituição Federal têm sua regulamentação no texto legal, como: a educação (artigos 205 a 214); a saúde (artigos 196 a 200); o trabalho (artigo 7º), o lazer (desporto – artigo 217); a segurança (objetivo do artigo 5º, incisos XXXV, XXXIX,...); a previdência social (artigos 201 e 202); a proteção à maternidade e à infância (artigos 203, incisos I e II e artigos 227, 228 e 229); a assistência aos desamparados (artigo 203). O direito à moradia não possui qualquer dispositivo constitucional, sendo apenas declarado pelo artigo 6º.⁷¹

⁶⁹ FERREIRA FILHO, 2000, p.86.

⁷⁰ SILVA, 2006, p.285.

⁷¹ FERREIRA FILHO, 2000, p.87/88.

Paulo Bonavides⁷² ensina que a Constituição Federal de 1988 é, “em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado Social”

Estado este que visa uma prestação positiva, sendo um dos maiores problemas do Direito Constitucional moderno, a busca da efetivação dos direitos sociais básicos, diante disso, Paulo Bonavides⁷³ estabelece que:

Por esse aspecto muito avançou o Estado Social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é portanto de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante. (Grifo nosso)

Ultimado o estudo referente aos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, interessante estudarmos sobre essa espécie de direitos no âmbito internacional e em outros países.

2.1.5 Direitos Fundamentais Sociais no Âmbito Internacional e Direito Comparado

Sobre os direitos sociais no direito comparado, Eva Maria Hohnerlein⁷⁴ ensina que: “No continente europeu a codificação e implementação internacional dos direitos fundamentais sociais foi inicialmente de domínio exclusivo do Conselho da Europa⁷⁵, a mais antiga organização de países europeus com sede em Estrasburgo.”

⁷² BONAVIDES, 2007, p.371.

⁷³ Ibid, p.373.

⁷⁴ HOHNERLEIN, Eva Maria. A proteção internacional dos direitos fundamentais sociais na Europa: a carta social e a convenção de direitos humanos do conselho da Europa. In: **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.265.

⁷⁵ Foi fundado no ano de 1949 por 10 países europeus e conta hoje com 44 países membros e não deve ser confundido com a União Européia ou com a Comunidade Européia para a criação de um mercado comum interno.

Desde o início, o Conselho da Europa tinha o objetivo de “proteção dos direitos humanos, além da afirmação de uma democracia pluralista e a consolidação do primado do direito no sentido do princípio do Estado de Direito.”⁷⁶

Os principais instrumentos de proteção de direitos humanos deste Conselho foram:

(...) a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) de 1950 com diversos protocolos adicionais, por um lado, bem como a Carta Social Europeia (CSE) com um catálogo de 19 direitos fundamentais sociais, do ano de 1961, assim como a sua versão revista e ampliada de 1996.(...) Atualmente 31 países na Europa estão vinculados juridicamente por meio da ratificação de um dos dois instrumentos mencionados.⁷⁷

O Conselho da Europa formulou a Carta Social da Europa⁷⁸ (CSE), sobre a CSE, Eva Maria Hohnerlein dita que esta “ocupa-se tanto das instituições centrais do **direito trabalhista no sentido mais amplo** (arts. 1º a 10), quanto também com as garantias na área da **seguridade social** e da **proteção social** (arts.11 a 17).”

Além de tais direitos fundamentais sociais, a CSE foi emendada no decorrer dos anos por outros direitos referentes aos trabalhadores, de proteção social das pessoas mais idosas, direito à proteção contra a pobreza e exclusão social (art.30), direito à habitação (art.31), sendo que, atualmente, declara 31 direitos fundamentais.⁷⁹

Quanto a Comunidade Europeia que contém 15 Estados-Membros:

Os tratados de fundação da CE não fazem menção explícita aos direitos fundamentais sociais. Atos jurídicos posteriores reconheceram determinados direitos sociais como fundamentais em conexão com a seguridade social de trabalhadores migrantes. Com vistas ao reconhecimento adicional de direitos fundamentais sociais deve-se

⁷⁶ HOHNERLEIN, 2003, p.265/266.

⁷⁷ Ibid, p.266/267.

⁷⁸ Entrou internacionalmente em vigor na data de 1º de julho de 1999 e deverá substituir “pouco a pouco” a carta anterior.

⁷⁹ Ibid, p.272.

consultar sobretudo a praxis interpretativa do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), de Luxemburgo. Afinal de contas, 11 dos então 12 Estados-Membros promulgaram a “Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais Sociais dos Empregados” como declaração dos chefes de Estado e de governo dos Estados-membros.(...) Ela contém um programa de política social sem conceder ao indivíduo direitos de validade imediata.⁸⁰

A União Europeia, “possui também uma Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, na qual foram incluídos, depois de controvérsias em parte virulentas, também direitos fundamentais econômicos e sociais (...)”⁸¹.

Eva Maria Hohnerlein⁸² afirma que, embora, o Direito Internacional já tenha reconhecido os direitos sociais como parte dos Direitos Humanos,

(...) é evidente que no espaço europeu a garantia internacional de direitos fundamentais sociais vive até hoje na sombra e permaneceu amplamente desconhecida na esfera pública. Desde o começo, a eficácia e a operacionalização de direitos fundamentais sociais ficaram nitidamente atrás da tutela prevista para as liberdades fundamentais civis e políticas no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Quanto a eficácia desses direitos, interessante o ensino da autora supracitada, quando afirma que:

Não foi possível implementar as sugestões no sentido de vincular ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos uma “Secção Especial de Direitos Sociais” e aprimorar com isso a efetividade dos direitos sociais. Não obstante, foram encontrados meios para tornar utilizável perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em Estrasburgo, também o sistema mais forte de controle da CEDH, com a possibilidade de petições individuais, para proteger pretensões relativas a direitos sociais.⁸³

No âmbito das Nações Unidas, os direitos humanos sociais são entendidos no sentido estrito e no sentido amplo, sendo que:

⁸⁰ HOHNERLEIN, 2003, p.268/269.

⁸¹ Idem.

⁸² Ibid, p.271.

⁸³ Idem.

(...) ela abrange a ONU e as organizações especializadas como a OIT, a FAO, etc. Estas últimas, apesar de terem personalidade própria, autonomia administrativa, bem como orçamento próprio, possuem acordos de cooperação com a própria ONU. As organizações especializadas são inúmeras e várias delas penetram no campo dos direitos sociais, por exemplo, o direito à saúde na OMS, ou, ainda, o direito à alimentação na FAO.⁸⁴

Celso Albuquerque Mello⁸⁵ ensina que a ONU no ano de 1966 concluiu “dois Pactos de Direitos Humanos; um relativo aos Direitos Civis e Políticos, e outro destinado a reger os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.”

Após a Declaração Universal de 1948, estes pactos foram realizados, principalmente, através da discussão “sobre qual seria a maneira mais eficaz em assegurar a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional”⁸⁶, surgindo, então tais pactos.

A diferença entre os dois pactos é que os “direitos econômicos, sociais e culturais não teriam uma obrigatoriedade imediata.”⁸⁷

Flávia Piovesan⁸⁸ afirma que:

(...) os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados a atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto).

⁸⁴ MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.215.

⁸⁵ Ibid, p.220.

⁸⁶ PIOVESAN, 2003, p.243.

⁸⁷ MELLO, 2003, p.220.

⁸⁸ PIOVESAN, 2003, p.243.

Para Celso Albuquerque Mello⁸⁹: “Negar a aplicação imediata dos direitos econômicos e sociais é manter o *status quo* que ampara a injustiça social. E mais, creio mesmo que pelo menos 70% da população mundial está mais interessada nos direitos econômicos e sociais do que nos direitos civis e políticos”.

Em relação aos direitos sociais descritos no pacto da ONU de 1966, Celso Albuquerque Mello cita a autora canadense Lucie Lamarche⁹⁰ que afirma: “os Estados-partes “reconhecem” alguns direitos, ou em relação a outros direitos se “comprometem a agir em vista de assegurar”, ou se “comprometem a assegurar””.

Afirma, ainda, que: “Nenhum direito é formalmente garantido aos cidadãos”, sendo que, “a impossibilidade de se exigirem tais direitos na justiça leva as pessoas à confusão de considerarem que eles não são jurídicos⁹¹.”

Em 1977, a Assembléia Geral da ONU promulgou a resolução de nº 32 que descreve, dentre outros direitos, a obrigatoriedade dos direitos econômicos e sociais.⁹²

Ainda, Lucie Lamarche⁹³ afirma que:

(...) o Comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais, na Conferência de Viena sobre os direitos humanos, denunciou que os Estados toleravam mais as violações a esses direitos do que aos direitos civis e políticos e que estes últimos, quando não respeitados, tal fato causa a maior repulsa. Saliente a mesma internacionalista que “a dificuldade dos direitos programáticos” é “a relatividade e a variabilidade dos modos de execução de tais direitos”.

Para que haja a proteção aos direitos humanos, o sistema jurídico internacional cria diversos órgãos de proteção, “fiscalizando e estimulando o seu

⁸⁹ MELLO, 2003, p.221.

⁹⁰ LAMARCHE, Lucie *apud* MELLO, Celso Albuquerque, 2003, p.220.

⁹¹ *Ibid* p.221/222.

⁹² MELLO, 2003, p.221.

⁹³ LAMARCHE, Lucie *apud* MELLO, Celso Albuquerque, 2003, p.221/222.

respeito. Contudo, a ordem internacional, apesar do processo de globalização, ainda é bastante marcada pela noção de soberania.”⁹⁴

O órgão mais importante criado pela ONU para proteção dos direitos sociais, “o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi estabelecido em 1986, com fundamento em uma resolução do Conselho Econômico e Social de 1985 e se reuniu pela primeira vez em 1987.”⁹⁵

Flávia Piovesan⁹⁶ menciona a existência do Protocolo de San Salvador realizado pela OEA (Organização dos Estados Americanos) em 1999, que “reforça os deveres jurídicos dos Estados-Partes no tocante aos direitos sociais⁹⁷, que devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, para que se alcance sua plena efetividade”.

Interessante ressaltar que: “Este Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a defesa de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e os direitos sindicais.”⁹⁸

Celso Albuquerque Mello⁹⁹ faz em sua obra uma crítica à má vontade do corpo internacional em relação aos direitos sociais:

A existência de recursos escassos é apresentada como a grande dificuldade para não se atender aos direitos sociais. O argumento seria válido em uma sociedade igualitária, mas não em uma sociedade regida pela desigualdade e que consagra e desenvolve a desigualdade. Todos os dados estatísticos apontam no sentido de cada vez maior concentração de renda em menor número de pessoas. O capitalismo sempre foi cruel, mas na fase atual de globalização ele está atingindo o ápice da crueldade. Assim, cerca de 30 a 40 remédios para doenças raras, existentes no continente africano, não são fabricados porque não são rentáveis.

⁹⁴ MELLO, 2003, p.224.

⁹⁵ Ibid, p.224/225.

⁹⁶ PIOVESAN, 2003, p.248.

⁹⁷ “O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura.”

⁹⁸ PIOVESAN, 2003, p.249.

⁹⁹ MELLO, 2003, p.223.

Após, esse desabafo do doutrinador, corrobora com tal entendimento o item a seguir, sobre a baixa efetividade dos direitos sociais consagrados constitucionalmente e em âmbito internacional.

2.1.6 A Baixa Efetividade dos Direitos Sociais

O grande problema referente aos direitos sociais é a sua efetividade, ou melhor, a sua pouca efetividade.

Vicente de Paulo Barretto¹⁰⁰ estabelece que:

(...) os direitos sociais integram os ordenamentos jurídicos sob a regência dos quais vive a maior parte da população do planeta. Todavia, no que diz respeito à prática social e política, poucos são os Estados que protegem ampla e universalmente os direitos sociais.

Para o autor, a baixa efetividade dos direitos sociais encontra respaldo no fator histórico e teórico que a justifica pelo fato da não existência da indivisibilidade dos direitos humanos, sendo que:

(...) na prática histórica e nos dispositivos legais, encontram-se diferentes níveis de direitos, sendo que os direitos humanos reconhecidos como direitos fundamentais nos textos constitucionais seriam unicamente os direitos civis e políticos. Em conseqüência, estabelecem-se duas "categorias" de direitos humanos, rompendo-se a unidade integradora do bloco sistêmico dos direitos humanos (direitos civis-sociais) como se encontra determinado no texto constitucional.¹⁰¹

¹⁰⁰ BARRETTO, 2003, p. 111.

¹⁰¹ Ibid, p.112.

Ocorre que, para Vicente de Paulo Barretto¹⁰², o texto constitucional estendeu a interpretação dos direitos humanos incluindo os direitos sociais, “sendo essa a razão da recuperação na teoria dos direitos humanos do significado lógico e estrutural dos direitos sociais, como pretendem as recomendações da Conferência de Viena de 1993.”

Portanto, os direitos sociais foram elevados ao *status* de direito fundamental, sendo que a melhor forma de negar efetividade aos direitos sociais é “retirar-lhes a característica de direitos fundamentais”¹⁰³.

Sendo assim, “afastados da esfera dos direitos fundamentais, ficam privados da aplicabilidade imediata, excluídos das garantias das cláusulas pétreas, e se tornam assim meras pautas programáticas, submetidas à “reserva do possível” ou restritos à objetivação de um “padrão mínimo social”. ”¹⁰⁴

Ocorre que, os direitos sociais são considerados, pela quase integralidade da doutrina pátria como sendo um direito fundamental, que, como tal, possui todas as proteções constitucionais devidas àqueles.

Porém, as normas de direitos sociais não se enquadram perfeitamente na classificação clássica das normas constitucionais no tocante a eficácia.

José Afonso da Silva¹⁰⁵ foi um dos primeiros doutrinadores pátrios a realizar uma classificação própria sobre a eficácia das normas constitucionais que, quanto à sua aplicabilidade são divididas em: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, sujeitas porém, a restrição e normas constitucionais de eficácia ilimitada ou reduzida.

¹⁰² BARRETTO, 2003, p.112.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ªed, São Paulo: RT, 2004, p.253/254.

Segundo Sandoval Alves da Silva¹⁰⁶, “Parece difícil defender os direitos fundamentais de segunda dimensão como de eficácia plena, visto que não podem ser exigidos imediatamente em sua totalidade, por depender de limites traçados pelas leis orçamentárias.”

Permanece, afirmando que, “Pelas mesmas razões, os direitos fundamentais de segunda dimensão não se enquadram nas normas de eficácia contida, visto que a lei necessária para dar eficácia a tais direitos é temporária, seu conteúdo é a delimitação da extensão e da profundidade dos direitos fundamentais sociais.”¹⁰⁷

Conclui, portanto que:

(...) as normas constitucionais relativas aos direitos sociais **tem eficácia positiva condicionada ao que for definido nas leis orçamentárias**, não se vislumbrando eficácia exclusivamente negativa, como se defende nas normas de eficácia limitada. (...) Dessa forma, pode-se asseverar que as normas constitucionais que regulam os direitos fundamentais sociais são normas que tem eficácia dependente de regulamentação à semelhança das normas de eficácia limitada. Tal regulamentação, porém, é feita em um futuro imediato e de forma vinculada e obrigatória, **tendo como condição a existência de recursos disponíveis para atender aqueles direitos** (...).¹⁰⁸(Grifo nosso)

Os direitos sociais, para ele, são, portanto, normas de eficácia futura imediata, que são condicionadas a certos limites, “porque depende da delimitação das prestações sociais pelas leis orçamentárias, do atendimento ao mínimo existencial, da teoria da reserva do possível e da efetiva arrecadação dos recursos necessários para atender os direitos.”¹⁰⁹

Portanto, os direitos sociais não são efetivados na prática porque possuem como barreira o “dinheiro” público, e mexer no bolso do brasileiro, principalmente, no orçamento do Estado é quase uma barreira intransponível.

¹⁰⁶ SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implantação. Curitiba: Juruá, 2007, p.194.

¹⁰⁷ Ibid, p.195.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibid, p.196.

Além disso, o descrito na Constituição como direitos sociais se configuram em normas programáticas, nesse sentido é a manifestação do Supremo Tribunal Federal que considerou “na clássica acepção das normas constitucionais de eficácia limitada, uma estrutura jurídica sem suficiente densidade normativa”.¹¹⁰

Paulo Bonavides¹¹¹ leciona em sua obra sobre o tema:

As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política. Vemos com freqüência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional.

Ensina, ainda, que a programaticidade das normas “nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais”, sendo que, “Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido postulados em bases programáticas”¹¹².

Afirma Vicente de Paulo Barretto¹¹³, que:

(...) os textos constitucionais ao proclamarem e regularem os direitos sociais estabeleceriam normas de **caráter programático**, dependentes de regulação infraconstitucional posterior e, por essa razão, esses direitos não teriam a força de direitos públicos subjetivos, seriam tão somente direitos públicos negativos, mas que de qualquer forma tornariam inconstitucional qualquer medida do Poder Público tendente a retroceder em matéria de direitos sociais.(grifo nosso)

¹¹⁰ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.37.

¹¹¹ BONAVIDES, 2007, p.245.

¹¹² Ibid, p.246.

¹¹³ Ibid, p.112.

De fato, os direitos sociais descritos “na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização.”¹¹⁴

Para Andreas Krell¹¹⁵, “Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações e preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”.

Acerca do tema, Paulo Bonavides¹¹⁶ descreve que:

Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros, mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações.

Para Canotilho¹¹⁷, “a eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais sociais não se deve a falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público”.

Corroborando com esse entendimento, Andreas Krell¹¹⁸ afirma que:

A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe.¹¹⁹ **O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.** (Grifo nosso)

¹¹⁴ KRELL, 2002, p.20.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ BONAVIDES, 2007, p.246/247.

¹¹⁷ CANOTILHO *apud* KRELL Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.31.

¹¹⁸ KRELL, 2002, p.32.

¹¹⁹ Exemplos dados por Andreas Krell: Leis Orgânicas de Saúde (nº.8080, de 19.09.1990) e de Assistência Social (nº.8742, de 7.12.1993) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº. 9394, de 20.12.1996).

Uma das barreiras quase intransponíveis da efetivação dos direitos sociais é a chamada “reserva do possível”, que será analisada mais adiante.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 ASPECTOS INICIAIS

Sendo os direitos sociais normas programáticas, como já analisado anteriormente, estas “prescrevem a realização por parte do Estado, de determinados fins e tarefas”¹²⁰.

Observa-se que, conforme conferido por vários doutrinadores pátrios, o tema das políticas públicas é pouco abordado e os estudos, além de escassos, são muito deficitários, cabendo ao presente trabalho monográfico uma breve explanação sobre o tema.

Andreas Krell¹²¹ afirma que

O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, **deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas públicas sociais”** (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. (Grifo nosso)

Nesse contexto, Marília Lourido dos Santos¹²² afirma que:

(...) as políticas públicas tornaram-se um tema de relevância para o direito, em particular, com relação ao direito constitucional, **posto que o bojo da Constituição é que são forjadas as linhas mestras, os fins e valores que irão nortear a adoção de políticas públicas** capazes de concretizar os direitos fundamentais plasmados em suas normas, dando-lhe assim força vinculante. (Grifo nosso)

¹²⁰ KRELL, 2002, p.20.

¹²¹ Ibid, p.19/20.

¹²² SANTOS, 2006, p.73.

As políticas públicas passaram a ter importância “há aproximadamente vinte anos, havendo pouco acúmulo teórico a respeito, o que desaconselha a busca de conclusões acabadas”¹²³.

Assim, para Marília Lourido dos Santos¹²⁴:

(...) o estudo das políticas públicas deu-se a partir de seu relacionamento com modelo estatal, posto que, com o surgimento do chamado Estado do Bem-Estar Social, a atuação estatal passou a ter um viés mais comissivo e construtivo, caracterizado pela intervenção econômica e pela positivação dos direitos sociais.

Para a autora, as políticas públicas possuem seu fundamento assentado na própria existência dos direitos sociais, “contudo, há setores das políticas públicas que não se fundam na realização imediata dos direitos sociais, como se dá com a política industrial e energética, entre outras.”¹²⁵

Ainda sobre o tema:

Por tudo isso, o estudo das políticas públicas, sob o enfoque jurídico tornou-se um instrumento útil também para a análise das funções do Estado. No entanto, ainda hoje, não se encontra sedimentado doutrinariamente – ou mesmo pela jurisprudência – o modo como o direito racionaliza o tema, não se podendo falar com propriedade sobre a existência de um regime jurídico das políticas públicas.¹²⁶

Diante disso, observa-se que as obras jurídicas sobre o tema são escassas e o seu real conteúdo não é explorado pela doutrina de maneira satisfatória.

Alguns doutrinadores se aventuram em conceituar as chamadas políticas públicas. Vejamos.

Segundo Ronaldo Guimarães Gouvêa¹²⁷:

¹²³ SANTOS, 2006, p.75.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Ibid, p.77.

¹²⁶ Idem..

¹²⁷ GOUVEA *apud* Eduardo Appio. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p.143/144.

As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.

Com efeito, “as políticas públicas podem ser tidas como respostas do Estado às demandas que emergem da sociedade e do seu próprio interior, sendo expressão do compromisso público de atuação em um determinado setor, dentro de um certo prazo.”¹²⁸

Marília Lourido dos Santos¹²⁹ estabelece que:

(...) a noção de políticas públicas centra-se em três elementos: a) a busca por metas, objetivos ou fins; b) a utilização de meios ou instrumentos legais e c) a temporalidade, ou seja, o prolongamento do tempo, que implica na realização de uma atividade e não de um simples ato. Elementos esses que formam uma noção dinâmica de atividade, pela qual **pode-se definir políticas públicas simplesmente como conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um fim público determinado.** (Grifo nosso)

Afirma ainda que:

A adoção de políticas públicas denota um modo de agir do Estado nas **funções de coordenação e fiscalização** dos agentes públicos e privados para a realização de certos fins. Fins estes, ligados aos chamados direitos sociais, nos quais se inclui os econômicos. Desta feita, o estudo das políticas econômicas não pode ser dissociado do das políticas sociais. Melhor dizendo, estudar as políticas públicas de um modo geral significa estudar as políticas econômicas, porque o viés econômico permeia a quase totalidade das políticas de governo, em última análise.¹³⁰ (Grifo nosso)

Continua o ensino afirmando que:

O surgimento e, em conseqüência, o interesse para o estudo jurídico das políticas públicas justifica-se, didaticamente, porque: a) Estão ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado prestações positivas e significam o alargamento do leque de direito

¹²⁸ SANTOS, 2006, p.81.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ DAL BOSCO, Maria Goretti. **Políticas públicas (econômicas) e controle.** Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 22 de setembro de 2009.

fundamentais; b) O desenvolvimento de certos setores e atividades do mercado significou a geração de novas demandas, como os direitos dos consumidores, que transitam entre as atividades econômicas e a regulação estatal; c) O planejamento inerente à noção de políticas públicas, tornou-se necessário para garantir maior eficiência da gestão pública e da própria tutela legal. Importa, elevar o nível de racionalidade das decisões, evitando processos econômicos, sociais e políticos de cunho cumulativos e não reversíveis, em direções indesejadas.¹³¹

Rodolfo Mancuso¹³² ensina que pode-se entender “o termo “política pública” como conduta da Administração Pública voltada à consecução de programa ou meta previsto em norma constitucional ou legal, sujeita ao controle jurisdicional no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.”

Afirma ainda que,

(...) em um Estado Social de Direito, a promulgação de uma lei não significa um fim em si mesmo, mas a criação de um mero instrumento de governo, um começo de obrigações a serem adimplidas, de condutas a serem implementadas, a par das correspondentes responsabilidades administrativas e políticas atribuídas ao Estado e seus agentes.¹³³

A referida doutrinadora explica que “o tema das políticas públicas em geral vem ganhando crescente relevância legal, pois que as mesmas de efetivam mediante a utilização de um conjunto de ações e projetos materializados sob a forma normativa.”¹³⁴

Do ensinado por Marília Lourido dos Santos, percebe-se que a lei formaliza os planos e programas do governo com o fim de cumprir objetivos concretos, sendo que o planejamento é o centro de toda a ação política e social.

¹³¹ DAL BOSCO, Maria Goretti. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 22 de setembro de 2009.

¹³² MANCUSO, Rodolfo de C. apud KREEL, Andreas J, 2002, p.21.

¹³³ Ibid, p.22.

¹³⁴ SANTOS, 2006, p.84.

Por outro lado, explica a autora que, “a política pública é noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, seja econômico ou não, porque envolve um processo de escolha de meios para a realização dos objetivos do governo.”¹³⁵

Para a realização das políticas públicas, cabe ao administrador público realizar o denominado por parte da doutrina de “escolhas trágicas”¹³⁶, ou seja, o governante, pela ausência de recursos públicos, tem que escolher uma prioridade a ser cumprida pela Estado em detrimento de outro bem de igual forma relevante para a população.

Assim, conforme afirma Marília Lourido dos Santos¹³⁷, há uma certa margem de discricionariedade do governo em escolher prioridades, sendo que “a adoção de certa política pública representa o processo político de escolha de prioridades para o governo, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado ou não.”

Ocorre que, com essa margem de liberdade cedida ao administrador público para escolher prioridades ante ao orçamento escasso, os operadores do direito passaram a buscar soluções para evitar o arbítrio dessa escolha.

Sobre esse problema verificado:

Inicialmente, pensou-se que seria necessário assegurar um mínimo ético, para usar expressão da seara penal, que representasse um núcleo rígido a pautar a ação estatal e fornecer-lhe limite intransponível. Essa preocupação resultou na inclusão de diversas normas de controle na Constituição Federal, a fim de torná-las cláusulas pétreas, por significarem garantia dos direitos fundamentais. Com isso a Constituição passou a regular inúmeras áreas, especialmente por normas dotadas de alto grau de indeterminação [...]. Assim, não somente as diretrizes gerais, mas os fins mais específicos – e, algumas vezes, até mesmo os meios pelos quais as políticas públicas deveriam se expressar – constaram do texto constitucional.¹³⁸

¹³⁵ SANTOS, 2006, p.84.

¹³⁶ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 186.

¹³⁷ SANTOS, 2006, p.84.

¹³⁸ Ibid, p.85.

Logo, “as políticas públicas constituem uma forma de concretização de normas constitucionais de significativa relevância.”¹³⁹

As políticas públicas possuem um estreito laço com os direitos sociais vez que consistem na maneira de tornar estes eficazes, sendo que:

A delimitação e **a extensão dos direitos sociais são expressas por políticas públicas, que estão inseridas na lei que aprovam os planos nacionais, regionais e setoriais, bem como nas leis orçamentárias** (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e leis orçamentárias anuais).¹⁴⁰ (Grifo nosso)

Nestas leis orçamentárias vige o princípio da programação, o qual “atua determinando que os planos nacionais, regionais e setoriais atendam à lei que institui o plano plurianual, para após determinar a execução de tais planos por meio das leis de diretrizes orçamentárias e orçamentárias anuais.”¹⁴¹

O princípio da programação orçamentária é consagrado constitucionalmente e “estabelece a hierarquia das normas que instituem o planejamento financeiro e econômico do Poder Público, remetendo ao controle de constitucionalidade a violação dessa hierarquia (...).¹⁴²”

As políticas públicas diferem do chamado “ato político”, embora ambos, “envolvam escolhas oriundas dos órgãos e agentes políticos do Estado”¹⁴³. Sendo que os atos políticos seriam aqueles provenientes do exercício funcional de governo.

Porém essa distinção possui um caráter intrincado, “pois que as políticas se expressam através de planos e programas manifestos sob a forma de lei ou mesmo medida provisória.”

¹³⁹ SANTOS, 2006, p.87.

¹⁴⁰ SILVA, 2007, p.218.

¹⁴¹ Ibid, p.236.

¹⁴² Ibid, p.221.

¹⁴³ SANTOS, 2006, p.82.

Sobre a diferença entre os conceitos de políticas públicas e ato político é o entendimento de Marília Lourido dos Santos¹⁴⁴:

Dessa maneira, não é possível delimitar de forma precisa as fronteiras dos conceitos, pois em dados momentos as políticas públicas serão tidas como indissociáveis dos atos políticos, embora constitua noção distinta, pois o veículo de sua expressão ou concretização será um ato ou conjunto de atos políticos.

Ao realizar a iniciativa de lei e a edição de medida provisória, o executivo estaria praticando atos políticos, do qual não haveria a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, com exceção à ofensa de direito individual.¹⁴⁵

Ocorre que, as políticas públicas possuem uma estreita ligação com os direitos coletivos o que inviabilizaria o seu controle judicial.

Por outro lado, “resume a questão do controle judicial, basicamente, ao nível constitucional, onde os fins e valores que buscam resguardar encontram-se positivados com a dignidade de cláusula pétrea.”¹⁴⁶

Assim, parte da doutrina nacional milita no sentido de demonstrar a relevância e a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, o que será melhor analisado no capítulo seguinte.

3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E PARTICIPAÇÃO POPULAR

As políticas públicas como já visto, são de competência do Executivo juntamente com o Legislativo, portanto, são os governantes que as estipulam, escolhendo qual área de necessidades haverá a disposição de recursos financeiros.

¹⁴⁴ SANTOS, 2006, p.83.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Ibid, p.87.

Tendo como premissa o fato de que os recursos públicos se originam dos tributos pagos pela população, nada mais acertado, que a Administração Pública abra oportunidade para que os próprios pagadores tragam opiniões sobre as formas de investimento dos recursos públicos.

Sendo a Administração Pública a responsável pela formulação das políticas públicas:

(...) o cidadão aparece desamparado, pois de nada lhe serve eleger seus representantes como forma de controlar o Executivo, já que sua participação direta na escolha das políticas públicas é considerada prejudicial para o bom andamento do sistema democrático, dado que o poderio da Administração costuma não admitir o controle do eleito depois das eleições.¹⁴⁷

Maria Goretti Dal Bosco¹⁴⁸ leciona que:

Os parlamentos, em boa parte dos Estados, na aprovação dos programas de governo, não atuam conforme as expectativas que suas bases expressam, no que se confere às prioridades dos investimentos públicos. Isso gera uma falta de confiança e um desalento nos administrados e, em muitos países, eles simplesmente permanecem alienados em relação a questões importantes para sua qualidade de vida, como a variação dos investimentos em áreas prioritárias como saúde, educação ou transportes. **A modernidade assistiu um agravamento das disparidades entre as expectativas populares e a aplicação dos recursos públicos, especialmente nos países em desenvolvimento, motivado pelo aumento considerável das populações, seu empobrecimento cada vez maior e ampliação das demandas por prestações públicas.** (Grifo nosso)

Sendo assim, verifica-se que a população está descontente com a distribuição de riquezas realizada pelos governantes, vez que as prestações positivas que cabem ao Estado não são devidamente conferidas aos governados, ou quando existem são deficitárias.

¹⁴⁷ DAL BOSCO, 2007, p.240/241.

¹⁴⁸ Ibid, p.242.

Em contraposição, a prestação de serviços públicos de qualidade deveria ser o objetivo primordial da atuação da Administração Pública que só pode ser concretizado com a ouvida dos cidadãos sobre suas reais expectativas.¹⁴⁹

Dessa forma, para que haja uma melhor análise da participação popular nas escolhas das políticas públicas, cabe-nos realizar um breve estudo sobre tal participação no âmbito do direito comparado conforme explicitado por Maria Goretti Dal Bosco.

Na França, interessante ressaltar, um mecanismo próprio que possui uma técnica mais antiga, a *enquête publique*, que aúfere a opinião dos administrados sobre os serviços prestados pela Administração e sugestões atitudes futuras.

Porém esse mecanismo, embora possua um “ar” de democracia e efetiva participação popular, não passam “indicadores para a Administração, e não vinculam as definições das políticas públicas como resultado da participação das populações. Isso quer dizer que a escolha dos setores que receberão investimentos, conforme a lei orçamentária anual, será feita pelo próprio governo e pelo Parlamento”¹⁵⁰

Sobre a Alemanha, a autora declara que:

(...) a participação dos administrados na definição das políticas públicas não está contemplada, de forma explícita, na Lei Fundamental (...) o texto do art. 20.2, favorece a interpretação de que contém uma autorização tácita para a participação popular, através de organismos que exerçam as funções de colaboração na composição das escolhas públicas, O referendo está autorizado na Lei Fundamental apenas para uma situação (...)¹⁵¹

Conforme o artigo 109, I da Lei Fundamental Alemã, as políticas públicas possuem o trâmite semelhante a quase totalidade dos países europeus, “cujo projeto

¹⁴⁹ DAL BOSCO, 2007, p.252.

¹⁵⁰ Ibid, p.258.

¹⁵¹ Ibid, p.266.

deve ser elaborado pelo Executivo, em cada nível de governo, através de propostas de projetos de lei a serem apresentados ao poder Legislativo (...).”¹⁵²

O padrão americano na administração das políticas públicas difere do europeu, no que toca a aprovação do orçamento anual, visto que o “parlamento americano tem maior tradição de enfrentamento com a Administração”¹⁵³.

Existe nos Estados Unidos, os *public hearings*, ou seja, audiências públicas que se realizam antes da aprovação de leis gerais, que são contempladas pela lei como de procedimento comum.¹⁵⁴

Assim sendo:

(...) é reduzida a participação na escolha das políticas públicas através de mecanismos oficiais eventualmente colocados a disposição dos administrados. É mais comum a atuação em grupos determinados fora do ambiente público, como associações, sindicatos, organizações não-governamentais de defesa de direitos coletivos, como o meio ambiente.¹⁵⁵

O Brasil que sofre influências norte-americanas e europeias não podia ser diferente no quesito “participação popular”, visto que nos EUA a “participação direta dos administrados nas decisões acerca das políticas públicas são, também, limitados à atuação do parlamento ou aos grupos de pressão organizados na sociedade”¹⁵⁶, o que não difere em muito dos europeus.

A União Europeia em sua Carta, no art. I-47 declara o princípio da democracia participativa, embora não existam no seu contexto as formas como a população pode deliberar assuntos de interesse público.

Acerca do tema, Maria Goretti Dal Bosco¹⁵⁷ leciona que:

¹⁵² DAL BOSCO, 2007, p.268.

¹⁵³ Ibid, p.273.

¹⁵⁴ Ibid, p.274.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Ibid, p.275.

¹⁵⁷ Ibid, p.277.

Logo, a definição das políticas públicas no âmbito da União Européia também se dá, praticamente da mesma forma que ocorre nos governos da maioria dos seus Estados-membros. (...) A elaboração das políticas públicas, no âmbito da União, também deve constar de orçamento anual, aprovado pelo parlamento.

Para analisar as políticas públicas na América Latina cabe-nos transcrever a interessante observação realizada pela autora supracitada:

A realidade econômica e política latino-americana das últimas décadas contrasta com a de países da Europa, especialmente aqueles que compõem a União Européia, pois, ainda que estes enfrentem dificuldades para ajustar suas políticas públicas à crescente demanda de serviços públicos, apresentam crescimento satisfatório de suas receitas e desenvolvimento compatível com a posição que ostentam no mercado mundial.¹⁵⁸

Já, os países latinos possuem uma demanda muito maior do que a receita o que se deve a inúmeros motivos.

O primeiro deles se refere a não participação da população na Administração Pública pós eleição, o “resultado disso acaba por contribuir, também, para certa apatia das populações, que preferem conviver com certas práticas de clientelismo dos políticos a lutar por maior participação nas decisões que dizem respeito aos seus interesses.”¹⁵⁹

Ultimado tal estudo no âmbito do direito comparado, verifica-se que no Brasil a situação não é nada boa, vez que “a definição das políticas públicas e sua vinculação com a participação popular são temas pouco estudados, dado que o direito administrativo brasileiro tem raízes no direito francês.”¹⁶⁰

O artigo 61, § 2º da Constituição Federal institui a iniciativa popular em apresentar projetos de lei à Câmara de Deputados. Ocorre que, embora haja

¹⁵⁸ DAL BOSCO, 2007, p.278.

¹⁵⁹ Ibid, p.279.

¹⁶⁰ Ibid, p.287.

obrigatoriedade de apreciação pela Câmara de tais projetos, estes muitas vezes permanecem por anos sem qualquer apreciação.¹⁶¹

Em 2001 foi criada uma Comissão de Legislação Participativa na Câmara dos Deputados para “abrir as portas” para a sociedade civil na produção legislativa.

Maria Goretti Dal Bosco¹⁶² afirma que:

Outras formas de participação popular na Administração estão previstas na Carta Constitucional, como os conselhos nacionais ou a audiência pública, esta última em várias referências expressas ou implícitas, assim como em leis ordinárias. Mas, em muitas situações, esse mecanismo não tem a menor efetivação.

A Lei nº.10.683/03 criou vários conselhos para assessorar o presidente da República na definição e elaboração de políticas públicas, sendo que “Todos esses conselhos prevêm a participação de membros da sociedade organizada, representando associações de classe, sindicatos, organizações não-governamentais, entre outros.”¹⁶³

Define ainda, a doutrinadora, que embora à primeira vista pareça que o Brasil cresceu muito no tocante a participação popular na implementação de políticas públicas é equivocado vez que a maioria dos conselhos possuem uma disparidade entre as forças populares e as oficiais, o que gerou a inviabilidade do objetivo inicial na criação destes conselhos, havendo uma participação popular apenas formal.¹⁶⁴

No Brasil, como a imensa maioria dos países, as decisões sobre políticas públicas são tomadas através de um orçamento anual elaborado pelo Executivo e analisado pelo Legislativo.

¹⁶¹ DAL BOSCO, 2007, p.289.

¹⁶² Ibid, p.290.

¹⁶³ Ibid, p.292.

¹⁶⁴ Ibid, p.293.

De acordo com a Constituição da República, conforme o disposto no artigo 84, inciso XXIII, *in verbis*: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;”

Por fim, sobre as políticas públicas no Brasil, define a autora que:

O baixo nível de participação política no Brasil parece estar relacionado, também ao desinteresse de segmentos populosos que não tem acesso a informações importantes sobre fatos de grande repercussão em sua vida prática, como as decisões sobre políticas públicas. **Assim, enquanto perdura essa dificuldade, a definição de políticas públicas e a aplicação de recursos ficam ao arbítrio dos administradores, não raras vezes auxiliados pelo Legislativo para destinar valores significativos para serviços e obras que não atendem às prioridades da maioria da população.**¹⁶⁵ (Grifo nosso)

A crise nas políticas públicas, além da falta de competência, da ausência de vontade política, são agravadas pelo falta de participação da sociedade e da exigência de seus direitos aos serviços básicos consagrados constitucionalmente¹⁶⁶.

3.3 CRISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

O Brasil é conhecido como um país de políticos corruptos e o governo é desacreditado pelos seus governados pelos inúmeros escândalos que assolam a política nos últimos tempos.

Maria Goretti Dal Bosco¹⁶⁷ constata em sua obra que “a definição de políticas públicas no Brasil, cada vez mais, vem se transformando num exercício de ineficiência, de clientelismo e de corrupção.”

¹⁶⁵ DAL BOSCO, 2007, p.297/298.

¹⁶⁶ Ibid, p.314.

¹⁶⁷ Ibid, p.310.

As escolhas realizadas pelo Executivo para definir as políticas públicas não tem cumprido o seu papel prestacional e não atende as necessidades básicas da população, “os mecanismos que cerca a definição das políticas públicas – Lei Orçamentária e Lei de Diretrizes Orçamentárias, além dos planos plurianuais de investimentos – não tem sido capazes de se ajustar aos recursos financeiros do orçamento público (...)”¹⁶⁸, para cumprir as necessidades básicas da população, como saúde, educação, segurança, etc.

No tocante ao Plano Plurianual de Investimentos do período de 2004 a 2007¹⁶⁹, os investimentos são direcionados a três “megaobjetivos”: “inclusão social e redução das desigualdades sociais; crescimento com geração de trabalho, emprego e renda ambientalmente saudável e redutor das desigualdades sociais; e promoção e expansão da cidadania e fortalecimento da democracia”¹⁷⁰.

Porém, em fevereiro de 2005, “em apenas um dos inúmeros casos, o governo já anunciava mudança de objetivos na área de agricultura, na qual passava a dar prioridade ao agronegócio, em detrimento da agricultura familiar.”¹⁷¹

O que se observa é que o objetivo indicado nos planos e diretrizes são, posteriormente, desviados no decorrer dos anos.

Sobre o tema, “esses desvios de rota na efetivação de políticas públicas pela Administração devem-se, entre outras, basicamente a duas razões: o descompromisso com a eficiência da prestação pública e os altos índices de corrupção presentes em muitas das práticas administrativas”¹⁷².

O que ocorre é que o Poder Executivo elabora um projeto orçamentário para durar um ano e um plano plurianual para durar quatro anos, mas no decorrer do

¹⁶⁸ DAL BOSCO, 2007, p.310.

¹⁶⁹ Lei 10.933/04

¹⁷⁰ Ibid, p.311.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Ibid, p.312.

prazo acaba por não implementar boa parte dos investimentos previstos ou há mudanças de rumo na aplicação dos recursos.¹⁷³

A exigência da vinculação orçamentária da Administração Pública aos planos e diretrizes transformados em lei fica relativizada vez que, embora o administrador público não mude as áreas de destinação das verbas, ele comete desvios no particular das políticas públicas.¹⁷⁴

Maria Goretti Dal Bosco demonstra uma pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada):

Um sintoma claro dessa realidade aparece no levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que revelou irregularidades na aplicação de verbas públicas em 73% do Municípios fiscalizados pela Controladoria Geral da União, em relação aos recursos repassados entre 2001 e 2003. Outro sinal de alarme: o Brasil tem 19,2 mil cargos públicos no Governo Federal, enquanto nos Estados Unidos, cuja população é maior, existem cinco mil postos públicos. E nos Municípios, a situação é ainda mais grave: no período de 1999 a 2002, o número de servidores municipais subiu de 3,43 para 4,06 milhões, o que significa um aumento de 18,2 por cento, fruto do entendimento às avessas da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00), que limitou os gastos com pessoal em 60% da receita disponível. (...) Além da má administração de pessoal, com gastos excessivos dos recursos públicos, esse inchaço de servidores, em alguns anos, representará um problema grave a mais para o Estado resolver, que é a cobertura da previdência social para todos os funcionários.

Segundo a autora, “a pobreza, a subnutrição, o trabalho infantil, entre outras, são questões sobre as quais as políticas públicas de todos os últimos governos não conseguiram reduções drásticas”¹⁷⁵.

Diante desse quadro drástico de escassez de prestações efetivas à população:

Também do Judiciário se deve esperar uma atuação mais adequada às mudanças registradas nas práticas sociais nas últimas décadas. A velha concepção de discricionariedade deve ser substituída por um entendimento mais adequado aos novos tempos, nos quais os direitos fundamentais dos cidadãos devem estar em primeiro plano, em qualquer das atividades dos

¹⁷³ DAL BOSCO, 2007, p.312.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Ibid, p.314.

poderes públicos. **E, ainda, que onde faltar um desses poderes nas suas funções de promover tais direitos, estaria legitimado qualquer dos demais para suprir a carência através de mecanismos proporcionados pelo Direito.** (Grifo nosso)

Portanto, com o fito de melhorar a escolha da destinação dos recursos públicos pela Administração, deve-se imprimir “mudanças no modelo de definição de prioridades públicas pra garantir a efetividade dos direitos fundamentais”¹⁷⁶.

¹⁷⁶ DAL BOSCO, 2007, p.314.

4 CONTROLE JUDICIAL

4.1 DIFICULDADES NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O ideal para parte da doutrina seria a realização de um controle social das políticas públicas ao invés do controle judicial, vez que são os representantes eleitos pelo povo que possuem a legitimidade, portanto, de cobrar ações efetivas a assegurar as suas necessidades básicas.

Porém, sendo o Brasil um país de muitas desigualdades sociais e possuindo uma política democrática ainda frágil, “as demandas levadas aos agentes e órgãos do Estado, dentre os quais estão os do Judiciário, são quantitativas e qualitativamente maiores no setor dos direitos fundamentais.”¹⁷⁷

Embora a Carta Fundamental estabeleça diretrizes e metas sociais, estas não podem deixar de serem implementadas, se tornando meras “garantias formais”, mas devem ser realizadas de fato pelo Estado, “cujo zelo está sob a incumbência dos poderes instituídos.”¹⁷⁸

Marília Lourido dos Santos ¹⁷⁹ demonstra em sua obra um estudo esquematizado interessante sobre as dificuldades existentes no controle a ser exercido sobre as políticas públicas.

Estabelece inicialmente que os obstáculos se referem ao fato de que: a) as políticas públicas estão no entremeio da lei e dos atos administrativos, vez que são planos efetuados pelo Executivo a serem efetivados através de uma lei, o que “gera uma demanda desmedida por legislação”; b) é necessário um “extenso suporte

¹⁷⁷ SANTOS, 2006, p.88.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Ibid, p.89.

institucional (agências de controle, instituições de sociedade civil organizada, etc.) para realizar um controle essencialmente finalístico fora do judiciário que lhe dê suporte.” c) a ausência de cultura democrática e sensibilização política, o que gera uma alienação na formação da opinião política; d) o enfraquecimento dos partidos políticos; e) existência de normas e princípios de conceitos abertos e difíceis de serem efetivados; f) “O controle de constitucionalidade incide sobre os atos e não sobre atividades, - que são expressas por meio de programas ou políticas”; g) por serem as políticas públicas um juízo de conveniência e oportunidade, “o controle jurisdicional resvala nas vedações de interferências oriundas do princípio da separação dos poderes”.¹⁸⁰

Para a autora, todas as dificuldades existentes nesse controle, servem para reforçar a idéia de que as políticas públicas poderiam ser controladas judicialmente sendo que, “verifica-se que tais dificuldades não representam obstáculos para o controle judicial, mas sim o terreno próprio para o desenvolvimento desse controle.”¹⁸¹

Afirma ainda, que:

O papel do Judiciário – com relação a garantia da normatividade constitucional – no tocante ao controle das políticas públicas é fundamental, pois se afigura como instância última de resguardo dos direitos fundamentais. Cabendo-lhe conferir harmonia entre a garantia destes e o exercício das funções ou atos dos outros poderes, especialmente do Executivo.¹⁸² (Grifo nosso)

O problema principal é de que forma o controle judicial será realizado, visto que há muitos valores em conflito como será analisado com maior rigor, posteriormente.

¹⁸⁰ SANTOS, 2006, p.89/91.

¹⁸¹ Ibid, p.92.

¹⁸² Ibid, p.92/93.

Para Marília Lourido dos Santos ¹⁸³, o Judiciário deve usar critérios hermenêuticos de racionalidade, “pois ao se analisar as dificuldades do controle judicial dos atos dos outros Poderes do Estado, especialmente os do Poder Executivo, percebe-se a necessidade de utilização de técnicas como as de delimitação de funções e de “sopesamento” de valores, interesses e direitos.”

Observa-se que não há uma hierarquia de valores, “o que haverá será apenas uma diferença de “peso” dos princípios potencialmente conflitantes.”¹⁸⁴

Sandoval Alves da Silva é notadamente contra uma ‘invasão’ do judiciário na delimitação e extensão dos direitos fundamentais sociais, “uma vez que uma tutela jurisdicional sem limites para a definição dos direitos fundamentais sociais, pode, conforme já afirmado, transformar-se numa ditadura do Poder Judiciário, desviando a energia e os recursos da política (...)”¹⁸⁵

O autor estabelece que a intervenção judicial fere o princípio democrático, vez que os representantes eleitos pelo povo possuem maior competência para definir políticas públicas, “mas, também, porque os meios democráticos tem elementos de maior precisão valorativa para definir as prestações positivas do Estado, reivindicadas pela população”¹⁸⁶.

Em contraposição a esse entendimento, Marília Lourido dos Santos ¹⁸⁷, estabelece que:

Dessa forma, o controle de constitucionalidade exercido quanto às políticas públicas não pode ser visto como significando uma “invasão de competência”, pois não se concebe como questões puramente políticas e menos ainda como mérito administrativo, cuja análise deva escapar ao Poder Judiciário.

¹⁸³ SANTOS, 2006, p.93.

¹⁸⁴ Ibid, p.95.

¹⁸⁵ SILVA, 2007, p.213.

¹⁸⁶ Ibid, p.214.

¹⁸⁷ SANTOS, 2006, p.97.

Sandoval Alves da Silva¹⁸⁸ assevera que, outro ponto que vai contra o papel atuante do Judiciário na implementação dos direitos sociais é a baixa efetividade de suas decisões para promover mudanças sociais, visto que os Tribunais são muito mais efetivos no sentido de proibir ações ao Executivo, que a impor à ele prestações positivas.

Assim sendo, “o Judiciário só deve atuar nos direitos fundamentais de segunda dimensão, quando o texto e os princípios interpretativos forem claros e bem definidos e os demais poderes não tomarem a iniciativa de atender esses direitos.”¹⁸⁹

Para o autor supracitado só seria permitida a intervenção estatal nas políticas públicas se houver o objetivo de fazer com que o Executivo e o Legislativo cumpram os parâmetros ou requisitos constitucionais (percentual de 18% para a União e 25% para os estados na área da educação) ou para tornar as políticas públicas já existentes através do processo democrático e de lei eficazes no plano prático.¹⁹⁰

4.2 A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Havendo o objetivo de estudar a viabilidade do controle judicial nas políticas públicas que, conforme já abordado, é função do Poder Executivo, importante analisar as funções de cada parcela do poder, a fim de se concluir sobre a legitimação da atuação do Poder Judiciário sem que haja a quebra do relevante princípio da separação dos poderes.

¹⁸⁸ SILVA, 2007, p.213.

¹⁸⁹ Ibid, p.216.

¹⁹⁰ Idem.

O artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, *in verbis*: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

O princípio constitucional da separação dos poderes detém tanta importância no sistema que se encontra protegido pela norma constitucional descrita no artigo 60, § 4º, inciso III, onde o citado princípio é considerado uma cláusula pétrea, ou seja, imodificável por Emenda Constitucional.

A separação dos poderes foi teorizada por Locke no seu *Tratado do Governo Civil*, encontrando como antecessor Aristóteles em sua obra *A Política*. Porém, foi com Montesquieu que tal doutrina recebeu maior repercussão com a sua obra *O Espírito das Leis*¹⁹¹.

Ocorre que, essa visão de que o Estado brasileiro possui uma nítida separação entre o Legislativo, Executivo e Judiciário é equivocada conforme o entendimento da esmagadora parcela da doutrina nacional.

José Eduardo Carreira Alvim¹⁹² leciona que “O poder, como expressão máxima da soberania do Estado, é fundamentalmente uno, pelo que a tradicional ‘separação de poderes’ deve ser entendida no sentido de divisão funcional do poder.”

Portanto, possível entender que há no Estado, uma divisão funcional de poderes, ou seja, cada parcela (Legislativo, Executivo e Judiciário) detém uma função própria, mas não exclusiva, sendo o “poder” único.

¹⁹¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53/54.

¹⁹² Idem.

Para melhor compreensão, Hely Lopes Meirelles¹⁹³ explica que cada “poder” possui uma função precípua, tendo em vista que, embora o ideal fosse a privatidade de cada função, isso não ocorre, uma vez que todos os poderes exercem funções e praticam atos que pertencem a outros, em caráter excepcional e quando admitido pela Constituição Federal.

A idéia de um “poder” exercer funções atípicas que não as suas, tem gênese nas idéias trazidas por Montesquieu sobre o sistema de “*cheks and balances*”.

Alexandre de Moraes¹⁹⁴ afirma que dentro da idéia do Estado ser o provedor do bem-estar social, a separação dos poderes deve estar inserida “dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*)”.

Ou seja, para evitar o poder despótico, um poder pode interferir no outro para se evitar anomalias e buscar o bem da sociedade, não havendo um poder ilimitado.

Cintia Garabini Lages¹⁹⁵ estabelece que:

O sistema de freios e contrapesos apresenta-se como complemento natural e ao mesmo tempo garantidor da separação de poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.

Como área de atuação primordial verifica-se que o Judiciário possui a função de aplicar, coativamente, à lei aos litigantes¹⁹⁶, e, ainda, lhe “cabe a função jurisdicional, no exercício da qual atua a lei (o direito objetivo) na composição do conflito de interesses.”

¹⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60/61.

¹⁹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.411.

¹⁹⁵ LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos Poderes: tensão e harmonia**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223> . Acesso em: 27/10/09.

¹⁹⁶ MEIRELLES, 2007, p.61.

Sendo assim, para Hely Lopes Meirelles¹⁹⁷, a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração das leis, do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto e a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes.

Conforme o entendimento de José Eduardo Carneira Alvim¹⁹⁸, ao Poder Legislativo corresponde a função de “criar o direito, de elaborar a norma geral e abstrata, reguladora da vida em sociedade, à qual estão sujeitos todos os que se encontram sob o seu império.” Ao Poder Executivo “incumbe a função administrativa (ou executiva), provendo as necessidades gerais e realizando o bem comum.” Ao Poder Judiciário “cabe a função jurisdicional, no exercício da qual atua a lei (o direito objetivo) na composição do conflito de interesses.”

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁹ afirma que a, “[...] função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.”

Para esse autor, as funções legislativas, administrativas e judiciárias se encontram em blocos orgânicos denominados “poderes”, porém, essa trilogia não reflete a verdade, sendo simplesmente, uma construção política, baseada no propósito ideológico do Barão de Montesquieu, o qual trouxe a idéia da tripartição dos poderes, buscando impedir a concentração dos poderes e assim impossibilitar os abusos e tiranias de certos governantes.

¹⁹⁷ MEIRELLES, 2007, p.61.

¹⁹⁸ ALVIM, 2004, p.54.

¹⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29-31.

Para determinar a distinção entre as funções do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰⁰ estabelece critérios, quais sejam, resumidamente: o subjetivo (identificar a função por quem a produz) e o objetivo (toma em conta a atividade exercida). Porém, para o referido autor, estes critérios são de certa forma insatisfatórios, tendo em vista que os três poderes acabam por realizar as três funções concomitantemente (legislar, julgar e administrar).

Mais especificamente em relação às políticas públicas vê-se que, conforme entendimento de Marília Lourido dos Santos²⁰¹ cabe ao Legislativo “o papel central de definição das políticas públicas, mediante especificação das diretrizes constitucionais. Isso por uma questão democrática e de separação de poderes, pois o Legislativo é encarregado de dar expressão à soberania popular.”

Porém, segundo a autora²⁰²:

(...) quando a liberdade e igualdade formais da lei deixam de legitimar o poder, essa legitimidade poderá passar a se fundar basicamente na realização de finalidades públicas concretizadas programaticamente, isto é, na adoção de políticas públicas, o que se dá pelo Executivo, que assim passa a ter maior destaque, afetando a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

Ainda, sobre o tema, Marília Lourido dos Santos²⁰³, afirma que:

(...) no tocante às políticas públicas, por serem vistas em princípio, como produto de um juízo de conveniência e oportunidade de caráter político, são concebidas como atos típicos dos Poderes: Legislativo e, especialmente, Executivo e, portanto, alheios ao controle judicial material.

Os três poderes formam “um verdadeiro sistema de integração e cooperação preordenado a assegurar o equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício do escopo único, que é a garantia da liberdade”.²⁰⁴

²⁰⁰ MELLO, 2006, p.31.

²⁰¹ SANTOS, 2006, p.88/89.

²⁰² Idem.

²⁰³ Ibid, p.74.

Sendo assim, Sandoval Alves da Silva²⁰⁵ afirma que:

Partindo da premissa de que há integração e cooperação entre os poderes para cumprir um dever jurídico e atender aos interesses coletivos, **não há como levantar objeções à participação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão.** Por meio de políticas públicas, o Poder Judiciário pode determinar a execução, quando já inteiramente definida pelas normas orçamentárias ou, de *lege ferenda*, participar do processo legislativo, quando ainda não houver parâmetros de definição, conforme se abordará mais adiante. Do contrário torna-se inoperante a “divisão de poderes”, como forma de garantir. (Grifo nosso)

Observa-se que na separação dos poderes:

É a idéia de Estado (democrático) material que deve prevalecer; **um Estado em que a ação dos três poderes vincula-se à busca pela efetividade dos direitos fundamentais constitucionais.** As leis representam somente o ponto de partida, impondo ao Poder Público o estabelecimento dos meios idôneos para a implementação dos fins constitucional e legalmente estabelecidos.²⁰⁶ (Grifo nosso)

Extraí-se daí que os poderes do Estado devem realizar suas funções buscando um objetivo comum, qual seja, o de atender o interesse coletivo e a concretização dos direitos fundamentais sociais.

4.3 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O Brasil é um país de desigualdades e “nas últimas décadas, vem se confirmando, infelizmente, uma tendência de enorme desigualdade na distribuição de renda e elevados níveis de pobreza”²⁰⁷.

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.147.

²⁰⁵ SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: Leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007, p.204.

²⁰⁶ FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Controle judicial das políticas públicas**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php>. Acesso em: 22 de setembro de 2009.

²⁰⁷ BARROS, Ricardo de Paes. **Desigualdade e pobreza no Brasil**: retrato de uma estabilidade inaceitável. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n42/1741.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2009.

A população não tem acesso ao mínimo necessário para ter uma vida digna, sendo o Brasil, “um país desigual, exposto ao desafio histórico de enfrentar uma herança de injustiça social que exclui parte significativa de sua população do acesso a condições mínimas de dignidade e cidadania.”²⁰⁸

Esta idéia, “segundo a qual todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que lhe seja reconhecida uma sobrevivência digna vem sendo profundamente difundida na doutrina do direito constitucional e dos direitos humanos.”²⁰⁹

Ana Carolina Lopes Olsen²¹⁰ cita a doutrina de John Rawls para o qual, “(...) o mínimo existencial é o pressuposto de sua teoria do liberalismo político, na medida em que somente ele garante um conjunto mínimo de condições materiais capaz de assegurar um procedimento com equidade, segundo os parâmetros de uma justiça distributiva.”

Verifica-se, portanto, que o “mínimo existencial” é o básico que uma pessoa precisa obter para possuir uma existência digna.

O conceito do básico, ou, “padrão mínimo social” é conceituado por Andreas Krell²¹¹, como aquele: “(...) padrão mínimo existencial para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.”

²⁰⁸ BARROS, Ricardo de Paes. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n42/1741.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2009.

²⁰⁹ OLSEN, 2008, p.311.

²¹⁰ Ibid, p.312.

²¹¹ KRELL, 2002, p.63.

Ingo Wolfgang Sarlet²¹² estabelece como parâmetros para se auferir o “mínimo existencial” o direito à vida e o princípio da dignidade humana.

Para Sandoval Alves da Silva, “o mínimo existencial não é uma categoria universal, variando de lugar para lugar e até dentro do mesmo país (...)”.

Corroborando com esta afirmação é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet²¹³: “Eis a razão de o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna depender das circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa.”

Enfim, a presença do mínimo existencial é um conceito aberto e indeterminado, que depende do local e da população, embora o mínimo de condições de saúde, educação, moradia sejam os padrões de conhecimento comum.

As teorias de Doyal e Goug, “defendem a existência de necessidades básicas comuns, universais e objetivas, independentemente de tempo, lugar e cultura.”²¹⁴

Conforme o entendimento de Ana Carolina Lopes Olsen²¹⁵:

(...) ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à idéia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial.

Vários são os bens tutelados na Constituição Federal, porém a grande dificuldade se refere ao fato de que os limites orçamentários são restritos, conforme já explanado no capítulo anterior, o que cria uma “tensão entre os bens, princípios e

²¹² SARLET, 2007, p.312/313.

²¹³ SARLET, 2005, p.437.

²¹⁴ SILVA, 2007, p.173.

²¹⁵ OLSEN, 2008, p.318.

valores tutelados pelo Estado. Essa tensão pode surgir entre os bens enumerados ou em casos de definição de políticas públicas de bens (...)"²¹⁶.

Para Sandoval Alves da Silva²¹⁷, a solução deste conflito está na aplicação da ponderação, ou seja, na utilização do princípio da proporcionalidade defendidas por Robert Alexy,²¹⁸ “assim, observa-se que a ponderação tem como finalidade harmonizar e equilibrar os princípios fundamentais, de forma que o mínimo existencial e os direitos sociais entrem igualmente no jogo de ponderação diante dos interesses divergentes.”

Alexy afirma que “Dessa forma, o mínimo existencial é uma regra constitucional, que resulta da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real, sendo obrigatória e sindicável judicialmente”²¹⁹.

Ocorre que, quanto a admissão da sindicabilidade judicial, três outros princípios são contrastantes a este entendimento: “1) o da separação de poderes, incluindo a competência de vinculação orçamentária; 2) o da competência do legislador democrático, para definir políticas públicas; e 3) o do limite imposto pelos direitos de terceiros.”²²⁰

Enfim, “o mínimo existencial é definido como o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo homem tem direito, constituindo-se no núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana.”²²¹

Com o desenvolvimento da teoria do “mínimo existencial”, a reserva do possível sofreu algumas limitações, não sendo mais um campo discricionário absoluto dos poderes Executivo e Legislativo para definir o conteúdo dos direitos

²¹⁶ SILVA, 2007, p.179.

²¹⁷ Ibid, p.180.

²¹⁸ ALEXY *apud* SILVA, 2007, p.187.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ SILVA, 2007, p.187.

²²¹ Ibid, p.188.

sociais, assumindo contornos mais claros do que deve ou não ser providenciado pelo Estado.²²²

4.4 A RESERVA DO POSSÍVEL

A doutrina da “reserva do possível” passou a possuir relevância em uma obra célebre, especialmente no Brasil, chamada *The Cost of Rights*, traduzida como “O custo dos Direitos”, dos autores americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, estabelecendo como os direitos assegurados pela Constituição implicam a realização de gastos públicos.²²³

A teoria da “reserva do possível” é comumente utilizada pelo Estado para se abster da concretização dos direitos fundamentais sociais.

É de se verificar que “o ordenamento jurídico brasileiro consagra, por intermédio do direito material, o que é socialmente desejável, mas o direito não pode promover a realização senão do que seja econômica e financeiramente possível.”²²⁴

O conceito do que seja socialmente desejável já foi aferido anteriormente, sendo o “mínimo existencial” devido a cada pessoa dentro de uma sociedade.

Já, o conceito do que seja “econômica e financeiramente possível” se refere ao que “está expresso na lei orçamentária, com base na ponderação de bens constitucionalmente tutelados”²²⁵.

A teoria da “reserva do possível” surgiu na Alemanha, mais especificamente no Tribunal Constitucional Tedesco, sendo que “a construção dessa teoria visou a retirar a exigibilidade dos direitos sociais oponíveis ao Estado alemão, para

²²² SILVA, 2007, p.188.

²²³ OLSEN, 2008, p.185.

²²⁴ SILVA, 2007, p.182.

²²⁵ Idem.

submetê-los à discricionariedade das decisões governamentais e dos parlamentares, por meio da composição dos orçamentos públicos.”²²⁶

O ideal seria que o Estado tivesse condições econômicas de suprir as demandas sociais de toda a população de forma igualitária, porém, o que se vê é que isso é uma utopia tendo em vista que o orçamento público não comporta tantas despesas.

Para os defensores²²⁷ da “reserva do possível” há argumentação é que “seria desarrazoado impor integralmente ao Poder Executivo o fornecimento de todas as prestações positivas constitucionalmente estipuladas.”²²⁸

Conforme o entendimento de Nicole Mazzoleni Facchini²²⁹, resumidamente o contexto do controle judicial das políticas públicas e a reserva do possível:

(...) é de se ressaltar que a teoria da reserva do possível alicerça-se na constatação de que os direitos fundamentais, mormente aqueles de cunho social, exigem – para sua implementação – um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público. Tais medidas implicam custos orçamentários, dependendo, em última análise, de uma conjuntura econômica favorável para serem levados a efeito. Disso decorre que os órgãos jurisdicionais, quando submetidos à apreciação de demandas em que se postula do Estado direitos prestacionais, não podem ignorar a problemática da disponibilidade fática de recursos.

Nesse mesmo sentido, Ana Carolina Lopes Olsen²³⁰ afirma que:

Se a previsão orçamentária permite o gasto tão somente do valor “x” para com a implementação de políticas públicas destinadas a satisfação deste direito, (...). Afirmar que existe o direito à saúde quando este corresponderia a um tratamento de uma doença especializada, cujas despesas para o Estado não estariam previstas no orçamento, seria afirmar o impossível, afirmar algo que o titular do direito não logrará exigir, pois o Estado não tem condições de cumprir. **Poder-se-ia interpretar que para além dos recursos destinados à saúde, não há direito subjetivo, não há que se falar em obrigação do Estado.** (Grifo nosso)

²²⁶ KRELL, 2002, p.52.

²²⁷ SILVA, 2007, p.190.

²²⁸ Idem.

²²⁹ FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Controle judicial das políticas públicas**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php>. Acesso em: 22 de setembro de 2009.

²³⁰ OLSEN, 2008, p.189.

Ainda nesse contexto, interessante o entendimento do consagrado doutrinador, Ingo Wolfgang Sarlet²³¹:

A reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentária, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativa; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Outra barreira existente na intervenção judicial no cumprimento dos direitos sociais é a impossibilidade jurídica de cumprimento das decisões judiciais, neste sentido, Eros Grau²³²:

(...) entende que, se cumprido o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, ocorrerá a exaustão orçamentária, que se manifesta quando inexistem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinadas decisões judiciais. Não há, no caso, disponibilidade de caixa que lhe permita cumpri-las. Com efeito, a obediência à ordem judicial sem a respectiva previsão orçamentária, fatalmente implicará a quebra do segundo dos princípios em enfoque – o da legalidade da despesa pública – o que (...), configura-se em estado de necessidade. A decisão ou as decisões judiciais não devem, então, ser cumpridas pela Administração, devendo a situação de impossibilidade ser demonstrada em juízo.

Traduz-se em aspecto relevante que a impossibilidade orçamentária seja comunicada ao juízo solicitante, não apenas em caráter geral, mas especificamente

²³¹ SARLET, 2006, p.301.

²³² GRAU *apud* SILVA, 2007, p.190.

devem ser detalhadas as debilidades do Estado no momento, para que, posteriormente sejam adotadas formas de cumprir tal decisão.

Confirma tal conclusão, a observação de Sandoval Alves da Silva²³³:

Deve-se observar que a alegação da teoria da reserva do possível ou da impossibilidade material de cumprimento da decisão judicial **não deve ser formulada de forma infundada, cabendo ao Poder público, a comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial dos recursos** e do não desperdício dos recursos existentes, além de respeitar os limites do mínimo existencial. (Grifo nosso)

A reserva do possível, portanto, deve ser sopesada com muita cautela e ponderação diante do caso concreto levado à apreciação jurisdicional, tendo em vista, conforme já asseverado, existir a necessidade de comprovação da inexistência de recursos públicos e o motivo das escolhas realizadas na utilização dos recursos existentes.

4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

Ultimada a análise doutrinária sobre o tema, embora bastante controvertida, interessante ressaltar o entendimento dos tribunais pátrios acerca do controle judicial no campo da Administração Pública e do Poder Legislativo para efetivar os direitos fundamentais sociais

Sandoval Alves da Silva afirma que, “o papel dos tribunais é limitado no campo dos direitos fundamentais sociais, mas o cidadão deve ter um mínimo de independência e liberdade para fazer garantir tais direitos pelo Estado. Caso contrário, cabe ao Poder judiciário garantir essa liberdade e independência.”²³⁴

²³³ SILVA, 2007, p.192.

²³⁴ Ibid p.213.

Sandoval Alves da Silva²³⁵ estabelece uma leitura das decisões do Supremo Tribunal Federal como possuindo três ângulos:

a) diante da omissão do Poder Público em regulamentar os direitos sociais; b) diante de ação do Estado por meio das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo e Legislativo, por meio das leis orçamentárias e daquelas que aprovam planos nacionais, regionais e setoriais, quando contrariam as disposições constitucionais; c) nos casos em que o Poder Público define as políticas públicas, mas, por algum motivo, deixa de cumpri-las, devendo a execução de tais políticas ser exigida judicialmente, por já ter sido objeto da discussão da democracia deliberativa e de aprovação pela democracia deliberativa.

Quando ocorre a omissão da regulamentação dos direitos sociais, cabíveis são a ADI por omissão ou o mandado de injunção.

Nos casos de julgamento em ADI por omissão, duas atitudes são adotadas pelo Supremo Tribunal Federal:

1) Comunicar a autoridade competente para editar o ato que está em mora, determinando a edição em trinta dias, caso se trate de um órgão administrativo e; 2) dar ciência da omissão legislativa, para que sejam adotadas as medidas necessárias sem prazo estabelecido, caso se trate do Poder Legislativo ou do chefe do Poder Executivo.²³⁶

Nesses casos, deveria se permitir “a discussão do tema pela democracia deliberativa e representativa, sem representar ofensa ao dispositivo constitucional da ‘separação dos poderes’”²³⁷.

Sob outro vértice, o autor supracitado afirma: “no que se refere às omissões tuteladas pelo mandado de injunção, defende-se a adoção da nova tendência do STF em aplicar a teoria concretista individual intermediária como tutela individual.”²³⁸

²³⁵ SILVA, 2007, p.223/224.

²³⁶ Ibid, p.224.

²³⁷ Ibid, p.239.

²³⁸ Idem.

A teoria concretista individual se divide em direta e intermediária, sendo que esta consiste em fixar “um prazo para o Congresso Nacional – caso não seja observado, o Poder Judiciário fixa as condições necessárias ao exercício do direito pelo autor.”²³⁹

Sendo essa teoria a nova tendência nos mandados de injunção julgados pelo STF, poderia ferir, em tese, o princípio da separação dos poderes, vez que imporia uma condição, um termo aos demais poderes para que cumpram o descrito na Constituição Federal.

Por outro lado, quando há uma ação realizada pelo Estado, deve haver uma mudança no entendimento do STF com relação às leis orçamentárias:

(...) para que passe a apreciar tais leis, abandonando em relação aos direitos fundamentais sociais as teses restritivas de efeitos concretos, leis temporárias e inconstitucionalidade mediata, para não permitir que uma lei elaborada para trazer eficácia às disposições constitucionais e justiça social tenha resultados inversos, como a ineficácia dos direitos constitucionalmente contemplados e a injustiça social.

No momento em que forem configurados problemas no processo legislativo das políticas públicas, cabe aos “membros do Congresso Nacional valer-se do controle difuso de constitucionalidade e impetrar mandado de segurança para se recusar a participar de processo legislativo inconstitucional.”²⁴⁰

Se, por outro lado, a lei já tiver sido aprovada, as medidas possíveis se tornam menores para o Supremo Tribunal Federal, já que possui algumas teses restritivas em seu bojo, porém, se tais inconstitucionalidades da lei se referirem à direitos fundamentais, caberia a utilização da ação civil pública ou ação popular.²⁴¹

²³⁹ SILVA, 2007, p.226.

²⁴⁰ Ibid, p.242.

²⁴¹ Idem.

Passado esta análise superficial das decisões do Supremo Tribunal Federal, cabe analisar as decisões em tutelas individuais.

Cabe-nos, portanto, verificar as teses defendidas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, que é considerado um importante militante na causa da sindicabilidade das políticas públicas pelo Judiciário.

A imensa maioria dos julgados recentes no STF sobre o tema, se referem à saúde e a educação básica e citam o entendimento do Ministro Celso de Mello.

Vejamos.

O julgado a ser analisado é datado de 22 de novembro de 2005 e se refere a um Agravo em Recurso Extraordinário proveniente do estado de São Paulo sob o nº. 410.715 (anexo A).

O contexto do referido processo é a falta de suprimento do Poder Público do município de Santo André no campo da educação infantil e o Ministro Relator desenha um panorama que explicita na prática muitos dos fundamentos expressos no decorrer do presente trabalho acadêmico.

A tese levantada pelo município agravante baseia-se no postulado quase sempre levantado pela Administração Pública para se esquivar de suas obrigações perante os administrados, qual seja, a falta de recursos públicos e o princípio da separação dos poderes.

Aduziu, em síntese que:

A questão 'sub judice' envolve controvérsia de alta relevância constitucional, superior ao teor de súmulas, **e a matrícula** de milhares de crianças em algumas unidades de creches **envolve questões de orçamento e disponibilidade** do erário público, **com dotação específica** para a implantação de meios à concretização das medidas pleiteadas, **o que impõe** a intromissão do Judiciário nos poderes discricionários do Executivo, **violando**, sobremaneira, **o já mencionado** art. 2º do Texto Fundamental. (Grifo do autor)

Preliminarmente, em seu voto, o Relator descreve que o recurso merece ser improvido, pelo fato da decisão agravada ajustar-se com integral fidelidade aos postulados constitucionais que informam o direito público subjetivo à educação em contraposição com o dever jurídico-social do município.

De fácil constatação é o fato de que o direito à educação é um direito social, estando descrito no art. 6º da Carta Magna e, por esse fato, sua concretização é obrigatória ao Estado, que, através de planos orçamentários e políticas públicas deve efetivá-los.

Corroborando com o acima afirmado, o Ministro relata que o direito à educação qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, sendo um dos direitos de segunda dimensão, cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem o acesso pleno ao sistema constitucional.

O Ministro estabelece que a Constituição delineou um programa a ser implementado mediante políticas públicas concientes e responsáveis, o que traduz-se em meta cuja não realização gera uma inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Ressaltou, portanto, que o Supremo Tribunal Federal tem o dever de proteger a Constituição e fazer com que os direitos de segunda dimensão sejam efetivados, porém não cabe ao Poder Judiciário, ordinariamente, a função de formular e implementar políticas públicas, sendo que esta pertence ao Executivo e ao Legislativo.

Celso de Mello afirma:

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional (...)

O Judiciário é considerado o guardião da Constituição para que ela seja de fato efetivada e, no Brasil, o órgão máximo de tal defesa é o Supremo Tribunal Federal.

Como bem asseverado, embora o Judiciário não seja o poder competente para implementar as políticas públicas, ele é o poder máximo para guardar as normas constitucionais, em especial, os direitos fundamentais, e com mais especialidade ainda os direitos sociais, vez que demandam uma atuação positiva da Administração Pública e do Poder Legislativo.

Portando, se estes poderes se omitirem na realização concreta dos direitos fundamentais sociais o Judiciário deverá intervir, quando provocado, analisando caso a caso, não ferindo o princípio da separação dos poderes.

O argumento mais utilizado pela Administração é a falta de recursos públicos para realização das prestações positivas relativas aos direitos sociais.

É claro que, o Ministro, não deixa de ressaltar o dispêndio de recursos financeiros quando da efetivação dos direitos de segunda dimensão, visto que há sempre um vínculo financeiro subordinado as possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que estando comprovados, objetivamente, a alegação de incapacidade econômica da pessoa estatal, desta não poderá se exigir uma imediata efetivação dos direitos do comando constitucional.

Por outro lado,

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo individual que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e

censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor das pessoas e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

O ponto crucial do tema é que a abstenção do Estado nas prestações positivas no tocante aos direitos fundamentais sociais, não pode se basear na “reserva do possível”, ou seja, na ausência de recursos públicos como forma de burlar a exigência constitucional dolosamente, mas, tão somente, quando a falta de recursos orçamentários for um justo motivo objetivamente auferível.

Defende o Ministro Celso de Mello no seu voto ora estudado, que a margem de discricionariedade do Poder Público quando da escolha de prioridades quanto aos direitos sociais é mínima, vez que as políticas públicas nessa área estão vinculadas diretamente às normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo que havendo dúvidas em relação à discricionariedade (juízo de conveniência e oportunidade) cabe ao Judiciário dirimi-las com base em uma interpretação constitucional.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em julgamentos realizados pelo Órgão Especial, verifica-se um entendimento majoritário oposto ao Supremo Tribunal Federal.

Interessante ressaltar uma parte do voto do atual Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, Des. Carlos A. Hoffmann, em um Seqüestro, sob o nº.0526573-8, DJ:231 de data de 03/09/2009, citando um outro julgado em que baseou a sua decisão:

Mandado de Segurança Cabimento. Súmula 311 do STJ. Precatório requisitório. Decretação de seqüestro. Verbas públicas. Hipótese não contemplada no texto constitucional. Ausência de preterição no direito de preferência. Credor com problema grave de saúde. Impossibilidade de adiantamento do valor. Infringência aos princípios da isonomia, proporcionalidade, solidariedade e impessoalidade dos atos administrativos. Ato vinculado. Espaço não sujeito à discricionariedade. Preterição no direito de preferência realizado pelo Judiciário. Descabimento. Mandado de

Segurança conhecido e, no mérito, concedida a ordem. I - Consoante o disposto na Súmula 311 do STJ "os atos do Presidente do Tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não tem caráter jurisdicional". II - A não inclusão de crédito no orçamento do exercício seguinte, mesmo encaminhado o ofício requisitório em tempo hábil não enseja a realização de seqüestro de quantia ou qualquer outra medida diferente da prevista no artigo 34, VI. III - Não cabe ao Poder Judiciário usar de discricionariedade para preterir o direito de preferência dos demais credores, diante de determinado caso concreto, criando nova modalidade de seqüestro não prevista na Constituição Federal. IV - A inobservância do limite estabelecido no próprio texto Constitucional, quebra com o Princípio da Impessoalidade, Isonomia, Proporcionalidade e Solidariedade, eis que faz escolha entre uns sem conhecer a realidade de outras pessoas igualmente credoras. V - Mandado de segurança conhecido e, no mérito, concedida a ordem."(TJPR - Órgão Especial - MSOE 0397271-0 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Tufi Maron Filho - Unânime - J. 17.08.2007) Do corpo do v. acórdão consta a seguinte lição doutrinária: "(...) **nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos - o que se poderia denominar de microjustiça -, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado. Há ainda mais do que isso. Os indivíduos que vão ao Judiciário postular algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representantes das classes menos favorecidas da sociedade. As necessidades destes, como regra, não chegam aos Tribunais e nem serão ouvidas pelos juízes. Nesse contexto, o que se pode verificar é um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais - que, em tese, deveriam beneficiar os mais necessitados de forma direta - para as demandas específicas daqueles que detêm informação e capacidade de organização. A crítica que se acaba de enunciar não pode ser refutada de maneira simplista e não convém ignorá-la. Com efeito, o juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear. Ele não tem o tempo necessário para fazer uma investigação completa sobre o assunto, nem os meios para tanto. Nem lhe cabe afinal levar a cabo um planejamento global da atuação dos Poderes Públicos.**" (Ana de Paula Barcellos - in Revista de direito do estado nº 3 - julho/setembro de 2006 - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34).(...) (Grifo nosso)

Outros julgados no mesmo sentido consubstanciam a idéia de não tornar o Judiciário um controlador dos gastos públicos, sendo temerária a decisão de juízes de 1º grau que exigem do Executivo prestações no tocante aos direitos sociais, não previstas expressamente nas diretrizes orçamentárias.

Quando as medidas decretadas pelos juízes são mantidas pelo Órgão Especial são em caráter excepcionalíssimos e com inúmeras recomendações e restrições.

Tudo isso, a fim de proteger a ordem e a economia pública, conforme se observa nos julgados a seguir do TJPR, Órgão Especial²⁴²: Processo nº.0607521-4; Processo nº.0609798-3; Processo: 0606224-6; Processo nº. 0603054-2; Processo nº. 0599868-5; Processo nº. 0595818-9; Processo nº. 0597414-9; Processo nº. 0591575-3; Processo nº.0589105-0; Processo nº. 0587956-9, entre outros.

²⁴² Jurisprudência disponível em <
<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=12&TotalAcordaos=300&Historico=22>>. Acesso em: 25 de setembro de 2009.

CONCLUSÃO

Buscou-se com o presente estudo analisar a viabilidade ou não do controle judicial sobre as políticas públicas, as quais se constituem em função típica do Poder Executivo, com o fim de efetivar os direitos sociais consagrados constitucionalmente.

Ultimada tal análise verificou-se que este controle judicial é ainda pouco estudado e debatido pela doutrina, sendo ainda um tema controvertido na jurisprudência pátria e visto com muito receio entre os mais tradicionalistas, porém, tido com muito entusiasmo por alguns pensadores do direito.

Observa-se que, dificilmente, as opiniões contra ou a favor do controle judicial são absolutas, havendo muitas ponderações entre os que defendem a possibilidade ou a inviabilidade desta intervenção de um “poder” sobre outro.

Nenhuma constatação é absoluta, mesmo porque há muitos valores importantes a serem analisados e sopesados diante de um caso concreto.

Os direitos fundamentais como a própria nomenclatura já delimita são o fundamento primordial e o objetivo a ser alcançado pelo Estado, especialmente, quanto aos direitos sociais básicos, como a saúde, a educação, a moradia e etc.

Portanto, verificou-se que o ponto central do debate são os direitos sociais que garantem uma existência digna para a população na busca da realização do princípio da igualdade, base dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Partindo dessa premissa, o Governo deve possuir formas e definir estratégias para atingir seu escopo, possuindo como principal instrumento as políticas públicas, ainda pouco estudadas pelos juristas.

As políticas públicas são realizadas através de destinação de recursos públicos com o objetivo de concretizar programas ou metas definidos constitucionalmente, sendo que, não havendo orçamento para garantir os direitos

constitucionais de forma absoluta, cabe ao Governo, eleito pelo povo, realizar a escolha de forma discricionária dos bens que serão assegurados à população.

Essa discricionariedade é o que gera uma preocupação por parte dos operadores do direito, que visam evitar o arbítrio nessas “escolhas trágicas”.

A interferência do Poder Judiciário emerge neste contexto e deve ser entendida de forma excepcional e, não como regra, a fim de que não se torne um órgão fiscalizador dos atos do Poder Executivo ou um poder absoluto, o que feriria a cláusula pétrea da separação dos poderes.

A competência para editar e executar políticas públicas é do Poder Executivo que é o ente governamental representante da vontade da população que o elegeu e deve transmitir em seus atos a vontade do povo.

Porém, se assim não o fizer, o Poder Judiciário como guardião maior da Constituição Federal, deve, em casos específicos trazidos à sua apreciação, com base no princípio da proporcionalidade, sopesar valores relevantes, e compelir o Executivo a cumprir as normas constitucionais.

Não devendo se tornar é claro, um órgão alheio à realidade fática do país, proferindo decisões impossíveis de serem executadas na prática, por falta de recursos públicos, por exemplo.

Mas deve observar sempre a necessidade real dos jurisdicionados e a boa ou má aplicação dos recursos públicos no tocante à discricionariedade nas escolhas para destinação de verbas, sendo que, o argumento da reserva do possível não pode ser um abonador da responsabilidade da Administração Pública em prover as necessidades de seus administrados.

Conclui-se, portanto, que o Estado com um todo deve agir para proteger a efetividade dos direitos sociais, sendo que, o controle judicial é possível com

algumas reservas, já que é excepcional e deve atentar para a questão orçamentária na busca pela efetividade dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY *apud* SILVA, Sandoval Alves da. Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implantação. Curitiba: Juruá, 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Ricardo de Paes. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n42/1741.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2009.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Curso de Direito Constitucional. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Curso de Direito Constitucional. 20ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO *apud* KRELL Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COSSIO DIAZ apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

DAL BOSCO, Maria Goretti. Discricionabilidade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Políticas públicas (econômicas) e controle. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 22 de setembro de 2009.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. Controle judicial das políticas públicas. Disponível em: < http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php>. Acesso em: 22 de setembro de 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOUVEA, Ronaldo Guimarães apud Eduardo Appio. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2007.

HOHNERLEIN, Eva Maria. A proteção internacional dos direitos fundamentais sociais na Europa: a carta social e a convenção de direitos humanos do conselho da Europa. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KELLER, Arno Arnoldo. O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas. São Paulo: LTr, 2001.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: A constituição concretizada: construindo pontes

entre o público e o privado. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos Poderes: tensão e harmonia. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223> . Acesso em: 27 de outubro de 2009.

LAMARCHE, Lucie apud MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de C. apud KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Fabris, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. Derechos Humanos, Estado y Constitución. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Marília Lourido. Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas. Porto Alegre: Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26º ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ºed, São Paulo: RT, 2004.

SILVA, Sandoval Alves da. Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implantação. Curitiba: Juruá, 2007.

ANEXO A (Julgado do STF)