



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**KAMYLLE MOURÃO CAVALCANTE**

**ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE**  
**POLÍTICAS PÚBLICAS EM SEDE DE DIREITOS SOCIAIS**

**FORTALEZA**

**2014**

**KAMYLLÉ MOURÃO CAVALCANTE**

**ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS EM SEDE DE DIREITOS SOCIAIS**

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito  
Constitucional

Orientador: Professor Msc. William  
Paiva Marques Júnior

**FORTALEZA**

**2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- C377a Cavalcante, Kamyly Mourão.  
Análise crítica das teorias de controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais / Kamyly Mourão Cavalcante. – 2014.  
59 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.  
Área de Concentração: Direito Constitucional.  
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Políticas públicas - Brasil. 2. Direitos sociais - Brasil. 3. Direitos fundamentais - Brasil. 4. Controle jurisdicional de atos administrativos – Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

**KAMYLLÉ MOURÃO CAVALCANTE**

**ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS EM SEDE DE DIREITOS SOCIAIS**

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará como  
requisito parcial para a obtenção do grau  
de Bacharel em Direito.  
Área de concentração: Direito  
Constitucional.

Aprovada em: 20/05/2014

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Msc. William Paiva Marques Júnior (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Professor Livre - Docente Dimas Macedo  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Professor Msc. Francisco Paulo Brandão Aragão  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho, em primeiro lugar, a Deus, que foi pai, guia, rei e majestade em minha vida; e às duas grandes mulheres, que sempre foram meus exemplos: minha mãe, Ana Geovanda, e minha avó, “Didi”, verdadeiros anjos terrenos, dos quais sempre recebi luz e alento diário, minhas rainhas e modelos de sabedoria, honestidade e aprendizado.

## AGRADECIMENTOS

A Deus Pai e a Deus Filho, Eles que me amaram antes mesmo de eu existir neste plano terreno e, até hoje, derramam sobre mim luz e bênçãos.

Ao meu orientador, Professor William Paiva Marques Júnior, pela ajuda e extremo apoio na concretização deste trabalho, demonstrando sempre empenho e muito conhecimento. Mais que agradecer, quero parabenizá-lo pelo seu profissionalismo e por ser, ademais de um grande Professor, um verdadeiro Mestre do saber e um ser humano lindo e generoso.

Ao Professor Paulo Bonavides, meu primeiro tutor na vida profissional, o qual me brindou com grandes aprendizados, sendo o maior deles a diferença entre ensinar e conhecer. Muitos conhecem e podem até nos transmitir algo, porém poucos ensinam e conseguem nos educar e deixar em nosso âmago o registro e o exemplo de uma grande sabedoria. Meu muito obrigada, querido Mestre. Agradeço também a Yeda Bonavides, exemplo de companheirismo, de força e de vitalidade, por sempre ter me tratado com tanto afeto e carinho.

Ao Professor Paulo Aragão, do qual tive o privilégio de ser monitora e tenho, até hoje, a honra de trabalhar e aprender cada dia mais com vossa presença. São nos exemplos, seja nos pequenos ou grandes detalhes, e nos traquejos necessários para a vida que ele vai me deixando grandes lições.

Ao Professor Dimas Macedo, do qual tive a oportunidade de ser aluna ainda no início de minha jornada na Faculdade de Direito e do qual recebi, também, minhas primeiras e importantes lições de Direito Constitucional.

Agradeço a todos por terem aceitado prontamente meu convite de participar da Banca Examinadora desta monografia. Muito obrigada!

À minha família: minha amada mãe, Ana Geovanda, peça fundamental na minha vida, minha inspiração, minha razão de continuar e batalhar todos os dias, uma mulher única, forte, cheia de garra, meu muitíssimo obrigada por me ensinar e mostrar o caminho da honestidade e da verdade. Meu pai, Justineto, meu exemplo de generosidade, bom humor, obrigada por continuar sendo minha escola da vida e por me apresentar tão cedo à lei do eterno retorno. Minha irmã Thamyres, minha “mi”, meu amor, minha amiga, minha companheira nessa jornada, pessoa que sempre vai estar ao meu lado, não importa o que aconteça. Minha irmã Irvylle, minha “Raimunda”, meu xodó, meu exemplo de fé,

perseverança e vitória, conselheira e amorosa, que sempre vou poder contar e cuidar. Minha segunda mãe, Luciana, minha “Nana”, minha madrinha, presente divino, a imagem mais forte e presente na minha infância, a prova de que os anjos povoam a terra, meu obrigada a ela ainda é pouco. Minha finada avó, Maria José, ou “vó mazé”, exemplo de independência, de mãe, de luta, meu obrigada e eterno carinho. Minha avó Raimunda, ou simplesmente “Didi”, da qual a doença nunca levará o brilho nos olhos e o sorriso no rosto, meu exemplo de força, coragem e ousadia. Obrigada, vovó, por ter sido sempre tão presente. Meu avô Manoel, ou só “vô Manel”, meu maior referencial de honestidade, trabalho e vida longa com qualidade e fé. Às minhas tias maternas, Sandoelha e Santina, auxílios e presenças constantes na minha jornada. Aos meus tios paternos, Irene e Regis, pelo amor e atenção sempre dedicados a mim. À todos os meus tios e tias, primos e primas, em especial, ao Kaio Vinícius e a Raielle Didi, afilhados e afilhadas, agregados, que fazem parte da grande família que tenho a sorte e o prazer de fazer parte.

À Maria Lúcia, minha grande amiga, minha maior mecenas e incentivadora. Ela me apresentou um mundo novo sem pedir nada em troca, um exemplo de amor ao próximo e dedicação. Agradeço igualmente ao José Fernandes e João Marcelo Fernandes, grandes amigos e incentivadores que compõe essa maravilhosa família.

Ao meu amor, Leonardo, por caminhar comigo, por ser meu amigo sincero, meu companheiro, fiel e dedicado, por me fazer sentir a plenitude do amor e da felicidade ao seu lado. À você, meu obrigado e meu pra sempre. Aos meus sogros, Leila e Ricardo e à minha so-sogra Irene, por me oferecerem por diversas vezes abrigo e por serem também meus grandes incentivadores, apoiando-me em muitos momentos. Meu muito obrigada!

A todos os meus amigos, estejam eles presentes ou ausentes, próximos ou distantes, em especial Thiago Brito, Paulo Henrique Pacheco, Eliziane Moraes, Lara de Azevedo e Thiago Elias, e agradeço também o apoio dos amigos Hernandes Diego, Monalisa Marques, Tayana Gouveia, Naime Tavares, Samantha Ferreira, Marcus Peixoto, Mayara Mendes, Larissa Medeiros, Acácia Lins, Francisco Ésquilo, Giacomina Freitas, Gisele Reichert, Ana Julia Gonzalez, Natalia Romero, Iury Paz, Laís Brasil, Jéssica Pinheiro, Diego Queiroz, Paulo Filho, Marcus Limeira, Tânia Limeira, Iranir Moares, Eliezer da Costa, Ligiane Moraes, Bily Moraes, Lívia Azevedo, Rosângela Azevedo, Danielle Pires, Roberta Costa, Pedro Frota, Sarah Marinho, Rayssa Imperiano, Julia Silton, Camille da Escóssia, Sérgio Rebouças, Cândido Albuquerque, Rebecca Albuquerque, Mariana Zonari, Camily Gomes, Lívia Teles, Karla Severo, Paula Lima,

Alan Martins, Goreth Martins, Camelo Feitosa, Abel Feitosa, Alex Martins, Emmanuel Aranda, Larissa Melo, Tiago Furtado, Paula Gomes, Nathalya Soares, Iracema Torres, Jenner Valdivia, Camila Leão, Nicole Vasconcelos, Igor Maia, Diego Oliveira, Tiago Cardoso, Francilene Lima, Marina Gripp, Bianca Dutra, Marley Serra, Fábio Gentile, Cristina Montenegro, Jose Maria Zanolchi, Odeisse, Fernando Firmeza, Nathália Ervedosa, Paulo Sérgio Ervedosa, Ednyra Damasceno, Josy Oliveira, Simone Ferreira, Paulo Edberto, Nazaré Souza, Anna Judith, Natércio Andrade, Lucas Timbó, Swami Gomes, Bernard Shaw, Terezinha Gomes, Jéssica Fontenele, Luciana Araújo, Valéria Bernadino, Sarah Cavalcante, Cibelly Estevam, Andrea, Ângela Karla, Maria Soares, Carlos David, Rodrigo Arruda, e aqueles que, embora não estejam aqui listados, são igualmente especiais e que tenho a certeza de torcerem pela minha felicidade.

À Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, e aos seus professores e servidores, por terem me brindado a oportunidade de aprendizado e a todas as demais pessoas que, direta e indiretamente, contribuíram para a minha formação.

Por último, mas não menos importante, a minha gatinha Bia, que me acompanha há 7 anos e é meu grande xodó.



“Em rigor, na era da tecnologia e da globalização de ordem econômica e da conveniência humana, não há direito de natureza política mais importante do que a democracia [...]. Em suma, a norma democracia, tendo por titular o gênero humano, é, por conseguinte, direito internacional positivo em nossos dias. E o é porque se transforma a cada passo numa conduta obrigatória imposta aos Estados pelas Nações Unidas para varrer do poder, de forma legítima, os sistemas autocráticos e absolutistas que, perpetrando genocídios e provocando ameaças letais à paz universal, se fazem incompatíveis com a dignidade do ser humano” (Paulo Bonavides).

## RESUMO

A presente monografia visa realizar uma análise crítica das teorias de controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais e, para tanto, realizará um estudo da mutação do Estado Liberal ao Estado Social desde uma visão da obra de Paulo Bonavides e, em seguida, apresentará a conformação e evolução do Estado Social na Constituição de 1988 e a relação existente entre o Estado Social e a efetividade dos direitos fundamentais e também dos sociais. A apreciação do tema se desenvolverá com a realização de uma pesquisa qualitativa, por meio de doutrinas, artigos e jurisprudências, que tratem dos temas elencados e também do controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais, da definição de políticas públicas, reserva do possível, mínimo existencial, máxima efetividade e do princípio da proibição do retrocesso, desembocando na matéria central, que é o exame crítico das teorias de controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais, no qual se considerará os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis e a questão dos limites. Logo em seguida, será demonstrado a abordagem do assunto nos tribunais brasileiros e, por último, o paralelo existente entre os pontos: a juridicização da política e a politização do judiciário, desde uma visão da ciência política.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais. Controle Jurisdicional. Políticas Públicas. Poder Judiciário.

## **ABSTRACT**

The aim of this study is to carry out a critical analysis of the jurisdictional control theories of public policies with its focus on social rights. Thus a study on the mutation of the Liberal State to the Social State will be carried out based on the works of Paulo Bonavides and then an adjustment and evolution of the Social State in the Constitution of 1988 will be presented as well as the relationship between the Social State and the effectiveness of the fundamental rights and the social fundamental rights. This study will be performed through a qualitative research, which will be based on doctrine, articles and common law whose themes are related to the jurisdictional control of public policies of the social rights, the definition of public policies, reserve for contingencies, substance level, and maximum effectiveness as well as the principle of the ratchet effect. All this will lead to the core subject, which is the critical analysis of the jurisdictional control theories of public policies with its focus on social rights showing favourable and unfavourable positions and the limitation issue. Afterwards the way this subject is dealt with in the Brazilian courts will be presented and lastly the parallel that exists between: the juridicization of the politics and the politicization of the judiciary from the point of view of the political science.

**Key Words:** Social Rights. Jurisdictional Control. Public Policies. Judiciary.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2 MUTAÇÃO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL</b> .....	14
<b>2.1 Na Visão de Paulo Bonavides</b> .....	14
<b>2.1.1 <i>Dos primórdios do Liberalismo a implementação do Estado Social</i></b> .....	15
<b>2.1.2 <i>A separação de poderes e sua inter-relação com o Estado Liberal e o Estado Social</i></b> .....	16
<b>2.2 Conformação e Evolução do Estado Social na Constituição de 1988</b> .....	18
<b>2.3 Estado Social e a Efetividade do Direitos Fundamentais</b> .....	21
<b>2.4 Estado Social e os Direitos Fundamentais Sociais</b> .....	24
<b>3 FUNDAMENTAÇÃO IDEOLÓGICA DAS CORRENTES TEÓRICAS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	27
<b>3.1 Políticas Públicas</b> .....	27
<b>3.2 Reserva do Possível</b> .....	29
<b>3.3 Mínimo Existencial</b> .....	32
<b>3.4 Máxima Efetividade e o Princípio da Proibição do Retrocesso</b> .....	35
<b>4 ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SEDE DE DIREITOS SOCIAIS</b> .....	38
<b>4.1 Posicionamentos Favoráveis e Desfavoráveis e a Questão dos Limites</b> .....	38
<b>4.2 A Abordagem nos Tribunais Brasileiros</b> .....	44
<b>4.2 Paralelo entre a Juridicização da Política e a Politização do Judiciário desde uma visão da Ciência Política</b> .....	48
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	53
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	57

## 1 INTRODUÇÃO

A problemática ora em análise é um tema polêmico e aborda diversas questões em relação à conformidade atual da separação de poderes, além de colocar em xeque o papel do Judiciário quanto aos rumos das políticas públicas em sede de direitos sociais.

O controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais ocorre, ou deveria ocorrer quando, por alguma razão ou circunstância, as políticas públicas projetadas e desenvolvidas pelo legislador e pelo administrador deixassem de ser concretizadas, ou simplesmente, não se constituíssem efetivas e também quando elas não cumprissem as finalidades a que se propuseram. Eis a justificativa da relevância social do tema, uma vez que a implementação dessas políticas públicas são importantes para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

No primeiro capítulo, será abordada a transição do Estado Liberal ao Estado Social, desde uma visão histórica e analítica, traçando uma linha evolutiva que parte da opinião de Paulo Bonavides, no que tange aos primórdios do Liberalismo até implementação do Estado Social e a inter-relação destes com o princípio da separação de poderes.

Buscar-se-á, todavia, identificar, dentro da Constituição de 1988, o contorno do então denominado Estado Social, o qual adquire forma a partir dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos fundamentais sociais.

Recorda-se que a Carta Magna de 1988, em seu artigo 3º, definiu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais, somados aos direitos fundamentais, servirão de base para nortear o desenvolvimento de todo o estudo.

Após o exame dessas questões introdutórias, serão ressaltadas as fundamentações ideológicas das correntes teóricas do controle jurisdicional de políticas públicas, haja vista a existência de mais de uma corrente, as quais dialogam com os elementos seguintes para embasar suas argumentações: definição de políticas públicas, a reserva do possível, o mínimo existencial, a máxima efetividade e o princípio da proibição do retrocesso.

Ante o exposto, pretende-se, neste trabalho, a realização de um pesquisa crítica dessas teorias de controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais para, dentro desta análise, demonstrar os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis e a questão dos limites para a atuação do Judiciário.

Contudo, o primeiro grande desafio deste tema é definir o que são políticas públicas, visto que nesta definição é onde reside uma das grandes problemáticas da questão do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.

Indo mais além, será explanada a abordagem do tema nos Tribunais pátrios, que, cada vez mais, têm se posicionado a respeito deste assunto. Pretende-se, nesse sentido, provar a extrema relevância da questão, por ser ela, hodiernamente, figura repetitiva no âmbito do Judiciário.

Para um entendimento mais amplo, é necessário que se apreenda o conceito de Política Públicas, que serão, nesta monografia, expostos, sob os mais diferentes ângulos possíveis, em especial com os conceitos de reserva do possível, mínimo existencial, máxima efetividade e o princípio da proibição do retrocesso. Seguindo nessa mesma linha, passar-se-á ao último ponto, o qual seja o paralelo entre a juridicização da política e a politização do Judiciário desde uma visão da ciência política.

A pesquisa aqui realizada ajuda a aclarar diversas dúvidas que pairam sobre o assunto, assim como informa a posição adotada quanto a isso nas Cortes brasileiras, oferecendo, ao final, uma importante reflexão sobre o que seria a juridicização da política e a politização do Judiciário.

## **2 MUTAÇÃO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL**

As considerações iniciais sobre o tema em análise devem privilegiar o estudo, desde uma visão histórico - evolutiva, da chamada mutação do Estado Liberal ao Estado Social.

A temática tratará acerca da questão da separação dos poderes e sua relação direta com as mudanças ocorridas nos diferentes contextos do Estado Liberal e do Estado Social e, já dentro deste, em sua atual conformação, localizando na Carta Magna de 1988, os objetivos pretendidos para este Estado, no que se refere aos Direitos Sociais, além do escopo, ou metas, para a realização dos Direitos Fundamentais.

Dada a complexidade e abrangência dessa temática, faz-se necessário, em um primeiro plano, a realização de um estudo aprofundado da questão e, para tanto, foi escolhida a obra *Do Estado Liberal ao Estado Social* (BONAVIDES, 2013), do Professor Paulo Bonavides, que, nas palavras de Fábio Konder Comparato (1998, p. 43), é “a monografia mais profunda e completa sobre o tema, entre nós”.

Passada esta etapa, adentra-se nos reflexos desta mutação na Constituição de 1988 e, em seguida, na conformação dos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais sociais no Estado Social.

### **2.1 Na Visão de Paulo Bonavides**

Paulo Bonavides, em sua obra *Do Estado Liberal ao Estado Social* (BONAVIDES, 2013), faz uma análise desde as origens do Liberalismo ao advento do Estado Social e a relação deste com a Democracia, realizando, inclusive, uma interpretação das revoluções ocorridas neste período.

O enfoque deste tópico, entretanto, será o advento do Estado Social, o qual tangencia a construção do Estado de Direito e o nascimento do liberalismo, e a relação existente entre o princípio da separação de poderes e os Estados Liberal e Social.

### ***2.1.1 Dos primórdios do Liberalismo a implementação do Estado Social***

Os primórdios do liberalismo estão fortemente atrelados a noção de liberdade individual, sem a qual nunca seria possível liberar-se das correntes do absolutismo, entretanto, essa noção hermética da necessária liberdade do indivíduo fez do Estado um verdadeiro vilão, o qual ia de encontro aos anseios da sociedade.

De acordo com Paulo Bonavides (2013, p.40), “...na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.”

A antinomia criada pelos primeiros doutrinadores do liberalismo marcou o norte desses estudos e foi a justificativa para a implementação da doutrina Liberal. A sociedade, nesse contexto, entendia ser necessário a existência de um ambiente no qual o homem gozava de inteira liberdade.

Fez-se cogente, todavia, organizar a liberdade dos indivíduos dentro do convívio em sociedade por meio de mecanismos, ou ainda regras, surgindo, dessa maneira o Estado de Direito. As primeiras noções o posicionavam na condição de servo ou mesmo, como preleciona Bonavides (2013, p.41), “...como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social.

Não deixaria o Estado de Direito, todavia, da forma que surgiu, de concentrar em si o poder e o ideal de soberania que lhe são peculiares, o que gerou, por outro lado, a preocupação em criar estruturas para conter seu exercício.

Destaca Paulo Bonavides que:

Foi assim – **da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção de *Estado de Direito***, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant. (Grifo nosso). (2013, p. 41).

Desta feita, o Estado de Direito se consagra como protetor da liberdade, não obstante encontrar-se aprisionado a um formalismo extremado e desprovido de substantividade e força criadora.



Esse cenário, durante a Revolução Francesa, é totalmente alterado, vindo à tona o direito natural da burguesia revolucionária, a qual assenta no poder o terceiro Estado.

Contudo, com o passar do tempo, o terceiro Estado, ou Estado Liberal, revelou sua arbitrariedade, expondo a população, mais uma vez, em relação ao domínio econômico, a um cenário de opressão e exploração do trabalho humano, além da formação de classes, em uma estrutura piramidal, nas quais foram estabelecidas, de forma nítida, um cenário de dominação, orientado do topo para a base, e a consequente formação de uma elite dominante e um proletariado dominado.

Nesse sentido, Bonavides explica que:

Em face das doutrinas que na prática levavam, como levaram, em nosso século, ao inteiro esmagamento da liberdade formal, com a atroz supressão da personalidade, viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade, um compromisso ideológico, um meio-termo doutrinário que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo das Constituições democráticas. Nestas, ao cabo de cada uma das catástrofes que ensanguentaram o mundo no presente século, testemunhamos o esforço de **fazer surdir a liberdade humana resguardada em direitos e garantias**. (Grifo nosso). (2013, p. 59).

Diante da crise fática e doutrinária da liberdade apregoada no estado Liberal, a qual não passava de apenas mais uma abstração ou um modelo ideológico, o novo desafio, haja vista as inúmeras desigualdades sociais existentes, era, como preceitua Paulo Bonavides (2013, p. 62), “a busca necessária de uma liberdade e de uma democracia esteada em postulados de justiça social e econômica”.

Ante a clara derrocada do modelo Liberal, o qual, na verdade, terminou por balizar a ascensão do poderio econômico e o renascimento de classes dominadoras, passou a existir a necessidade de se pensar um Estado que conseguisse garantir, além da liberdade, a justiça e a igualdade de forma efetiva e coletiva.

### ***2.1.2 O princípio da separação de poderes e sua inter-relação com o Estado Liberal e o Estado Social***

Até onde o princípio da separação de poderes “conserva no moderno Estado

Social sua valoração e quais as vicissitudes históricas e doutrinárias por que passou, em ordem a afiançar-lhe a sobrevivência na esfera do constitucionalismo contemporâneo”)? (BONAVIDES, 2013, p. 63)

Convém notar que este princípio nasceu dos anseios da sociedade ascendente em deixar para trás, de forma definitiva, qualquer fantasma da idade Média, do feudalismo e do absolutismo e de se sedimentar uma ideologia para concretização social imediata.

Ocorre que, as ideias que ganharam destaque na Revolução de 1789 foram as de liberdade, e não as de democracia. O mundo moderno exigia, todavia, uma ampliação dos fins do poder estatal com o conseqüente aumento de suas responsabilidades, crescendo, assim, os fins do Estado.

A separação de poderes, antes pilastra e dogma absoluto do Liberalismo, é, como ensina Paulo Bonavides:

... técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo.

Desde que o constitucionalismo entrou a envolver no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática. (2013, p. 65).

Bonavides resumiu a atual conformação do princípio em análise, visto que, embora tenha sido a separação de poderes a arma para libertação do absolutismo e também a primeira garantidora das liberdades individuais, não cabe mais, em um contexto de democracia efetiva, a justificação baseada somente na separação de poderes, haja vista que os poderes públicos possuem no Estado, de fato, a função de oferecer aos indivíduos uma gama maior e mais ampla de favores concretos.

Paulo Bonavides, indo mais além, acredita que:

É possível ir mais longe e, em abono da teoria de Montesquieu, afirmar que o princípio envolveu, no campo do constitucionalismo, de aplicação empírica e de interpretação assinaladamente restrita, para conceituação aprimorada, em que poderes, como aspectos diversos da soberania, se manifestam em

ângulos distintos, **abandonando-se, daí, expressões impróprias e antiquadas, quais sejam *separação e divisão*, substituídas por outras mais concretas, a saber, *distinção, coordenação e colaboração***. (Grifo nosso). (2013, p. 73).

Essas palavras refletem a visão dos tratadistas contemporâneos, os quais, paulatinamente, têm preferido o termo função ao termo poder, haja vista que as referidas funções marcham no sentido da integração, perdendo suas conformações puramente formais.

Nesse diapasão, reitera Bonavides que:

... a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação a personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade. (2013, p. 86).

O princípio clássico de Montesquieu não pode mais ser visto ou abordado, presentemente, como nos moldes de seu nascedouro, devendo ele acomodar-se nas configurações do Estado contemporâneo, restringindo suas proporções às finalidades constitucionais prescritas.

## **2.2 Conformação e Evolução do Estado Social na Constituição de 1988**

O Brasil, por ter sofrido uma colonização predominantemente europeia, apresenta, na sua codificação, fortes influências do Direito Romano, este base do Direito na Europa Continental.

Entretanto, somente após a independência, em 1824, o Brasil passou a adotar um sistema de constituições escritas, o qual vigora até os tempos atuais.

Marcus Vinicius Antunes (2003, p. 89), ao tratar das mudanças do Brasil pós 88, menciona que “... desde 1824, elementos da teoria liberal estão presentes nos textos – um arrolamento de direitos individuais, limitadores do poder estatal, os princípios de representação popular e democracia formal, autonomia dos poderes, propriedade privada”.

No que tange à Constituição de 1988, muito embora em seu texto não

contenha nenhuma norma que, de forma expressa, denomine o Estado brasileiro como um Estado Social, é assente o entendimento de que o princípio fundamental do Estado Social se encontra presente na Carta Magna brasileira, a qual, em seu preâmbulo informa que objetiva assegurar o exercício dos direitos sociais.

Leciona Marcus Vinicius Antunes que:

A Constituição de 1988 resulta de um “pacto pelo alto”, sendo precedida de uma forma especial de transição, sem ruptura real com a ordem jurídica. Isso explica, em parte, o caráter compromissório da Constituição, apesar da falta de definição ideológico/partidária no Congresso Constituinte.

As negociações deram-se muito mais pelas pressões pragmáticas de *lobbies*, sindicatos e outras representações, do que pela luta de ideias político-ideológicas de longo prazo, através dos partidos políticos. Assim, a Constituição é resultado de um compromisso assumido dentro desses parâmetros, expressando tendências contraditórias, mas com alto grau de imediatismo.

**Aos “progressistas” mais se deve a inclusão de normas principiológicas dirigentes, especialmente manifestadas no art. 3º da Constituição, impondo como dever do estado buscar erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, etc.** (Grifo nosso). (ANTUNES. 2003, p. 96).

A inclusão das normas de caráter social no rol dos direitos fundamentais consagrou o Estado brasileiro como um legítimo Estado Social.

Na mesma inteligência, expõe o Professor Bonavides:

Principia a fraqueza do novo Estatuto Político com a presença que nele teve o Estado, ao ministrar-lhe os pressupostos negativos concernentes ao processo constituinte, gerando os fatores inibidores do bom êxito de sua legitimação. Fatores estes, que toda a Opinião conhece, dentre os quais cumpre apenas assinalar o ato convocatório da Constituinte congressual e a ambiguidade dos seus poderes. Dessas medidas foram, porém, cúmplices, se não exclusivos autores, os que agora com mais sanha e aversão infamam a Carta, com o único objetivo de paralisar-lhe ou corroer-lhe a eventual eficácia. Fazem-no justamente em razão do **conteúdo social adiantado de certas disposições concretas, mediante as quais o País constitucional deu alguns passos avante**, sem embargo de quantos recuou em terreno sabidamente não menos importante. (Grifo nosso). (BONAVIDES. 2004, p. 155).

Vê-se, pois, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi produto de anseios e interesses diversos, mas que ainda assim conseguiu em seu corpo grandes avanços no campo social, consolidando no País um Estado Social de Direito, inserindo o Brasil no trilho das correntes constitucionais que rondavam a conjuntura

internacional.

Registra Paulo Bonavides em sua obra que:

A Constituição avança e testifica a modernidade quando faz do racismo, da tortura e do tráfico de drogas crimes inafiançáveis, quando estabelece o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*, quando reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais, quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar, quando valoriza a função do controle parlamentar sobre o executivo por via de comissões parlamentares de inquérito dotadas de poderes de investigação idênticos aos da autoridade judiciária, quando substitui o Conselho de Segurança Nacional, de triste memória autocrática, por dois novos conselhos de assessoria do Presidente da República no propósito de fazer mais eficaz, mais aberto e mais fiscalizado o sistema de defesa das instituições, **quando define os princípios fundamentais de um Estado social de Direito**, quando determina os princípios da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, a proteção dos índios, as conquistas da seguridade social. (Grifo nosso). (2004, p. 155).

Consolida-se no Brasil um Estado Social e Democrático de Direito e “... não parece pairar dúvida alguma sobre a preferência dos constituintes de 1987-88 pela defesa da democracia como essência, princípio maior do estado brasileiro. De início, o art. 1º da Constituição, antes de qualificar o Brasil como um estado de direito, o define como democrático, do ponto de vista formal, a nação brasileira é democrática, ou pelo menos tem o compromisso de busca da democracia”. (LIMA, 1993, p. 164).

A partir de um exame direto do texto constitucional vigente, nota-se que, em seu artigo 3º, ele elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
 II - garantir o desenvolvimento nacional;  
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988)

Acrescido a estes objetivos, encontra-se também o inciso que se refere a prevalência dos direitos humanos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]  
 II - prevalência dos direitos humanos; (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA  
 FEDERATIVA DO BRASIL. 1988)

Nas palavras de Nathália Ervedosa (2011. p. 30), “... ao designar finalidades a serem realizadas pelo Estado, o art. 3º do Texto Constitucional atribuiu legitimidade à formação do Estado brasileiro, atribuindo-lhe o elemento-fim. ”

Para a concretização desses objetivos, claramente de teores sociais, exige-se, uma atuação comissiva por parte do Estado, no sentido da realização de prestações positivas que levem a tal fim.

Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 12), entende que “... para atingir esses objetivos fundamentais [...] o Estado tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito. ”

Contudo, defende Marques Júnior (2014, p. 2) que “... de nada adianta a consagração de tais direitos se não houver a sua efetividade em nível de justiciabilidade. O papel estatal como agente promotor da justiça social através da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais na forma prevista pelo art. 3º-, inciso III da CF/88 é plasmado mediante a concretização dos direitos fundamentais sociais, em seus mais diversos matizes. ”

A Constituição brasileira sagrou, igualmente, em seu art. 1º, inciso III, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, este regente e norteador dos objetivos constitucionalmente estabelecidos, uma vez que, no cumprimento de tais fins, o Estado deverá buscar garantir aos cidadãos, assim como à coletividade, condições de existência digna.

Sem sombra de dúvidas, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é um texto repleto de normas que reforçam seu fim social e democrático, conferindo ao País contornos definitivos de Estado Social Democrático de Direito.

### **2.3 Estado Social e a Efetividade do Direitos Fundamentais**

O surgimento dos direitos fundamentais remonta ao século XVIII,

principalmente quando das declarações de direitos proclamadas no nessa época, entre as quais, a mais simbólica foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Explana Nabige que:

... Desde sua gênese, os direitos fundamentais passam por um processo de alargamento ou, talvez fosse melhor dizer, aprofundamento, que é representado pelas gerações ou dimensões. Assim, fala-se em direitos fundamentais de primeira geração, ligados à liberdade, direitos fundamentais de segunda geração, ligados à igualdade, direitos fundamentais de terceira geração, ligados à fraternidade de todo gênero humano e, até, de direitos fundamentais de quarta e quinta gerações. (2007, p. 20).

Alguns doutrinadores diferenciam os direitos humanos dos direitos fundamentais e há uma corrente que defende que aqueles decorrem da transformação dos direitos naturais, os quais, após seu reconhecimento como direito na ordem jurídica internacional, se tornam direitos humanos, haja vista a existência de um acordo geral, entre as diversas nações, de sua validade. Os direitos fundamentais, por sua vez, seriam os direitos naturais positivados no Estado soberano, posicionando, então, estes direitos em um degrau superior de existência e validade e conferindo a eles força normativa, enquanto dispositivos constitucionais.

Nesse mister, vale ressaltar também a extrema importância do princípio da dignidade da pessoa humana, que, nas palavras de Jorge Neto (2007, p. 27), “... é o fundamento de onde se irradiam todos os demais direitos fundamentais. É a própria razão de existir dos demais direitos fundamentais. Nada obstante, permanece como um conceito aberto.”

William Marques (2014, p. 2), posiciona os direitos fundamentais sociais “... como corolário da dignidade da pessoa humana”, sendo que, tanto as doutrinas como as jurisprudências pátrias, consideram a dignidade da pessoa humana princípio norteador dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana assegura, desta feita, que a definição dos direitos fundamentais conserve-se sempre aberta para ser locupletada de forma apropriada, assegurando a consecução do seu fim. Com isso, os indivíduos se encontrarão protegidos quando da atualização desse fim frente as modificações históricas, sociais e econômicas.

A questão do conteúdo impreciso dos direitos fundamentais é deveras relevante, haja vista que a sua concretização, que é de competência do Estado, obriga a este a criação de mecanismos, por meios de políticas públicas adequadas, que levem sempre em conta procedimentos democráticos, característica primordial de um Estado Social Democrático de Direito.

Já no que se refere às dimensões objetiva e subjetiva desses direitos, elas se relacionam, respectivamente, aos direitos fundamentais subjetivos dos cidadãos e aos de ordem objetiva da coletividade, havendo, também, uma relação de colaboração entre as dimensões, ou seja, o exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos, sua exigência, e sua modernização provocam o fortalecimento da sua dimensão objetiva e, quanto mais se ordena sua realização, mais o Estado se vê compelido a concretizá-lo e quanto mais o Estado os resguarda ou afiança o seu amparo, tanto mais os direitos subjetivos são exercidos.

São esses direitos, dentro dessa relação de complementaridade, no cumprimento das prestações estatais transindividuais, que determinam as políticas públicas.

O que seriam, porém, essas prestações estatais transindividuais? “Em verdade, os interesses transindividuais estão situados em uma esfera diversa dos direitos individuais.” (JORGE NETO. 2007, p. 46). Estes direitos transcendem aos direitos subjetivos e sua implementação, ou mesmo cumprimento, beneficiam uma gama incalculável de indivíduos.

Os direitos sociais estão intimamente ligados com essa dimensão transindividual. É que, além de assegurarem direitos subjetivos a determinadas prestações estatais, eles estabelecem objetivos e diretrizes de atuação ao Estado para a garantia e proteção de interesses coletivos difusos. (JORGE NETO. 2007, p. 46).

A configuração do Estado Social visa, dessa maneira, não a proteção de interesses individuais, e sim daqueles que favoreçam a coletividade, restando, entretanto, saber até que ponto podem ser exigidos estes direitos.

É o Estado Social, por sua vez, uma espécie de Estado dirigente, no qual os Poderes Públicos não se satisfazem em produzir somente leis ou normas genéricas, mas



encaminham efetivamente a sociedade para a obtenção de metas predeterminadas.

De acordo com William Marques:

Os direitos fundamentais sociais têm por escopo a garantia de condições mínimas de vida digna ao cidadão e à coletividade. Neste jaez eis que o art. 1º, incisos III e IV da CF/88 estabelece que a **República Federativa do Brasil apresenta como alguns de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, que não serão atingidos caso os direitos sociais venham ser menoscabados pelo Poder Público.** (Grifo nosso). (2014, p. 3).

Quanto à presença dos direitos fundamentais sociais no ordenamento pátrio, há tanto um rol expresso, como outros tantos implícitos na redação do texto constitucional e são eles invocados sempre e quando necessários a concretização do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Merecem eles, no entanto, um tópico específico, dada sua amplitude e importância para o tema em estudo.

## 2.4 Estado Social e os Direitos Fundamentais Sociais

Os direitos fundamentais sociais encontram-se intrinsecamente relacionados à formação do Estado Social Democrático de Direito, o qual nasce como alternativa quando do colapso do Estado Liberal.

A preocupação do modelo Liberal residia em definir e enquadrar, de maneira formalística, liberdade e igualdade, o que terminou por levá-lo a ruína, já que não resolvia ele os problemas das desigualdades sociais e econômicas entre os membros da sociedade.

Nesse mister, Nathália Ervedosa disserta que:

De fato, embora sejam atribuídos os desenvolvimentos econômico e tecnológico alcançados pela Revolução Industrial à aplicação da doutrina liberal, verifica-se que justamente as transformações na conjuntura socioeconômica acarretadas pela Revolução Industrial apontaram para a **necessidade de atuação cada vez mais efetiva do Estado na esfera econômica e social para compor conflitos de interesses de grupos e de indivíduos.** (Grifo nosso). (2011, p. 77).

De fato, passou a sociedade a cobrar do Estado uma posição, na qual ele, além de garantidor da liberdade e da igualdade, possibilitasse também, por meio de

ações positivas e intervencionistas, condições à existência humana.

Infere Nagibe de Melo Jorge Neto que:

A igualdade tutelada pelo Estado Liberal, contudo, era inteiramente passiva, e conformava-se com as diferenças de classes e de nascimento. Somente com o advento do Estado Social, muito embora essas ideias já estivessem presentes no pensamento de Rousseau ao proclamar que os homens nascem livres e iguais, é que a proteção à igualdade ganha tons mais veementes. **O Estado, além de assegurar a igualdade, passa a promovê-la como ideal de justiça distributiva. É a conquista da segunda fronteira, a fronteira dos direitos sociais ou direitos de igualdade.** (Grifo nosso). (2007, p. 31).

Há uma diferença no escopo dos direitos sociais e nos classicamente definidos como direitos de defesa. Estes correspondem ao período da doutrina Liberal e objetivavam resguardar a liberdade dos indivíduos das arbitrariedades estatais, já aqueles obrigam ao Estado a um agir e a prática de uma ação derivada de uma prestação positiva de natureza material ou fática em prol da coletividade.

Bernardo Fernandes assevera que:

Os direitos sociais constituem-se no segundo grupo integrador do conceito de Direitos Fundamentais, que, por mais que adicionem ao catálogo anterior (direitos individuais), são responsáveis por empreender uma releitura completa e radical, inclusive produzindo alterações nos significados destes. (2010, p. 461)

Por conseguinte, os direitos fundamentais sociais claramente albergam em si uma forte valoração principiológica, rompendo qualquer limite existente imposto pela hermenêutica tradicional para a interpretação das normas, tornando-se produtos de abstrações dos magistrados para garantir sua aplicação concreta.

Muito embora o marco dos direitos sociais no Brasil seja a Constituinte de 1934, foi na Constituição de 1988 que os direitos fundamentais sociais avançaram, tanto por constarem de forma explícita no texto de abertura da Lei Maior como por apresentar um dos seus títulos inteiramente dedicado a eles.

Entre os direitos fundamentais sociais constitucionalmente dispostos estão o acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados, nos aspectos físicos, morais e espirituais, abrangendo, desta feita, as

diversas necessidades dos indivíduos.

Marques Júnior, ao posicionar-se, leciona que:

... na contemporaneidade, os direitos fundamentais sociais, apresentam sua concreção materializada através de um papel protagonista desenvolvido por parte do Poder Judiciário, em atenção aos valores emergentes do neoconstitucionalismo inclusivo. Desta forma, revelam um nítido contorno garantista relacionado aos clamores emanados dos cidadãos. (2014, p. 7).

Há, todavia, aqueles que defendem que os direitos sociais não passam de normas programáticas, ou seja, normas que se referem e guiam questões internas dos órgãos políticos do Estado e que são insuscetíveis de controle de jurisdicional, a menos que contradigam manifestamente normas constitucionais.

Bernardo Fernandes expõem que:

[...] atribui-se à natureza das normas constitucionais sobre direitos sociais o status de normas programáticas que são normas de baixa efetividade demarcando muito mais planos políticos de ação em que o legislador e o administrador público deverão se comprometer que verdadeiras obrigações jurídicas concretas. (2010, p. 463).

Buscar-se-á, nos tópicos subsequentes, a desconstrução de tal pensamento ao esboçar-se, minuciosamente, as frágeis nuances dessa visão, enquadrando-a como anacrônica, ou mesmo antiquada, em comparação com as tendências do constitucionalismo coevo, ao tratar da questão da aplicabilidade do controle jurisdicional, nos casos concretos, em sede de direitos fundamentais sociais.

### **3 FUNDAMENTAÇÃO IDEOLÓGICA DAS CORRENTES TEÓRICAS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O primeiro grande desafio, aqui, será determinar o que são políticas públicas, já que nesta definição reside toda a problemática da questão do controle jurisdicional de políticas públicas.

Existem duas linhas, uma que defende sua plena aplicação, que, inclusive, já encontra abrigo nas Cortes nacionais, e outra que é contra até certo ponto e buscam evitar que sua prática se torne uma forma de usurpação de poderes, alvitando, ambas, a imperativa imposição de limites.

A fundamentação ideológica das correntes teóricas do controle jurisdicional de políticas públicas dialoga, ao mesmo tempo, com a reserva do possível, o mínimo existencial, a máxima efetividade e o princípio da proibição do retrocesso.

#### **3.1 Políticas Públicas**

Todos aqueles que objetivam dissertar sobre o controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais têm que, fatalmente, explicar, informando contornos e alcances, o que sejam as políticas públicas e, para ampliar ainda mais o entendimento do leitor sobre o tema, é imprescindível conceituar reserva do possível, mínimo existencial, máxima efetividade e o princípio da proibição do retrocesso.

Não era da ciência jurídica o dever de definir as políticas públicas, sendo estas mais afetas à ciência política, à sociologia ou à ciência da administração, porém, nas últimas décadas, a ciência jurídica, em especial a rama constitucional, começou a se preocupar com seus conteúdos e até a empregar o conceito.

Fábio Konder Comparato (1998, p. 44), ao delimitar o alcance das argumentações jurídicas de princípios e políticas, discorre que “... as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.”

Essa é uma noção muito tecnicista e imprecisa e pode, até mesmo, ser aplicada na diferenciação dos direitos fundamentais individuais e dos direitos fundamentais

coletivos.

Nesse diapasão, apreende-se que, há pouquíssimo tempo, foi introduzido no Direito a noção de política como programa de ação, o qual, na verdade, é produto do pensamento doutrinário hodierno e que, para Comparato (1998, p. 44), “... a primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões.”

A doutrina clássica, em sentido contrário ao disposto pela teoria moderna, não entende as políticas públicas como programas de ação, e sim oriundas de normas programáticas, as quais estabelecem metas e finalidades, devendo, nesta ordem, serem levadas a um nível adequado de efetivação, desde uma visão de que não passam elas de meras recomendações ou preceitos morais diretivos, descabendo, dessa forma, o controle jurisdicional de tais políticas ou, como eles denominam, dos programas político-legislativos.

Essa fundamentação não cabe no contexto do Estado Social, no qual há previsões jurídicas para a atuação do Judiciário quando o Legislativo ou o Executivo deixam de implementar, criar e aplicar políticas em prol da dignidade humana.

Começam, nesse esteio, a serem construídos os conceitos de políticas públicas.

É que a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

[...]

**A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõe, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.** (Grifo nosso). (COMPARATO. 1998, p. 45).

Políticas públicas aludem às atividades finalísticas estatais que dirigem o desempenho do Estado, por meio de programas de ação efetivos e concretos, para cumprir escopos constitucionais e que são, mais do que preceitos morais com eficácia ética-política, responsáveis pela real implementação dos direitos fundamentais sociais, sendo, assim, direitos exigíveis juridicamente.

Segundo Jorge Neto (2007, p. 51), “...o conceito de política pública está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais.”

Comparato elucida que:

Na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmegesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (*Lenkungsgesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Steuerungsgesetze*). (1998, p. 45).

Desta feita, “... as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si sós.” (GRINOVER, 2010, p. 13).

Volvendo à conceituação de políticas públicas, ou políticas estatais, haja vista as aqui apresentadas, infere-se que elas estão predispostas para a concretização dos fins, por meio de normas, atos e decisões, determinados na Carta Magna e que, neste intuito, podem englobar os três poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo.

### **3.2 Reserva do Possível**

Para implementar uma política pública é necessário, em primeiro lugar, que exista uma previsão orçamentária para tal finalidade e disponibilidade de recursos, sendo esta, em linhas gerais, a definição de reserva do possível.

Consequentemente, para a prestação dos direitos sociais, por parte do Estado, deve, antes, haver uma possibilidade material, qual seja a existência de verbas públicas.

Alguns autores defendem, contudo, que a aplicação de tais recursos para a viabilização dos direitos sociais se restringem à esfera da discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares.

Essa, porém, é uma visão absurdamente simplista, que deposita a responsabilidade de implementação dos direitos sociais exclusivamente nas definições

internas do Estado, isentando este de controle por parte do Poder Judiciário, o que impede os sujeitos de direitos de exigirem o cumprimento daquilo que lhes são minimamente razoáveis.

Preleciona Marques Júnior que:

... Na evolução histórico-jurídica dos direitos fundamentais sociais observa-se que a corrente mais hermética na sua efetivação (reserva do possível), paulatinamente cedeu espaço a uma relação simbiótica entre os direitos fundamentais de segunda dimensão e o axioma da dignidade da pessoa humana (teoria do mínimo existencial, cujo fundamento axiológico é a dignidade da pessoa humana). (2014, p. 2).

É, porquanto, a reserva do possível um dos principais argumentos utilizados pelo Poder Público para a não efetivação de determinadas políticas públicas em sede de direitos sociais, alegando, a miúdo, falta de verbas suficientes para adimplir os fins propostos na política em questão.

Verifica-se, neste viés, a relação existente entre a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade, uma vez que, quase sempre, acontece um embate entre princípios, quando a decisão envolve direitos sociais. Um exemplo comum é a proteção aos interesses da Fazenda Pública e a dignidade da pessoa humana, no entanto, não há como negar que os recursos financeiros são limitados e, por esse motivo, as políticas públicas devem se atentar a estas restrições para fazerem escolhas conscientes.

Ao analisar a reserva do possível, o julgador estabelecerá se os objetivos traçados para que a ofensa aos direitos fundamentais seja sobrestada são razoáveis e possíveis de serem atingidos pelo órgão público. Com o juízo de possibilidade, o julgador deverá analisar também se os objetivos por ele traçados são adequados, necessários e proporcionais para a concretização dos direitos fundamentais. Esses dois juízos, que são o segundo momento no controle das políticas públicas, ocorrem simultaneamente. (JORGE NETO. 2007, p. 166).

O pensamento de Nagibe de Melo Jorge Neto e de vários outros doutrinadores, entretanto, é visto por muitos como importação de pensamentos de uma realidade externa, alheia a nacional, e está baseado no direito alemão e na teoria da proporcionalidade defendida por Robert Alexy em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais (2011).

Acredita-se que estas alegações são radicais e xenófobas, porquanto, ainda

que o sistema jurídico brasileiro tenha importado conceitos e modelos de outras realidades, isso não desqualifica o teor das decisões pátrias que se fundam em preceitos constitucionais e que são produtos de uma ponderação de casos reais na conjuntura nacional.

Apreende-se, desta feita, que utilizar, em uma decisão, apenas o argumento da reserva do possível e colocá-lo no patamar de limitador, sem que nenhuma ponderação com outros princípios tenha sido realizada, revela uma postura tradicional por parte do magistrado e não se coaduna com a realidade, nem com os fins do Estado Social Democrático, e encontra-se, claramente, em decurso de defasagem.

Não seria a reserva do possível um limitador completamente ruim ou prejudicial, haja vista que, ainda que haja uma obrigação com a efetivação das políticas públicas e com os direitos sociais, é manifesto que o controle do orçamento estatal é um dos pilares do Estado.

Nesse diapasão, Ada Pellegrini se posiciona no sentido de que:

... o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (...). (2010, p. 24-25).

Não basta dizer que não há verbas, devem ser adotadas medidas para, em primeiro lugar, se obter os recursos, seja com a mudança da lei orçamentária ou utilizando-se dos valores destinados a outros fins menos urgentes ou prioritários.

Nagibe de Melo Jorge Neto salienta que:

De qualquer modo, essa solução não poderia ser imposta pelo julgador, que poderá facultar à autoridade pública a transferência de recursos orçamentários, a dispensa de licitação ou outros meios que facilitem a implementação da medida. **Dada a discricionariedade de meios, é o poder público que deve decidir como restabelecerá os direitos fundamentais ofendidos. Seja transferindo verbas da publicidade, seja transferindo verbas do turismo, a decisão será sempre uma decisão do poder público responsável por implementar a política pública.** (Grifo nosso). (2007, p. 169).



O ordenamento jurídico brasileiro se posicionou no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição.

Para Marques Júnior (2014, p. 21), a reserva do possível “... encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. ”

Estaria, dessa maneira, o mínimo existencial se sobrepondo a reserva do possível? Em que consiste o mínimo existencial?

Esses conceitos, na maioria das vezes, possuem pesos iguais nas deliberações do Judiciário, mas, para penetrar no cerne dos fundamentos do controle jurisdicional das políticas públicas em sede de direitos sociais, será feita uma apreciação meticulosa do conceito de mínimo existencial.

### **3.3 Mínimo Existencial**

O mínimo existencial, em linha gerais, pode ser definido como o acesso aos “direitos mais básicos e fundamentais para a existência humana”, ou ainda como o direito de uma vida digna, gozando de todos os direitos fundamentais sociais, sem os quais o princípio da dignidade da pessoa humana se encontraria comprometido, direitos estes indisponíveis, mínimos para a vida em sociedade de qualquer ser humano.

Ada Pellerini (2010, p. 18), na mesma inteligência, os considera “... direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um *núcleo central*, que assegura o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana. ”

Por sua vez, alguns doutrinadores creem que esta é uma visão desde um ponto de vista jusmoralista e não muito pragmática, sendo o papel do estado o de oferecer o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, que são as proteções às condições de garantia da vida humana, sem que haja nenhum acréscimo ou qualquer outra preocupação com a

dignidade dessa vida.

Essa linha, no que tange as conquistas no campo dos direitos sociais, representa um retrocesso e é uma leitura extremamente reducionista e simplória do mínimo existencial, devendo, pois, ser descartada em razão de sua estreiteza.

Destaca-se, ainda, que o direito às condições mínimas para a existência humana digna exige do Estado prestações positivas, sustentando Jorge Neto, a partir deste ponto, que:

O mínimo existencial apresenta-se muito mais como uma ideia conceitual ou um topos argumentativo que como uma regra concreta que assegure a intervenção do Poder Judiciário e a adequada efetivação de determinadas políticas públicas. Por mais esforço que se faça, por mais próximo que se chegue, **é impossível listar, de modo convincente, um conjunto de prestações materiais mínimas que o Estado estaria obrigado face ao cidadão por imposição do princípio a dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.**

Vê-se claramente que o mínimo existencial acaba por se relativizar em função do contexto sócio econômico, político e até mesmo cultural. (Grifo nosso). (2007, p. 172).

Essa relativização do conceito de mínimo existencial termina por deixar nas mãos do julgador sua definição, o que gera, de certa forma, uma extrema insegurança jurídica, visto que ele pode entender de formas diferentes para pessoas diversas a noção de mínimo, o que acaba por beneficiar uns e outros não ou beneficiar um grupo limitado em desaproveito de toda uma coletividade.

William Marques, a respeito do tema, suscita que:

Para além de uma eficácia programática das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais busca-se a força normativa do Texto Constitucional, mormente das normas definidoras de direitos sociais, diretrizes das políticas públicas estatais nas áreas de saúde, educação, moradia, lazer, previdência, trabalho e todas as outras intrinsecamente relacionadas a uma vida com dignidade, paradigma fundante do neoconstitucionalismo inclusivo. (2014, p. 22).

Ana Paula de Barcellos defende que:

... o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; **existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado** que se pretende, de um lado, democrático, demandando, a

participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (Grifo nosso). (2008, p. 230).

Arremata Nagibe de Melo Jorge Neto, ao inferir que:

Ao fim e ao cabo, o consenso acerca do que seja o mínimo existencial será determinado no âmbito de uma argumentação jurídica que, de modo mais ou menos efetivo, se insere ou deveria inserir-se na ética estabelecida pela teoria do discurso prático racional. De todas sorte, o conceito muitíssimo importante, eis que, no caso concreto, é possível alcançá-lo e delimitá-lo. (Grifo nosso). (2007, p. 173-174).

Nota-se, logo, que o mínimo existencial e reserva do possível estão em conflito permanente e que será árduo estabelecer, de uma maneira objetiva, qual deles, dependendo das circunstâncias, deverá prevalecer. Sugere-se, então, como medida para harmonizar a tensão entre ambos, a aplicação da proporcionalidade.

Ante o exposto, verifica-se que, em sede de direitos sociais, o mínimo existencial atrelado a dignidade da pessoa humana não pode ser visto somente caso a caso de forma isolada, visto que beneficiar um indivíduo em uma situação especial não pode prejudicar a sociedade como um todo, deixando o Estado, dessa maneira, de atender aos seus fins para proteger apenas àqueles que batem à sua porta.

Assim sendo, mais do que analisar caso a caso, como faz o Judiciário, a preocupação maior deveria ser, principalmente do Executivo e do Legislativo, a de encontrar mecanismos que funcionassem em prol de toda a sociedade.

Conclui-se, todavia, que não seria justo relegar a demarcação desse mínimo existencial ao Judiciário no âmbito dos casos concretos, visto que isso significaria deixar exclusivamente nas mãos dos juízes uma decisão que também cabe aos poderes Executivo e Legislativo.

Para Bernardo Fernandes:

... contra tal postura “ativista” assumida pelo Judiciário não se quer defender um “passivismo”; mas sim deixar claro que sempre haverá uma finitude do recursos públicos, que não pode ser desconsiderada. Além disso, os magistrados acabam com suas decisões “heroicas” olvidando-se da racionalidade comunicativa (democrática) de suas decisões. Mesmo que o façam tomados pelas melhores das intenções, isso não é suficiente, e as mesmas carecerem de legitimidade. Apenas a abertura para discussão em espaço institucional próprio – e este nem de longe é o Judiciário – a questão

pode receber melhores contornos e delineamentos. (2010, p. 469).

Quais seriam, então, os limites para a atuação do Judiciário e como os demais poderes poderiam se impor e definir um conjunto básico de direitos capazes de garantir as necessidades essenciais dos membros da sociedade?

Pretende-se, neste trabalho monográfico, encontrar respostas, ou pelo menos oferecer alternativas para esses questionamentos.

### 3.4 Máxima Efetividade e o Princípio da Proibição do Retrocesso

A teoria da máxima efetividade consiste em verificar se determinado direito social está presente na Constituição e, caso sim, atribuir a ele total exigibilidade pela via judicial.

O princípio da proibição do retrocesso, ou princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, dispõe que os direitos sociais assegurados na Constituição não poderão ser abolidos por meio de emendas constitucionais ou mesmo pela legislação infraconstitucional.

A corrente da máxima efetividade confere ao Poder Judiciário inúmeras prerrogativas e tem se tornado bastante convidativa no âmbito doutrinário. Por outro lado, nela residem certos entraves, já que alguns direitos sociais não podem, simplesmente, serem resolvidos por meio do Judiciário, por mais efetivo que ele seja.

Recorda-se, ademais, que o Judiciário não poderá, em nenhuma hipótese, se sobrepor aos demais, no sentido de afrontá-los ou subjugá-los, devendo funcionar de forma cooperada.

Preleciona William Marques que:

De acordo com essa teoria, a atuação estatal na realização dos direitos fundamentais sociais deve orientar-se pela máxima Efetividade do Texto Constitucional, optando-se pela interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais. **Incumbe ao administrador público, e, em sua omissão ao juiz, envidar esforços na máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais sociais.** (Grifo nosso). (2014, p. 26).

É dever do administrador público, em suas atribuições, a busca da

interpretação que mais se encaixe e que melhor eficácia confira às normas constitucionais para, assim, atingir a máxima efetividade. Este princípio também é conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva.

Depreende-se que a máxima efetividade poderá ser apreendida por meio da atribuição de significado, o de maior eficácia, a uma norma constitucional, funcionando como uma espécie de princípio “coringa” em relação a todas e quaisquer normas. Muito embora tenha ela suas origens nas teses atuais de interpretação constitucional, já possuem ampla aplicação no campo dos direitos fundamentais sociais e cumpre evidenciar que:

À luz da força normativa do texto constitucional a efetividade dos direitos sociais é um processo ascendente, com muitos desafios no plano futuro, que só obterá avanços significativos com uma mudança nos paradigmas jurídico-hermenêuticos tradicionalmente norteadores da eficácia das normas constitucionais, através da superação de teorias ultrapassadas, utilizando-se a democratização das políticas públicas necessárias à sobrevivência dos seres humanos em uma sociedade brasileira ainda bastante desigual e injusta que necessita efetivar os clamores do neoconstitucionalismo inclusivo através da missão social do Poder Judiciário. A máxima efetividade exerce caráter instrumental na interpretação constitucional. Por meio desta teoria, o dever ser que impregna a eficácia dos direitos sociais, se impregna de eficácia e deverá converter-se no ser (em seu estado de realização máxima e não apenas potencial). (WILLIAM MARQUES. 2014, p. 27)

Vale mencionar que a máxima efetividade é antes de tudo dever do administrador e do legislador, não podendo emanar do Judiciário em si, uma vez que a principal característica deste poder é agir somente sob provocação, restando a ele, portanto, a missão de proteger e resguardar essas normas, em um segundo plano de atuação, somente quando não seja feito de forma alguma pelos poderes diretamente responsáveis.

Em relação ao princípio da proibição do retrocesso, Bernardo Fernandes disserta que:

... para boa parte da doutrina o princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos sociais já constitucionalmente assegurados não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão. (2010, p. 469-470)

Implícito a este conceito está a noção de conteúdos positivos e negativos, nos quais aquele faz alusão ao comprometimento do legislador de, “ao elaborar os atos normativos, respeitar a não supressão ou a não redução, do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já tenham alcançado por meio da normatividade constitucional e infraconstitucional [...]”. (FERNANDES. 2010, p. 470).

O conteúdo positivo, a sua vez, refere-se ao dever dos Poderes públicos de se conduzirem pelos direitos fundamentais sociais para efetivação destes. A finalidade dele é modificar as desigualdades fático-sociais e, como bem menciona Bernardos Fernandes (2010, p. 470), “não se trata de mera manutenção do *status quo*, mas, conforme a doutrina mais avançada, de imposição da obrigação de avanço social.”

Passada essa exposição acerca da fundamentação ideológica das correntes teóricas do controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais, que, posteriormente voltarão a ser mencionadas, destaca-se que todas as discursões ao redor do tema, direta ou indiretamente, tangenciam os pontos aqui elencados, de sorte que é de extrema relevância a apreensão destes tópicos para o entendimento dos pontos que serão analisados em seguida.

## **4 ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SEDE DE DIREITOS SOCIAIS**

O controle jurisdicional de políticas públicas apresenta diversas limitações e problemas de ordem conceitual e não é, por essa razão, aplicado de forma plena e irrestrita no Brasil, o que justifica o tema continuar sendo objeto de estudos e debates nas academias e nos tribunais.

De sorte que, isso decorre, principalmente, do fato de não se encontrarem definições, por meio de critérios objetivos, para os conceitos que envolvem esta temática, faltando a ela inúmeros estudos, interpretações, assim como a análise de casos concretos para adequar as políticas públicas em sede de direito sociais aos anseios da sociedade que emerge dentro de um quadro de constantes mudanças socioeconômicas e culturais.

Aspira-se, portanto, alargar cada vez mais esse debate, oferecendo, para tanto, o contraponto entre os argumentos favoráveis e desfavoráveis e os ideais de limites, assim como a evolução jurisprudencial do tema nos últimos anos, além de traçar um paralelo entre a juridicização da política e a politização do Judiciário desde uma visão da Ciência Política,

### **4.1 Posicionamentos Favoráveis e Desfavoráveis e a Questão dos Limites**

Antes mesmo de começar a expor as duas vertentes, é importante assinalar que há em ambas um ponto de concordância, qual seja o da premente necessidade de impor limites à atuação do Judiciário.

Nesse aspecto, todos concordam que o papel do Judiciário, no âmbito do controle de constitucionalidade das políticas públicas, deve ser abalizado, de preferência com contornos claros e objetivos, e, desta feita, determinar quais seriam as fronteiras jurídicas dessa atuação.

Em relação a essas limitações, Nagibe de Melo Jorge Neto (2007, p. 159) estabelece dois fatores fundamentais: “... de um lado, as possibilidades materiais dos poderes públicos, de outro, as possibilidades do discurso que se desenvolve no processo.”

A medida essencial dessas possibilidades é que determinará as limitações ao

controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Presume-se que, em verdade, os posicionamentos, sejam eles favoráveis ou desfavoráveis, não se referem, por si só, à possibilidade ou à impossibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, e sim aos moldes e às maneiras que ele deveria ou poderia ser feito.

Deve-se, neste viés, cuidar para que não ocorra uma invasão nas demais esferas de poder e, inclusive, ter a preocupação de saber quais serão os resultados dessas ações, sempre e quando se referirem aos direitos fundamentais sociais.

Fábio Konder Comparato, ao avaliar a evolução dos papéis dos três Poderes consagrados na Lei Maior, discorre que:

Seja como for, a passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação dos poderes estatais. Classicamente, ela se funda na supremacia incontestável da lei sobre todas as demais manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre do Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Ao demais poderes – o executivo propriamente dito, na parte administrativa, o Judiciário, em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo.

**Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções, e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental.** (Grifo nosso). (1998, p. 43-44).

Fábio Konder Comparato (1998), Ao tratar da transição do Estado Liberal para o Estado Social, colocou em xeque não só a clássica divisão de poderes, mas também sua utilidade no Estado hodierno.

Paulo Bonavides (2013), do mesmo modo, questionou a separação de Poderes nos moldes de Montesquieu, alegando que, mais do que Poderes, são eles funções que devem trabalhar de forma cooperada almejando alcançar as finalidades propostas pelo Estado Social.

A Constituição de 1988, doutrinariamente qualificada como dirigente, encerra na sua base os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.



Estes fundamentos, as normas dispostas no texto e os princípios, implícitos e explícitos, fizeram nascer na Justiça a ideia de que, além da condição de salvaguarda da Carta Magna, é ela também a responsável pela gerência da Moral Pública.

Essa parece, todavia, ser uma conclusão precipitada, embora justificável, haja vista o ativismo judicial tão presente, hoje, nas Cortes nacionais e na constante inserção de pontos de vista morais e de “valores” nas jurisprudências.

Por outro lado, argumenta Ana Paula de Barcellos que:

A Constituição de 1988 ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados ao tema.

[...]

Imaginar que cabe ao direito ordinário preencher de sentido as disposições constitucionais, em toda sua extensão, como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou o administrador pudessem livremente dispor a respeito do seu conteúdo, subverte a relação hierárquica existente entre a Constituição e a ordem jurídica geral. **A que estarão vinculados Legislativo e Administração, afinal, se não aos objetivo e fins constitucionais?** (Grifo nosso). (BARCELLOS. 2008, p. 138-139).

Exerceria o Judiciário o papel de elo final entre a Constituição e seus reais propósitos, colocando-se como guardião do autêntico significado da Lei Fundamental, a qual não poderia ser interpretada e aplicada de qualquer forma pelo Legislativo e pelo Executivo.

Apesar disso, questiona Ingeborg Maus (2000, p. 187), se “... não será a Justiça, em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”

Não entendendo dessa maneira, volve-se, mais uma vez, para a questão dos limites ao controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direito sociais, cabendo a eles a tarefa de arbitrar a relação entre o referido controle e as Políticas Públicas, visto que, na consolidação de um Estado Social Democrático de Direito, “... a democracia nunca é o fruto de uma evolução natural e inelutável da sociedade política. Ela se institucionaliza, muito ao contrário, ao longo de incessante e penoso trabalho de modelagem das instituições políticas, em defesa da dignidade humana.” (COMPARATO. 1998, p. 48).

A Justiça, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não pretende concentrar em si todo o poder, ao contrário disso, ela objetiva expandir e permitir que os direitos fundamentais sociais alcancem uma gama cada vez maior de indivíduos.

Gilmar Ferreira Mendes cita em seu livro, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* (1998), o fenômeno da transmutação, o qual verte as ocorrências que são frequentemente avaliadas como de natureza política em situações jurídicas, o que importa na possibilidade de controle jurisdicional destas, já que, uma vez jurídicas, serão passíveis de provocação no judiciário.

Em relação a essa questão, nota-se o aumento do número de casos no judiciário que versam sobre políticas e que são passíveis de controle jurisdicional, dada a própria conformação das políticas, uma vez que são elas compostas de atos e normas.

Contudo, existem certos pontos que devem ser atingidos, no que se refere a determinação de políticas públicas em sede de direitos sociais, que estão fora da esfera de atuação do Judiciário e que não podem, conseqüentemente, serem ditados ou alterados em decisões judiciais, a menos que haja nelas evidente inconstitucionalidade.

De acordo com Nagibe de Melo Jorge Neto:

**Quanto mais abrangente for a meta a ser atingida, tanto mais discricionário será a escolha dos objetivos.** Assim, por exemplo, na esfera federal, no que diz respeito à condução da política macroeconômica, é impossível ao Poder Judiciário afirmar, com razoável grau de certeza, qual a melhor política para o desenvolvimento econômico do país: se a economia de recursos com fins de gerar um superávit primário capaz de diminuir o endividamento do país ou o endividamento com vistas à implementação de obras de infraestrutura.

Nas esferas regionais ou locais, contudo, a discricionariedade do legislador ou do administrador público pode diminuir significativamente. É o caso, por exemplo, da liberação de recursos da União para um programa de alfabetização de adultos em convênio com alguns municípios. O critério de eleição dos municípios há que ser objetivo e não meramente político partidário. (Grifo nosso). (2007, p. 160).

Há programas de ação que, por mais que sejam objetos do controle jurisdicional, dificilmente serão resolvidos dessa maneira, seja pelo grau de especificidade ou porque requer um conjunto coordenado de ações elaboradas por pessoas capacitadas em um contexto racional que vai além de exigências individuais perante um Tribunal.

Alega-se, com certa frequência, que o controle jurisdicional é imprescindível, dado um déficit de conhecimento jurídico dos Parlamentares, os quais, ainda que representantes do povo, legitimamente eleitos, não possuem instrução jurídica adequada, embora sejam eles os responsáveis pela elaboração das leis.

Isso parece um contrassenso, porém não cabe a eles somente a elaboração das leis, mas também a criação e execução de políticas públicas em harmonia com a Constituição, o que exige deles amplos conhecimentos, além do jurídicos.

Conclui-se que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem funcionar de forma coordenada, na qual cada um fornece ao outro, por meio de seus conhecimentos e esferas de atuação específicos, condições para implementação e aplicação das metas constitucionais, mas que continua sendo dever do Judiciário, uma vez que seja devidamente provocado, verificar a adequação dessas políticas.

A despeito dessa verificação realizada pelo Judiciário, é sabido que “... uma justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos.” (MAUS. 2000, p. 197).

Ressalta-se, nesse ponto, a importância da fundamentação legal válida para a realização do controle constitucional das políticas públicas, tanto no âmbito das condições de ação como no da resolução do mérito. Além disso, é imprescindível a discussão acerca dos limites desse controle.

Nessa inteligência, propõe Nagibe de Melo Jorge Neto que:

**Os limites ao controle de políticas públicas são estabelecidos fundamentalmente por quatro fatores:** em primeiro lugar é necessário saber se há, de fato, **ofensa a direitos fundamentais determinada pela política pública**. Em alguns casos, é impossível dizer se existe ou não ofensa. [...].

O segundo fator é a **discricionariedade de meios**. Embora o Poder Judiciário possa determinar a cessação da ofensa mediante a execução de uma política pública, não poderá dizer qual especificamente o meio que deverá ser utilizado.

O terceiro fator é a **reserva do possível**. A reserva do possível é uma escusa legítima para o cumprimento e determinações judiciais, mas há que ser feita de modo adequado.

O **mínimo existencial** é outro fator importante, eis que, quando estiver em risco, a intervenção do poder Judiciário será sempre obrigatória, além de possível. (Grifo nosso). (2007, p. 161).

Já para Ada Pellegrini Grinover:

[...] Tais limites são: i. **a restrição à garantia do mínimo existencial**; ii. **a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público**; iii. **a reserva do Possível**;

A estrita observância desses limites, assim como o correto entendimento do que sejam políticas públicas, é necessária e suficiente para coibir excessos do Poder Judiciário. (2010, p. 35).

Torna-se evidente, por conseguinte, nos dois ideais de limites aqui expostos, os pontos de interseção, os quais realçam a importância da necessária ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, incluindo o conhecimento do conteúdo das políticas públicas, para saber se o Poder Judiciário poderá, de fato, realizar o controle jurisdicional das políticas públicas em sede de direitos sociais.

É temível que o Judiciário, na posição de intérprete da lei, olvide-se desta e, no anseio de oferecer à sociedade prestações positivas úteis e eficazes, passe a valer-se de “conceitos de teor moral como ‘má-fé’, ‘sem consciência’, ‘censurável’, que nem sempre são derivados de uma moral racional, mas antes constituem representações judiciais altamente tradicionalistas [...]”, (MAUS. 2000, p. 190).

Essa postura implicaria na incorreta atenção aos direitos fundamentais sociais, norteadores do controle aqui abordado, transformando estes em produtos de decisão judicial fixados caso a caso, quando, na verdade, são eles destinados à coletividade e não somente aos casos específicos.

Nesse aspecto, concorda-se com Ana Paula de Barcellos:

... é importante não transformar a questão em uma falsa escolha entre dois extremos. **Não existem apenas duas opções radicais: a colonização total da política pelo direito ou a absoluta ausência de controle jurídico em matéria de políticas públicas.** Existem possibilidades intermediárias de controle aguardando desenvolvimento. (Grifo nosso). (2008, p. 158).

Lembrando que a Carta de 1988, por si só, juridicizou diversos temas, tanto ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º CF), como ao definir os direitos sociais que deveriam ser atendidos e respeitados. Assim que, a imprudência que qualquer teórico considere nessa escolha não modifica o fato da sua

existência e, uma vez estando esses objetivos e normas presentes no escopo das políticas públicas, também se sujeitarão ao controle jurisdicional.

O Direito precisa reconhecer que há um limite para sua atuação, no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas, mas que isso não significa que ele restará excluído, e sim que ele será legitimado, por meio da definição de fronteiras, para realizar esse papel.

Constata-se, pois, que o mais importante e até mesmo útil, quando do estudo deste tema, não é buscar argumentos favoráveis ou contrários, e sim oferecer opções, alternativas e soluções.

#### **4.2 A Abordagem nos Tribunais Brasileiros**

Diversos Tribunais já se manifestaram acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em relação a implementação de políticas públicas em sede de direitos sociais. É, no entanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) o mais representativo, visto ser ele a “Corte Máxima” quando a questão versa sobre Direito Constitucional.

Sob esse fundamento, colaciona-se a Ementa da ADPF 45-9 – Distrito Federal – que foi representada pela decisão monocrática do Ministro Celso de Mello:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA **LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À **EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS**. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "**RESERVA DO POSSÍVEL**". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "**MÍNIMO EXISTENCIAL**". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (Grifo nosso). (STF – ADPF 45-9 – Distrito Federal. Relator: Min. CELSO DE MELLO. DJ DATA-04/05/2004, p. 12 – Julgamento: 29/04/2004).

Em suma, a decisão do Ministro Celso de Mello considera a ação constitucional em análise ferramenta idônea e apta a promover a materialização das políticas públicas, mas somente quando estas sejam inadimplidas, total ou parcialmente, por aqueles que possuem o dever legal de instituí-las e, nesse sentido, complementa ele:

... Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que **não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais** - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, **sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional**: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. (Grifo nosso). (STF – ADPF 45-9 – Distrito Federal. Relator: Min. CELSO DE MELLO. DJ DATA-04/05/2004, p. 12 – Julgamento: 29/04/2004).

Embora não seja do STF, de forma ordinária, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, já que tal incumbência é, primariamente, dos Poderes Legislativo e Executivo, ele demonstra entender, em seus julgados, que, em situações extraordinárias, poderá esta função ser adjudicada ao Poder Judiciário.

Não obstante, isso somente deve ocorrer quando os órgãos estatais competentes deixarem de desempenhar seus papéis político-jurídicos e isto venha a afetar a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos que possuam conteúdo tipicamente constitucional, mesmo que provenientes de disposições revestidas de conteúdo programático.

O ministro Celso de Mello, insere, ainda, em seu raciocínio determinadas premissas, quais sejam a reserva do possível e o mínimo existencial e acredita que deve haver uma ponderação entre elas.

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em**

**tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.** Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Grifo nosso). (STF – ADPF 45-9 – Distrito Federal. Relator: Min. CELSO DE MELLO. DJ DATA-04/05/2004, p. 12 – Julgamento: 29/04/2004).

Em outro julgado, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, deferiu, em parte, a petição do estado de Alagoas que pleiteava a suspensão de Tutela Antecipada, (Processo STA 91 AL. Relatora: Min. PRESIDENTE Ellen Gracie. Publicação: DJ 05/03/2007, p. 165-167 – Julgamento: 26/02/2007), com o fim de suspender a decisão outorgada em ação civil pública que obrigou ao estado o fornecimento de medicamentos ao tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

Segundo a Ministra Ellen Gracie, a regra do artigo 196 da Constituição, quando afiança o direito à saúde, “... refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas” (Processo STA 91 AL. Relatora: Min. PRESIDENTE Ellen Gracie. Julgamento: 26/02/2007. Publicação: DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167).

Como se vê, o estado de Alagoas, não poderia inviabilizar o sistema público de saúde ao fornecer os recursos à reabilitação de apenas uma pequena parcela dos cidadãos, visto que, com a antecipação da tutela jurisdicional para que o estado forçosamente proveja os medicamentos exigidos, estaria, com certeza, diminuindo a possibilidade de serem ofertados serviços básicos à uma grande parte da população.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal, a depender do caso, pode adotar posturas diferentes, desde que em todas elas estejam sendo atendidos os fins constitucionais, sem perder de vista a unidade do Direito, uma visão global do Estado e da sociedade.

Nos Tribunais Regionais, há também posicionamentos díspares, no sentido de que, dependendo do caso concreto, sob o prisma da efetivação dos direitos fundamentais sociais e respeitando as premissas do mínimo existencial e da reserva do possível, poderá o Judiciário atuar na omissão administrativa e legislativa.

No julgamento da Apelação Cível de número 152.329.5/4.00, o Tribunal de São Paulo decidiu que “... a omissão administrativa pode ser enfrentada pelo Judiciário, em decorrência do controle que este exerce sobre os atos administrativos, não se tratando de interferência na atividade do Poder Executivo”.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a Rel. Desa. Suimei Meira Cavallieri, suscitou, no julgamento a Ap. cível de número 2006.001.32130, que:

... A Constituição da República assegura o direito à saúde e prevê, em contrapartida, o dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas, de viabilizar o acesso universal igualitário a serviços e ações para sua proteção e recuperação (art. 196). Para tanto, **os recursos públicos, já tão escassos, devem ser destinados a pessoas hipossuficientes economicamente, a fim de atender ao maior número de necessitados e de forma igualitária, como determina a Lei Maior. Desse modo, o Poder Público, cumpre seu papel quando assegura o mínimo existencial sob o limite da reserva do possível.** (Grifo nosso). (AP. Cível. 2006.001.32130, Rel. Des. Suimei Meira Cavallieri, j. 02/08/2006. Julgamento: 02/08/2006).

Verifica-se que, na fundamentação de todas essas decisões, são utilizadas as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, procurando, dessa forma, atingir a máxima efetividade, sem que o Judiciário voluntariamente adentre nas esferas dos demais poderes, e sim somente após provocação e haja, de fato, razões legais para isso.

Conclui-se que, nos Tribunais Brasileiros, assim como na doutrina, o grande desafio é saber o que se pode exigir do Estado em matéria de direitos sociais e quais os limites para, a partir de então, conseguir refletir no controle jurisdicional das políticas públicas a busca pela maior eficácia das normas constitucionais, sem, contudo, impor ao Estado sanções tão graves que possam afetar suas receitas, bem como privilegiar uma minoria em desfavor da coletividade.



### 4.3 Paralelo entre a Juridicização da Política e a Politização do Judiciário desde uma visão da Ciência Política

Diante do surgimento de uma nova ordem, alvitre do controle jurisdicional de políticas públicas em sede de direitos sociais, passaram a ser discutidos dois relevantes pontos: a juridicização da política e a politização do Judiciário.

A abordagem deste capítulo, entretanto, será feita sob o ponto de vista da Ciência Política, a qual, diversamente da perspectiva jurídica, atenta mais para a verdade efetiva das coisas, do que para os fundamentos normativos e como ensina Maria Tereza Sadek:

... valoriza-se, pois, as relações concretas; o poder; o processo de construção de um ator político; os recursos de poder disponíveis e sua utilização pelos diferentes atores e instituições; as relações, as resistências e os confrontos com os demais atores; enfim, **o jogo de forças entre os distintos atores em uma determinada arena pública.** (Grifo nosso). (2013, p. 2).

Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em uma aula inaugural na Faculdade de Direito da PUC (Pontifícia Universidade Católica) do Rio de Janeiro, no dia 21 de fevereiro de 2014, defendeu uma urgente reforma política no País, alegando que a expansão do Judiciário nas decisões da vida pública brasileira decorre da escassez de políticas apropriadas (UOL online).

É notório, nos últimos anos, que os agentes da Justiça, com destaque para os ministros de tribunais superiores, tornaram-se figuras mais populares. Isso marca, de certa forma, a presença destes na arena pública. Deixaram os magistrados de atuar apenas na resolução de conflitos entre as partes, passando eles a participar nas questões corriqueiras da sociedade e nas políticas públicas.

A título de exemplo, cita-se a imposição da fidelidade partidária, a decisão quanto ao direito de greve dos servidores públicos, a proibição do nepotismo no setor público, a permissão do casamento e da união estável entre pessoas do mesmo gênero sexual, a restrição em relação ao uso de algemas, a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, arbitragem do uso de células-tronco, a demarcação das reservas indígenas, entre outros.

O Poder Judiciário vem fazendo uma espécie de “reforma em pedaços”, o que, obviamente, não é saudável, haja vista ser essa a função e o escopo do Congresso Nacional, mas este vem omitindo-se, cada vez mais, de realizar essa reforma.

Em um claro contexto de ativismo judicial, o que engloba o conceito de politização do Judiciário, busca este Poder proteger as minorias, que, na maioria das vezes, não podem contar com um processo político majoritário e é privada, por essa razão, de seus direitos fundamentais.

Sob essa óptica, seria difícil deparar-se com uma questão de relevante interesse social que impacte na vida coletiva, sem que haja existido o posicionamento do Judiciário a respeito. Isso advém, entretanto, do fato de que as pessoas, hodiernamente, confiam mais nessa esfera de poder, do que nas demais e perceberam que, através dela, muitas questões podem ser resolvidas.

É importante não perder a noção de democracia, a qual ainda consiste em um sistema de governo regido por leis que limitam as competências dos detentores do poder e garantem direitos.

Embora essa definição pareça típica de um modelo liberal, ela se refere às bases do Estado Democrático de Direito, evitando que o magistrado, no lugar de intérprete da lei, se considere a própria lei. Sendo assim, afirma Ingeborg Maus que:

... mesmo quando a Justiça – em todas as suas instâncias – decide questões morais polêmicas a partir de pontos de vista morais, pratica deste modo a ‘desqualificação’ da base social.[...] Somente **quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial.** (Grifo nosso). (2000, p. 201).

Não seria essa, pois, a ideia da juridicização da política?

A juridicização ocorreria quando qualquer fato social relevante fosse transformado em objeto de controle pelo Judiciário sob a escusa de que valores morais foram afetados. Ou ainda, especificamente referindo-se ao caso brasileiro, utilizar a Constituição, que permite uma gama enorme de interpretações e a extração dos mais variados princípios, explícitos e implícitos, para fundamentar tal intervenção.

Facilmente, todo e qualquer assunto consegue ser encaixado como de

Direito Constitucional, em especial àqueles que relacionam-se ao mínimo existencial a à dignidade da pessoa humana.

Há quem sustente que o reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais significaram uma grande revolução e consolidou o corrente Estado Social Democrático de Direito, ordenando, a partir de então, políticas afirmativas manifestadas na ideia de que cabe à lei e também ao poder público intervir nas desigualdades concretas, objetivando uma justiça distributiva.

O Judiciário, segundo tais parâmetros, representa uma força de emancipação. É a instituição pública encarregada, por excelência, de fazer com que os preceitos da igualdade estabelecidos formalmente prevaleçam na realidade concreta. Assim, **os supostos da modernidade, particularmente a liberdade e a igualdade, dependem, para se materializarem, da força do Judiciário, de um lado, e de outro, do acesso à justiça, das possibilidades reais de se ingressar em tribunais.** (Grifo nosso). (SADEK. 2013, p. 10).

Acontece que, concebeu-se a imagem de que, por meio do Judiciário, toda e qualquer pretensão, principalmente aquelas em sede de direitos sociais, pode ser alcançada, o que tem gerado inúmeros problemas.

Na grande maioria das vezes, a autoridade pública nega-se a implementar as opções constitucionais na matéria, sob o pretexto da necessidade de uma decisão judicial acerca do assunto, ou alegam que, no cumprimento de decisões judiciais anteriores, foram gastas todas as verbas destinadas a consecução de tal fim.

Outro grande óbice, é a realidade socioeconômica, educacional e cultural da grande maioria do povo brasileiro, na qual muitos se encontram em situação de extrema pobreza e isso se reflete na autonomia dos indivíduos, quando da participação deles no processo democrático, dificultando o funcionamento do controle jurisdicional.

É um fato, além disso, que a corrupção, a ineficiência e a defasagem da administração pública e o clientelismo amofinam a idoneidade das políticas públicas de alcançarem seus alvos: os direitos fundamentais sociais.

Qual seria, então, a fronteira entre o Direito Constitucional e a Política?

De acordo com Ingebog Maus:

... A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta

corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de **Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos.** (Grifo nosso). (2000, p. 192).

Ou, segundo Ana Paula de Barcellos:

... deve-se reconhecer a necessidade de contenção daquilo que se poderia denominar de **‘messianismo’ jurídico**. Exatamente por força do ambiente político e social dos países em subdesenvolvimento (de que o Brasil é um exemplo), **a frustração e a impaciência com o ritmo e os frutos do processo democrático ordinário podem conduzir ao desprezo – ainda que velado – por esse processo, capaz de alimentar a tentação de malversar o direito para transformá-lo em instrumento de afirmação da concepção política do intérprete.** (Grifo nosso). (2008, p. 159).

Em um Estado Social Democrático de Direito, Política e Direito são inseparáveis, não há política que não seja voltada a consecução dos fins constitucionais, uma vez que estes são de tal maneira abrangentes, que conseguem tangenciar todos os pontos de relevante interesse social. O Direito, por sua vez, não foi projetado para existir somente nas letras das leis ou nos códigos, ele é vivo e atuante e caminha lado a lado com a política, ainda que apresentem eles interesses diversos.

Claro que **a política não se submete aos limites da ética**, porque a conquista do poder e a sua manutenção constituem, com certeza, um campo de guerra e não tem como ser diferente. **Mas é claro que ela pode ser limitada pelas normas do Direito** e pelas aspirações de Segurança que rondam o habitat da vida social.

Em face das conquistas da técnica e da clarificação das consciências, penso que, nos dias de hoje, **a política poderia ser um pouco diferente. Deveria estar prioritariamente voltada para o homem, para as suas necessidades e para a superação das misérias sociais, que desafiam a paz e a busca dos Direitos Humanos.** (Grifo nosso). (MACEDO. 2012, p. 123).

Achar natural que as decisões políticas emanem do Poder Judiciário é, sim, um erro, mas não é nenhum absurdo, haja vista continuar o Legislativo silente frente as misérias e penúrias sociais, o que não pode continuar existindo. É, entretanto, um grande equívoco, falar em democracia com base em litígios.

O excesso de juridicização, principalmente por motivos socioeconômicos e culturais do Brasil, traz como consequência a exclusão daqueles que não possuem

acesso ao processo judicial, nem as suas rebuscadas terminologias.

O fortalecimento do Judiciário e das demais instituições do sistema de justiça tornou-os mais visíveis, tanto para os agentes políticos como para a população. **Os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas. O cidadão, por sua vez, passou a ter na instituição um espaço para a solução de disputas e para a garantia dos mais variados direitos.** (Grifo nosso). (SADEK. 2013, p. 16-17).

Com efeito, a ampliação da participação do Poder Judiciário é inegável, assim como é manifesto que essa participação leva consigo os traços pessoais dos próprios magistrados, os quais, dependendo da mentalidade e da cultura, nem sempre percebem seus papéis na condição de julgadores, sendo esta característica crucial para garantir a independência e autonomia do juízo.

**A participação de juízes, desembargadores e ministros no âmbito das decisões políticas, próprias da competição político-partidária, desperta reações dos mais variados atores nas mais diversas direções. Essas respostas, tanto as favoráveis como as contrárias – inteiramente previsíveis, já que tangem interesses –, rejeitaram a consolidação de uma arena de disputas, na qual o protagonismo judicial apresenta-se como componente essencial.** (Grifo nosso). (SADEK. 2013, p. 23).

Por fim, encontram-se em debate os ânimos de diferentes instituições e de seus componentes, de tal modo que estão, igualmente, em jogo a repartição do poder no interior de cada uma delas, afora a sustentação ou a aquisição de prerrogativas especiais, que concedem a elas privilégios, e também a execução de projetos políticos de acordo com interesses pessoais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A derrocada do modelo Liberal trouxe consigo o desafio da busca de uma liberdade e de uma democracia baseadas na justiça social e econômica. Era premente a necessidade de ampliação dos fins do Estado e o conseqüente aumento de suas responsabilidades.

A separação de poderes foi, outrora, a principal ferramenta para libertação do absolutismo e também a primitiva garantidora das liberdades individuais. Em um contexto de democracia efetiva, haja vista que os poderes públicos possuem, no Estado, a função de oferecer aos indivíduos uma gama maior e mais ampla de favores concretos, não cabe mais falar em separação de Poderes, e sim em cooperação de Poderes.

A Constituição de 1988 não trouxe, de forma expressa, em seu texto nenhuma norma que denomine o Estado brasileiro como um Estado Social, mas é ele é sim um Estado Social Democrático de Direito, tanto que, no preâmbulo da lei Maior, consta como objetivo desta assegurar o exercício dos direitos sociais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi produto de anseios e interesses diversos e, em seu corpo, constam grandes avanços no campo social, o que consolida o País como um Estado Social Democrático de Direito e o coloca em sintonia com o pensamento internacional.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana está disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, assegurando ele que os cidadãos, assim como toda a coletividade, as condições de existência digna.

Já no que tange aos direitos fundamentais, eles possuem um conteúdo impreciso, porém deveras relevante, uma vez que a sua concretização, que é de competência do Estado, obriga a este a criação de ferramentas, por meios de políticas públicas adequadas para garantir a aplicação desses direitos.

No Estado Social os poderes públicos não se satisfazem em produzir somente leis ou normas genéricas, e sim conduzir, efetivamente, a sociedade para a obtenção de metas predeterminadas. Enquanto a preocupação do modelo Liberal residia em definir e enquadrar, de maneira formalística, liberdade e igualdade, o Estado Social visa à resolução do problema das desigualdades sociais e econômicas. Essa necessidade

de atuação do Estado, cada vez mais intensa, nas esferas econômica e social, objetiva compor conflitos de interesses de grupos e de indivíduos.

Os principais direitos fundamentais sociais são: o acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados, nos aspectos físicos, morais e espirituais, abrangendo, desta feita, as diversas necessidades dos indivíduos.

A ideia de que os direitos sociais não passam de normas programáticas perde completamente sua fundamentação, já que essas normas que guiam as questões internas dos órgãos políticos do Estado passaram a ser suscetíveis ao controle jurisdicional, obviamente quando elas contradizem de maneira manifesta normas constitucionais.

Já em relação as políticas públicas, não era da ciência jurídica o dever de defini-las, porém, nas últimas décadas, a ciência jurídica, em especial o Direito Constitucional, começou a se preocupar com seus conteúdos, principalmente para fins de controle jurisdicional.

Não pode, contudo, a lei perder a sua majestade de expressão dos anseios populares para se tornar mero instrumento de governo. Ela agora é inserida no quadro de políticas governamentais e tem por papel não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura, ou então o direcionamento das atividades privadas ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo.

A reserva do possível é a corrente mais hermética na efetivação dos direitos fundamentais sociais, porém, aos poucos tem cedido espaço a uma relação simbiótica entre estes direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Com o juízo de possibilidade, o qual refere-se a ponderação de princípios, o julgador poderá avaliar também se os objetivos por ele traçados são adequados, necessários e proporcionais para a concretização dos direitos fundamentais.

Não é suficiente que a administração pública alegue a falta de verbas, devem ser adotadas medidas para se obter os recursos, mas não é tarefa do Judiciário

determinar como isso será feito, podendo apenas sugerir.

O mínimo existencial não se sobrepõe a reserva do possível, é apenas mais uma maneira de obter resultados justos e políticas sociais mais efetivas. Uma espécie de medidor que ajuda a dosar as ações dos administradores, legisladores e magistrados,

Lembrando ainda que o mínimo existencial apresenta-se como um *topos* argumentativo, ou norteador, sem definição fechada, mas que, mesmo assim, assegura a intervenção do Poder Judiciário e a adequada efetivação de determinadas políticas públicas.

Não seria justo relegar a demarcação desse mínimo existencial ao Judiciário, no âmbito dos casos concretos, visto que isso significaria deixar exclusivamente nas mãos dos juízes uma decisão que também cabe aos poderes Executivo e Legislativo.

A máxima efetividade corresponde a busca da maior eficácia do texto constitucional e o princípio da proibição do retrocesso é entendido como limite material assegurando aos direitos sociais constitucionalmente assegurados que eles não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional.

Observa-se, também, o importante papel do Judiciário como elo entre a Constituição e seus reais propósitos, colocando-se como guardião do autêntico significado da Lei Fundamental e limitando-se a interpretação e a aplicação dela pelo Legislativo e pelo Executivo.

Nesse contexto, entende-se a democracia como produto natural de uma evolução da sociedade política, que se institucionaliza ao longo de incessante e intenso trabalho de adequação das instituições políticas, em defesa da dignidade humana.

O trabalho se propôs a analisar criticamente as correntes teóricas do controle jurisdicional de políticas públicas e constatou que o ideal de estabelecer limites para esse controle se encontra presente em todas as correntes.

Entre as propostas de limites encontram-se: i. comprovar a ofensa aos direitos fundamentais determinada pela política pública. ii. escolha dos meios adequados, o Poder Judiciário pode determinar a cessação da ofensa, mas não poderá



dizer qual especificamente o meio que deverá ser utilizado. iii. a reserva do possível. iv. o mínimo existencial. v. a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público.

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, o STF tem entendido que, de forma ordinária, não é sua a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, e sim dos Poderes Legislativo e Executivo, porém, em situações extraordinárias, de clara inconstitucionalidade, poderá esta função ser adjudicada ao Poder Judiciário.

Conclui-se que, nos Tribunais Brasileiros, assim como na doutrina, o grande desafio é saber o que se pode exigir do Estado em matéria de direitos sociais e quais são os limites.

O mais importante é conjecturar no controle jurisdicional das políticas públicas a busca pela maior eficácia das normas constitucionais, sem, contudo, impor ao Estado sanções tão graves que possam afetar suas receitas, bem como privilegiar uma minoria em desfavor da coletividade.

Ressalta-se, também, que os agentes da Justiça, com destaque para os ministros de tribunais superiores, tornaram-se figuras mais conhecida pela sociedade.

Desta feita, atualmente, todo e qualquer assunto consegue ser encaixado como de Direito Constitucional, em especial àqueles que relacionam-se ao mínimo existencial a à dignidade da pessoa humana, comprovando um ativismo judicial escancarado.

Finaliza-se a reflexão e pesquisa sobre o tema com o entendimento de que em um Estado Social Democrático de Direito, política e Direito, ainda que conceitualmente diferentes, são inseparáveis e funcionam como uma balança que pesa interesses.

Não há política que o Direito não possa conter, não há direito que a política não possa atacar. São conceitos vivos e atuantes na sociedade contemporânea, mas não se deve perder de vista, todavia, o ideal de democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Mudança constitucional: o Brasil pós-88**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

\_\_\_\_\_. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor as abordagens coletiva e abstrata**. Revista da Defensoria Pública – ano 1- n. 1 – jul/dez. 2008.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. nº 15 – jan/fev/ mar. Salvador, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação constitucional aplicada da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 de abril de 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso do direito constitucional**. 28a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. **A Constituição aberta**. 3a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988

CANELA JUNIOR, Osvaldo. “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (organizadores). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 35, n. 138, abr/jun. 1998.

COSTA, Susana Henriques da. “O Poder Judiciário no Controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (organizadores). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ERVEDOSA, Nathália Damasceno da Costa e Silva. **O direito fundamental ao desenvolvimento e a inconstitucionalidade do emprego da taxa de juros como instrumento central da política estatal brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral**. Revista Eletrônica de Direito da PUC-SP. São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Revista do Curso de Direito, da Faculdade de Humanidades e Direito, v.7, n.7, p. 9-37, 2010.

\_\_\_\_\_. “O controle jurisdicional de políticas públicas”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (organizadores). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Jurisdição, democracia e direitos fundamentais: o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2007.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Ideologia e separação dos poderes**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 1993.

MACEDO, Dimas. **A política e a sua perversão**. Revista Política Democrática, v. XI, p. 123-126, Fundação Astrojildo Pereira, São Paulo. 2012.

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito e Constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. v. 1. 200p .

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos direitos fundamentais sociais: análise da primazia do poder judiciário na perspectiva das teorias da reserva do possível, do mínimo existencial e da máxima**

efetividade. 2014. (obra mimeografada).

\_\_\_\_\_. **Análise da experiência brasileira na primazia do poder judiciário na execução de políticas públicas de acesso ao direito social à saúde.** 2012. (obra mimeografada).

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia.** Belo Horizonte: Del rey, 2009.

\_\_\_\_\_. **Judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos.* n° 58. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito fundamentais e o controle de constitucionalidade.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3ª ed.. São Paulo: Cortez, 2011.

SADEK, Maria Tereza. “Judiciário como arena pública: um olhar a partir da Ciência Política.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (organizadores). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. “A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (organizadores). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional de políticas públicas: ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (organizadores). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.