



**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
PELO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL –
UMA VISÃO GERAL¹**

Prof. Dr. Marcelo Figueiredo

Professor de Direito Constitucional da PUC/SP

A utilização do Poder Judiciário para questionar e obrigar a Administração Pública² a desenvolver *políticas públicas* tem freqüentado as páginas da jurisprudência e da doutrina no Brasil.

Pareceu-nos interessante trazer essa temática a esse seminário, pois se trata de uma realidade brasileira ou, se quisermos que têm aparecido mais intensamente na América Latina, sobretudo³. Ademais, o problema toca também de perto no tema

¹ Marcelo Figueiredo é advogado e professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil, onde também é seu diretor eleito para o quadriênio 2005/2009. É também Presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas- ABCD, Seção Brasileira do “Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional”. Artigo preparado para servir de guia de exposição de palestra proferida no Seminário de Verão promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 11 de julho de 2007.

² Utilizamos o termo “Administração Pública” em sentido amplo. Aqui, pode ser entendido como sinônimo de Poder Executivo ou Governo.

³ De fato, a falta de cidadania de expressiva parte da sociedade nos países sub-desenvolvidos ou em desenvolvimento, leva a uma maior participação do poder judiciário que acaba acolhendo inúmeras demandas sociais e coletivas que não conseguem ser articuladas nos canais intermediários ou “competentes”. Ademais, recorde-se que também encontramos Judiciários mais ou menos “ativistas” ou “progressistas” não só na América Latina, mas em todo o mundo. A Suprema Corte de Israel, por exemplo, é considerada uma das mais ativas nesse sentido, rompendo os padrões tradicionais da jurisdição constitucional para ser considerada pró-ativa (não sem resistência doutrinária). Especialmente a partir da década de 80, a Corte tem desenvolvido um grande número de poderosas ferramentas para intervir na ação governamental, inclusive em áreas que, em outros Estados essa intervenção seria considerada inconstitucional. São exemplos dessa conduta: a) a intervenção nos atos internos do “Knesset”; b) o desenvolvimento da doutrina segundo a qual “uma figura pública detém a confiança popular” através da qual foi possível à Corte determinar ao Primeiro Ministro a demissão de um agente político do Executivo, mesmo na



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

do desenvolvimento. Não há negar que os chamados direitos sociais, enquanto direitos subjetivos às prestações sociais encontram-se vinculados à tarefa de melhoria e redistribuição dos recursos existentes em dada sociedade, contribuindo para o desenvolvimento do ser humano e de sua qualidade de vida.

Urbano Ruiz⁴, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos oferece alguns casos concretos que bem demonstram a problemática que pretendemos trazer à tona com este artigo. As ementas abaixo são auto-explicativas.

- I. A Delegacia do Ensino da cidade de Rio Claro, no interior do Estado de São Paulo, informou ao promotor de Justiça que, no ano letivo que se aproximava o de 1998, faltariam cerca de 500 vagas na primeira série do ensino fundamental. Muitas crianças não teriam acesso à escola. A instituição documentou os fatos e promoveu ação civil pública para obrigar o prefeito a criar tais vagas, já que a Constituição Federal, nos arts. 211 e 212, obrigava a Municipalidade a atuar prioritariamente no ensino fundamental, investindo 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos. Bem por isso, obrigatório o ensino fundamental, gratuito (art.208), sem que qualquer criança pudesse ficar sem escola (ECA, art. 208), tanto que os pais seriam responsabilizados criminalmente caso deixassem de matricular os filhos (Código Penal, art.246). O procedimento não previa audiência preliminar de conciliação, mas ela foi designada, ganhando o fato repercussão na imprensa. Embora o alcaide relutasse em criar aquelas vagas, a liminar foi deferida e o chefe do executivo municipal terminou por permitir

ausência de norma jurídica específica prevendo essa remoção; c) assuntos de segurança do Estado, e outros. É o que nos informa Suzie Navot, na obra, "The Constitutional Law of Israel" (Kluwer 2007). Veja-se também da autora o artigo intitulado: "More of the Same: Judicial Activism in Israel" 7 *European Public Law* (2001) 355.

⁴ "A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas", Contribuição ao VII Seminário do IBCCRIM, publicado na Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 6, número 1, p. 11 a 18, julho/dezembro 2005.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

que aquelas crianças tivessem acesso ao ensino público, sem *contestar a ação*.

- II. Na Grande São Paulo, os trens de subúrbio viajavam com as portas abertas, por causa do excesso de passageiros, transportados até sobre o teto do vagão. Eram freqüentes mortes e mutilações nos acidentes e quedas. Foi promovida ação civil pública, também pelo Ministério Público Estadual, para obrigar a concessionária daquele serviço público a oferecer transporte digno, regular e seguro aos usuários. A ação terminou sendo julgada *procedente*, com a aquisição de trens novos e a recuperação daqueles antigos, com melhorias significativas para os usuários;
- III. Idêntica ação foi promovida para obrigar a Administração Pública a distribuir gratuitamente remédios para pessoas carentes, sobretudo aidéticos (portadores do vírus HIV), que não tinham condições econômicas de adquiri-los.⁵
- IV. Meio ambiente - Lançamento de esgotos domésticos sem tratamento de resíduos industriais em curso d'água que abastece a população- Legitimidade passiva do Município- Responsabilidade solidária com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou convênio para realização do serviço de coleta de esgoto urbano- Ação julgada *procedente* para condenar concessionária e município a tratarem os efluentes antes lançados no curso d'água.⁶
- V. Direito à saúde- Fornecimento de Energia Elétrica para Utilização de Aparelho de Oxigenioterapia.

⁵ O caráter polêmico de decisões dessa natureza e sua repercussão jurídica, social e econômica serão objeto de discussão mais a frente.

⁶ Os exemplos de I a III, são de Urbano Ruiz, obtidos no já citado artigo.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Trata-se de direito à vida e à saúde, garantia constitucional e dever do Estado. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados, receberem do ente público a assistência necessária. À evidência, o cumprimento dos preceitos constitucionais é dever do Poder Público, no âmbito do Executivo que, em face de sua omissão, pode ser perseguido na esfera judicial. Necessidade da concessão de tutela para fornecimento da energia elétrica necessária à utilização do aparelho de oxigenioterapia, assegurando o direito à vida.⁷

- VI. Concedeu-se tutela antecipada para que se faça o destaque nos orçamentos (do Município) de 2005 e subsequentes dos valores, informados para o fornecimento de água tratada por parte de Sociedade de Economia Mista (fornecedora), de modo a assegurar-lhe meios para o pagamento devido.⁸

⁷ Boletim AASP número 2528, Ementário, página 1375.

⁸ Trata-se de caso em que atuamos. Cuidava-se de uma ação ordinária proposta pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, no caso (fornecedora de água potável a grosso) com o pedido principal para que fosse condenada à ré, Companhia de Saneamento do Município de Diadema (devedora da primeira) à que fossem procedidos destaques nos orçamentos municipais de 2005 e subsequentes. O pedido (e a decisão) foi deveras original, pois fundado no caráter vinculado do orçamento e de seus ítems. Requeria-se ao Judiciário uma postura mais ativa no sentido de determinar ao Executivo que procedesse à “reservação” orçamentária. Pinçamos os seguintes trechos da decisão que acolheu no particular lição do Prof. Régis de Oliveira: “ O dever de inserir no orçamento as despesas reais relativas a obrigação permanente, além de representar compromisso contratual, também constitui múnus legal, pois a estrutura do Estado moderno cede a imperativos de boa administração. Já não bastam boas intenções. O Estado, através de seus governantes, tem o dever de planificar a peça orçamentária, de forma a identificar a intenção de cumpri-la. Não pode esclarecer previsões irreais ou fúteis, apenas para desincumbir-se de determinação constitucional. A peça orçamentária há de ser real. A positivação não só do ideário político, mas da concretude da peça orçamentária passa a vincular as ações administrativas e políticas. As finalidades que forem inseridas na peça orçamentária deixam de ser mera ação governamental, mas identificam a solidez de compromissos com o cumprimento dos objetivos ali consignados. Isso equivale a reconhecer que, não é lícito a Administração elaborar peça orçamentária em desconformidade com a realidade, ocultando obrigações e fazendo previsão de gastos aquém da realidade, transformando o prestador dos serviços essenciais em agente financeiro dos seus projetos, já que a ausência das despesas no orçamento traz como consequência a exoneração do devedor quanto à quitação dentro daquele exercício”. (Agravo de Instrumento número 362.101.5/0-00, TJSP).



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

- VII. Ação Civil Pública. Direito do Consumidor. Correta informação acerca dos riscos e potenciais danos que o consumo de bebidas alcoólicas causa à saúde. Inscrição necessária nos rótulos de bebidas alcoólicas.
1. É possível e exigível do Judiciário impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor (art.6º, II, III e IV, da Lei 8.078/90), pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição.
 2. O consumo de alcoólicos não interessa só à comunicação social, à propaganda e ao comércio de tais produtos, mas também sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular, do direito de informação e de proteção ao consumidor.
 3. O comando do art. 9º do Código do Consumidor indica os direitos básicos do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo, tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde, cuja informação deve ser feita de maneira ostensiva, a despeito da previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.294/96 determinar que os rótulos de bebidas alcoólicas conterão advertência para que os consumidores evitem o consumo excessivo de álcool.
 4. Não ocorre preclusão de matéria que diz com as condições da ação, caso de legitimidade, sobretudo nas ações civis públicas onde se perseguem direitos difusos, cujo interesse depende-se da propriedade, das relações privatistas em geral, o que, *in casu*, revelou-se pelo interesse demonstrado pela embargante, tantas



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

vezes reiterado de defender a posição dos associados que são fabricantes de bebidas, tese da co-ré União.

5. Condenada a ré União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território pátrio, do teor alcoólico e do alerta em expressão, gráfica adequada, de que “O ÁLCOOL PODE CAUSAR DEPENDÊNCIA E EM EXCESSO É PREJUDICIAL À SAÚDE” E A ABRABE a EXPEDIR ESSA INFORMAÇÃO A TODAS AS SUAS ASSOCIADAS E COMUNICAR AOS DEMAIS PRODUTORES DE ALCOÓLICOS, QUANTO À NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO.
6. Provido o Recurso. (TRF- 4ª Região, AC- Apelação Cível número 478166). Processo número 200204010006100. UF:PR. Órgão Julgador: 3ª Turma. Julgado em 27.05.2003. Relatora Juíza Marga Inge Barth Tessler.

VIII. Ação Civil Pública. Duplicação de Rodovia Federal. Intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública. Possibilidade. Antecipação de tutela.

A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativamente a duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência. TRF- 4ª Região, Agravo Regimental no AI número 200404010145703- SC- julgado em 23.06.2004, Relator Juiz Edgard. A. Lippmann Junior.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Os exemplos poderiam ser multiplicados.

Embora ainda seja em número reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas a implementação dos direitos sociais⁹, (proporcionalmente às necessidades populares) e econômicos, há avanços significativos em ações baseadas no Código de Defesa do Consumidor, envolvendo temas como v.g. a saúde, a educação, a prestação de serviços, o fornecimento de medicamentos¹⁰, etc.

Isso porque a Constituição brasileira de 1988 instituiu um efetivo direito à tutela individual, coletiva e metaindividual (direitos difusos). São várias as possibilidades abertas às pessoas para permitir que políticas públicas atinentes a essas áreas sejam determinadas ou ajustadas conforme o programa constitucional.

⁹ Os direitos sociais estão espalhados por toda a Constituição brasileira. Seu artigo 6º dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Já o artigo 7º da Constituição contém XXXIV incisos alusivos ao mesmo tema. Encontramos também um extenso título da “ordem social” que vai do art. 193 ao 232 na Constituição Federal brasileira.

¹⁰ Na área da saúde, a tendência jurisprudencial é a de afastar cláusulas abusivas de contratos de seguro – saúde que nega ou vem a proibir direta ou indiretamente, tratamento de moléstias infecto-contagiosas. Tais decisões invocam o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, tendo em vista a relação assimétrica entre ele e o fornecedor. Reconhece-se também o direito à educação fundamental como um dever do Estado, de forma a garantir, por exemplo, o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, ou ainda reconhece-se aos estudantes universitários do ensino superior, que não se pode condicionar a renovação da matrícula ao pagamento de mensalidade atrasada, restando consagrado o direito à renovação de matrícula. A proteção jurídica à parte mais vulnerável de uma relação tem sido consagrada, tal qual no direito do trabalho, ao trabalhador.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A ação civil pública¹¹, as diversas ações constitucionais, as ações específicas previstas no controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal¹², o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão¹³, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103 da CF), a ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental), são exemplos dos caminhos abertos para que entidades ou grupos legitimados possam questionar a omissão do legislador ou do Poder Executivo ensejando, no limite, *o ajuste das condutas administrativas aos desideratos e fins previstos na Constituição*.

O que essas ações trazem em comum?

Pretendem ao que parece obrigar o Administrador Público a alterar um padrão de comportamento não só fundado em alegada ilegalidade ou eventualmente

¹¹ Criada pela Lei 7.347/85, tem por objeto a proteção de uma ampla gama de valores, em especial o meio-ambiente, os consumidores, os bens e valores artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Posteriormente, ampliou-se também seu objeto, pois o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 110 acrescentou o inciso IV ao artigo 1º da Lei 7.347/85, para dizer que também pode referida lei proteger “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Evidentemente que essa proteção a qualquer interesse outro, difuso ou coletivo, deve ser entendida apenas dentro da finalidade da lei civil pública, não pretendendo o legislador autorizar que essa ação possa servir para proteção de direitos meramente individuais. São legitimados a propositura da ação, não só o Ministério Público que tem o dever-poder de ajuizá-la, mas também órgãos públicos e privados ou por associação que esteja constituída a mais de um ano e que inclua entre suas finalidades, institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A LACP no Brasil tem sido poderosa aliada ao combate à corrupção, à proibidade administrativa, à defesa do patrimônio público, amplamente considerado, sendo na imensa maioria das vezes o Ministério Público (Estadual ou Federal), o autor desta ação.

¹² Vide o nosso artigo “Una Visión del Control de Constitucionalidad en Brasil”, Revista Jurídica de Castilla – La Mancha, Noviembre 2006, número 41, Toledo, Espanha. Vide ainda de nossa autoria, “O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão”, Ed. RT, São Paulo, 1991 (esgotado).

¹³ Vide por exemplo os mandados de injunção números, 283-5, de 1991, e MI 284-3/92, aonde, lamentavelmente, não obstante algum avanço, ainda se restringe à declaração de omissão como mera ciência ao omissor para que adotasse as providências necessárias, mas não avançou mais intensamente para uma solução do caso concreto, como quer a doutrina majoritária no Brasil. Já na inconstitucionalidade por omissão, o STF dá ciência ao poder legislativo para “a adoção das providências necessárias”, não podendo ir além para obrigá-lo a editar a regra faltante. Em se tratando de órgão administrativo, diz a CF, que as providências devem ser determinadas em 30 dias (art. 103, § 2º).



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

inconstitucionalidade de atos, programas ou políticas públicas, como também objetivam corrigir desvios ou alterar concepções ou objetivos na implantação de determinados programas governamentais, envolvendo uma gama enorme de segmentos, como os relativos à saúde, educação, serviços públicos, etc.

Inúmeras questões polêmicas tais decisões encerram. As mais comumente encontradas na doutrina são: 1) violação a larga ao princípio da separação de poderes. Na medida em que o Judiciário – a pretexto de conhecer violações de direito – poderia estar a invadir esfera de competência reservada atribuída aos demais poderes, praticando assim inconstitucionalidade; 2) Não caberia ao Poder Judiciário a pretexto de corrigir atos ilegais ou inconstitucionais acolher ou formular políticas públicas alternativas, papel do poder eleito e democrático e não do judiciário¹⁴; 3) Decisões judiciais não poderiam substituir-se ao orçamento público, criando ou alterando despesas regularmente estabelecidas pelos poderes ou autoridades competentes. 4) É papel do Judiciário prestar a justiça distributiva e equitativa desse modo, digamos, criativo e inovador ? Em que termos e em que limites?

Todas essas questões são complexas e não pretendemos resolvê-las, mas simplesmente trazer ao debate, iluminá-las trazendo o atual “estado da arte” no Brasil.

Há ainda outra questão que surge coligada a saber; a incorporação de tratados à Constituição em diversos países através do reconhecimento de sua hierarquia

¹⁴ A composição do Poder Judiciário brasileiro está fundada em um sistema meritocrático que, por um lado, se inicia com o ingresso na carreira pelo cargo inicial de juiz substituto, por meio de concurso de provas e títulos, e com o processo de promoção de entrância para entrância e acesso aos tribunais, alternadamente, por antiguidade e por merecimento (vide artigo 93 da CF). Por outro lado, está baseado em um sistema de garantias: de independência que assegura ao juiz a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos; e de imparcialidade: vedação do exercício de outro cargo, exceto o magistério; vedação de receber, a qualquer título, vantagem em razão de sua função; e vedação de dedicar-se à atividade político-partidária.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

constitucional¹⁵ também traz problemas relativos ao controle de políticas públicas. Isso porque, vários desses tratados estabelecem direitos, como o direito de trabalhar, direito a determinado nível de vida adequado; direitos esses que se diferenciam dos tradicionais “direitos” em face do Estado.¹⁶

Esses “*novos*” direitos, que aqui simplificamos denominando-os “direitos à prestações sociais”, não poderiam, ademais, ser outorgados ou reconhecidos pelos Tribunais ou pelo Judiciário (em várias hipóteses), sem a participação ou intervenção ativa dos demais poderes ou órgãos do Estado.

Para a realização e satisfação de tais direitos não bastaria a tradicional remoção de atos ditos ilegais ou inconstitucionais, mas a criação concreta de *atos promocionais, prestacionais e efetivos*.

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal no Brasil tem afirmado em jurisprudência mais recente, que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. HC 90172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 5.6.2007. (HC-90172). Na Costa Rica, país de forte desenvolvimento na área dos direitos humanos, por exemplo, as reformas constitucionais de 1989 colocaram as normas de direitos humanos na mesma hierarquia da constituição e a sala constitucional da Corte Suprema de Justiça (voto 3435/92) estabeleceu que os convênios internacionais são instrumentos válidos para interpretar as normas constitucionais, reconhecendo-se com isso um status SUPRA constitucional quando aqueles outorgam maiores direitos ou garantias às pessoas em comparação à constituição daquele país. Cf. Giselle Molina Subirós, “El sistema axiológico de la CEDAW como parámetro de control constitucional en la formulación e implementación de leyes y políticas públicas. Revista IIDH, volume 34/35, página 417 a 482, Costa Rica, 2001/2002.

¹⁶ O Brasil ratificou os mais importantes tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, destacando-se, no âmbito dos direitos sociais e econômicos, a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992 e do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em 1996. Para maiores detalhes nessa perspectiva, confira-se o artigo de Flávia Piovesan: “Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas”, na Revista de Direito do Estado, Ano 1, número 2, Ed. Renovar, 2006, página 55 e seguintes.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Recorde-se por todos a lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷ que procura distinguir resumidamente as características dos direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, do seguinte modo:

- a) Direitos de Defesa: se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal. É, segundo pensamos, a clássica lição francesa;
- b) Direitos Sociais Prestacionais: têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática.

Afirma: “Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos à prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”.

Enfim, são tantas e tão complexas tais questões, que talvez devamos recortá-las para não nos perdermos no cipoal de dúvidas suscitadas.

Assim, iniciamos por fazer uma breve radiografia dos problemas do Estado Constitucional brasileiro, com o objetivo de situar o leitor estrangeiro e contextualizar o tema, para em seguida cuidar da problemática relativa às “políticas públicas”.

¹⁷ No magnífico trabalho “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, página 257 e seguintes.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Flávio Dino de Castro e Costa¹⁸ nos auxilia a compreender esse cenário ao afirmar:

“No Brasil, a teoria do desenvolvimento desigual e combinado demonstra toda a sua pertinência. Trotski, citado por Raymundo Faoro em Os Donos do Poder, afirma: “Índios lançaram fora os arcos e flechas e apanharam imediatamente os fuzis, sem percorrer o caminho que havia entre essas duas armas do passado...(..). Desta lei universal da desigualdade do ritmo decorre outra lei que, na falta de melhor nome, pode denominar-se lei do desenvolvimento combinado, no sentido da aproximação das etapas diversas, da combinação de fases discordantes, da amálgama de formas arcaicas e modernas.

Esse amálgama revela-se, por exemplo, na inadequação da transposição mecânica para o nosso país do clássico ensinamento acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais: direitos individuais (1ª geração), direitos políticos (2ª geração), direitos sociais (3ª geração). O deslocamento desse esquema conceitual da prática brasileira é manifesta. No plano da efetividade, os direitos políticos estão mais universalizados do que os direitos individuais clássicos. No nosso país, o alistamento eleitoral quase universal e as urnas eletrônicas (direitos de 2ª geração na “era da pós-modernidade”) convivem com a difusão de formas de trabalho escravo e com assassinatos de moradores de rua, privados não só do direito à

¹⁸ “A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, Revista Interesse Público, 2004, Volume 28, página 64 e seguintes. Vide também, de José Afonso da Silva, “Poder Constituinte e Poder Popular”, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, página 17, como também “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 22ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2003, página 120, ambas as obras de José Afonso da Silva. É ele quem afirma ainda :“O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”. (destacamos).



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

moradia, mas também do direito à integridade e da liberdade de ir e vir (de 1ª geração).

Tal amálgama jurídico decorre de vários fatores, merecendo destaque a brutal concentração de renda. Esta “é medida pelo índice de Gini, que vai de 0 a 1. Zero significaria que cada um dos habitantes de um país teria renda idêntica, situação ideal, mas obviamente utópica. Índice 1, ao contrário, seria o número de um país em que a renda estivesse toda na mão de uma só pessoa, outra situação impossível. O Gini do Brasil, no relatório 2001, mas com base em dados de 1997, era de 0,591. No relatório 2002, com base em dados de 1998, aumentou para 0,607. Renda mais concentrada que a do Brasil só em Serra Leoa, República Centro-Africana e Suazilândia, paupérrimos países africanos”. Celso Furtado lembra que: “Nos países de renda per capita semelhante à do Brasil (4500 dólares) a percentagem de pobres é de cerca de 10% da população total, portanto, menos de um terço da percentagem brasileira (34%).

Tudo isso é ainda agravado pelas imensas assimetrias regionais que reforçam o citado modelo de desenvolvimento desigual. Na última pesquisa sobre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos Municípios brasileiros, dos 20 piores, oito ficam no Maranhão, cinco no Piauí e três no Amazonas”.

Podemos trazer ainda a lição de Luís Roberto Barroso¹⁹ que nos auxilia a compreender o momento e o constitucionalismo brasileiro ao afirmar:

¹⁹ “A Nova Interpretação Constitucional”, obra coordenada por Luís Roberto Barroso, Editora Renovar, RJ, 2003, nela encontramos o título: “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), página 43 e seguintes.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

“O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) *a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da constituição*; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infra-constitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da constituição”. (destacamos).

De outra parte, importante registrar que o movimento conhecido por “*neoliberalismo*”²⁰ que marcou o final do século XX, teve por efeito não só diminuir a presença do Estado como produtor e empresário, mas também relativizar a presença e importância dos chamados “*direitos sociais*”²¹.

Entretanto, esse movimento, a nosso juízo, não teve a força suficiente para desobrigar o Estado de cumprir os objetivos solidários da justiça social e a

²⁰ Sobre o tema do “neoliberalismo e direitos humanos”, consulte-se a obra com esse título de Antônio José Avelãs Nunes, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

²¹ De certo modo encampamos a lição de Canotilho, temperada à moda brasileira, quando afirma: “a Constituição dirigente é um produto acabado de um projecto da modernidade, quer em termos de sujeito histórico, quer em termos de homem triunfante na sua capacidade de transformação. Assim entendida, a Constituição dirigente enfrentou grandes dificuldades, resultantes do ataque das correntes mais conservadoras, mas também das críticas de alguns normativistas sociológicos... Mais isto não pode significar que não sobrevivam algumas dimensões importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional.... Em primeiro lugar, em termos jurídicos-programáticos, uma Constituição dirigente – já explicitarei isso várias vezes- representa um projecto histórico pragmático de limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional. Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente em termos jurídicos- programáticos. ...” Canotilho e a Constituição Dirigente, Jacinto Coutinho (organizador), Rio de Janeiro, Renovar, 2002, páginas 13 e seguintes.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

melhoria das condições de sua vida. Ao menos todo o arcabouço constitucional brasileiro, todo o travejamento constitucional aponta em larga medida para esses objetivos mais solidários. É evidente que na contemporaneidade há de pensar-se conectado a um sistema regional ou mundial para a concretização solidária desses objetivos, construídos em conjunto ou participativamente, mas forçoso considerar que nem todas as regiões do planeta encontram-se nas mesmas condições. Há assimetrias importantes e barreiras a serem superadas. O esforço deve ser de todos para um mundo melhor.²²

Reafirma-se: o Brasil não obstante as reformas liberalizantes por que passou na década passada, seguindo o movimento universal nesse sentido, ainda remanesce um Estado Social e Democrático de Direito, sendo obrigação constitucional a realização dos objetivos constantes de seu artigo 3º²³, a partir de suas políticas públicas, tendo o Poder Judiciário, nesse contexto, importante *parcela* de responsabilidade social.

Passamos agora a conceituar *política pública*.

As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante com o interesse público.²⁴

²² Recorde-se uma vez mais J.J. Canotilho, quando afirma: “.. No desenho das constituições civis globais fica por explicar a sua acoplagem com as políticas nacionais, quer estejam ou não plasmadas na Constituição. Se a literatura constitucionalista enfatiza até à exaustão a reserva do possível econômico e social quando se trata de incrementar a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, terá de se questionar como se pode estruturar uma constituição civil global que despreze à partida os pressupostos fáticos e normativos nacionais (e supranacionais, regionais) indispensáveis a essa mesma realização. Se as constituições civis globais, embora sejam constituições juridicamente autônomas, fazem parte de um sistema de redes aglutinador de vários subsistemas nacionais vinculados a regras-quadro ou até mesmo directivas politicamente programáticas das constituições nacionais”. “Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, Coimbra, 2006, Pagina 300.

²³ Vide nota de rodapé abaixo aonde é transcrito o artigo 3º da Constituição Federal brasileira.

²⁴ Rodolfo de Camargo Mancusso afirma: “Neste passo, vale considerar que, se a política pública, por definição, em princípio busca alcançar um fim consoante com o interesse público, nem por isso, todavia, esses dois termos se pressupõem necessariamente : quando o constituinte estabeleceu que



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Ou ainda, um programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado. As políticas públicas são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais.

Evidentemente, como a Constituição brasileira é indubitavelmente programática (ou dirigente²⁵) – traça planos, diretrizes e metas – a seus destinatários. Em larga medida, o fundamento da própria política pública está desenhada no texto constitucional, o que gera, em muitos casos, a justiciabilidade desses direitos e toda a polêmica que o tema contém.

É dizer, a Constituição é em importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nas diversos segmentos e atividades por ela regulados, traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados.

Neste contexto, é evidente que o tema do *judicial review* aparece muito mais como uma atividade rotineira, ordinária do Poder Judiciário, do que seria em um sistema como o norte-americano aonde há, como sabemos, uma Constituição sintética e principiológica.

constitui objetivo fundamental “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, o móvel por certo, é a consecução de um objetivo de justiça social; todavia, daí não se segue, por exemplo, que o programa governamental voltado a implementar a função social da propriedade rural (art.186) e a política agrícola (art.187) vá efetivamente ao encontro daquele desiderato, de modo a fixar o homem no campo, assim aliviando a superdensidade populacional nos centros urbanos”. In “Controle judicial das chamadas políticas públicas”, na obra: “Ação Civil Pública”, Coordenador Édis Milaré, Ed.RT, São Paulo, 2001, p.728.

²⁵ Não estamos neste passo assumindo o compromisso ou entrando na discussão das virtudes ou defeitos da chamada “constituição dirigente”. Apenas ressaltamos uma evidência: o caráter compromissório e analítico da constituição brasileira, como de resto de tantas outras constituições contemporâneas em todo o mundo. Em que pese a revisão de posição do Professor J.J. Gomes Canotilho, no prefácio da segunda edição de sua conhecida obra, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, sobre a natureza e o caráter de vinculatividade operativa das constituições compromissórias, entendemos que nos Estados periféricos, como é o caso do Brasil, onde não houve a realização linear dos direitos fundamentais a partir da noção de dimensões, acreditamos ainda ser o conceito de constituição dirigente válido e útil à nossa realidade.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Pode-se afirmar em companhia do jurista brasileiro Fábio Konder Comparato²⁶:

“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.

Sendo certo ainda que a política, como conjunto de normas e atos é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.

De onde se segue que o juízo de *validade de uma política*- seja ela empresarial ou governamental- não se confunde nunca com o juízo de *validade das normas e dos atos* que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais”.

Pode soar um pouco exótico a alguns, que o Poder Judiciário se ocupe de fazer valer diretamente, não propriamente os direitos violados da parte, em seu sentido

²⁶ “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, Revista de Informação Legislativa, número 138, 1998, p. 45.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

mais estrito, mas se preordene a executar, desde que provocado, concretamente *ações e políticas públicas*²⁷ a partir daquela violação.

E nesse ponto é preciso compreender não só o arcabouço teórico que envolve a matéria, mas, sobretudo, e talvez mais importante que o primeiro, a realidade brasileira.

Como um dos temas desse seminário é exatamente o desenvolvimento, parece oportuno recordar que é ele um processo de longo prazo, induzido, exatamente por políticas públicas ou programas de ação governamental em três grandes campos interligados: econômico, social e político.

É a lição de Gilberto Bercovici²⁸ para quem o “elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito ao trabalho, o direito à educação, em todos os níveis, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação e o direito de fruição dos bens culturais. Enfim, o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é a chave de abóbada de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a

²⁷ O foco nos EUA é um pouco diverso. A intromissão (esse o termo utilizado pelo autor abaixo referido, o que já releva o seu estado de espírito na matéria) judicial das cortes é admitida em geral em nome da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, violados por organizações governamentais ou públicas que deveriam custodiá-los. Essa forma de ativismo judicial é chamado de remedial law e ocorre “when violations by public agencies of the rights of children, prisoners, patients, and tenants are found to exist”. Seu objetivo é não raro procurar alterar o padrão de comportamento das organizações réis, ouvindo a comunidade jurídica e os experts envolvidos na demanda. “Remedial law may go beyond the award of damages and cease and desist orders to mandate programs and administer changes, but it does not intend to “take over” public executive agencies permanently or manage them forever”. Na obra: “Remedial Law- When Courts Become Administrators”, Editado por Robert C. Wood, University of Massachusetts Press, Amherst, 1990. No Brasil, vide também o artigo de José Reinaldo Lima Lopes, intitulado “Direitos Sociais e Justiça – A experiência Norte-Americana”, Revista da Faculdade de Direito da USP, Volume 92, 1997, página 201 e seguintes. Nele, o autor faz um comparativo entre o poder judiciário norte-americano e brasileiro trazendo a discussão três casos do direito norte-americano, o Golden Clause Cases (1935), Wyatt Cases (1970) e California V.US (1995).

²⁸ “Constituição Econômica e Desenvolvimento”, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, Página 108



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício”.

Não resta dúvida que o Poder Judiciário durante longo período foi o garante dos direitos civis e da liberdade individual.

É ele, no modelo liberal, o fiador da legalidade, da igualdade perante a lei, mas essa realidade se desdobra em outras. Sabemos que independente de discussão do modelo de Estado ou de suas características, é certo que o Judiciário passa a intervir mais diretamente na sociedade de massa.

O direito do consumidor, o direito urbanístico, o direito ambiental são exemplos de como a controvérsia judicial assume um *papel social destacado* e amplo que transcende as partes para adequar e ajustar as relações sociais e comunitárias.

Não é sem razão, portanto, que a democracia e seu exercício vem associada v.g. à implementação e gozo dos chamados *direitos sociais*.²⁹

Em cada país o tema é tratado de uma maneira.³⁰

Aliás, é importante registrar que o Brasil intitula-se um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento : a) a soberania; b) a cidadania; c) a dignidade

²⁹ A alusão aos direitos sociais (status positivus socialis) deve ser compreendida em sentido amplo. Queremos nos referir a direitos que demandam prestações, sobretudo em uma dimensão positiva do Estado, ou mesmo de particulares destinatários das normas constitucionais. No Brasil vide Ingo Wolfgang Sarlet, “A eficácia dos direitos fundamentais”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, para aprofundamentos. No Brasil há uma gama imensa de direitos considerados sociais, como educação, saúde, previdência, assistência social, etc. Não há uma única tábua de direitos sociais, mas uma série deles espalhados pela Constituição.

³⁰ Para uma visão do que o ocorre com os direitos sociais na Europa, é imprescindível a leitura da obra coordenada por Julia Iliopoulos-Strangas, intitulada: “ La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de L’Union européenne”- Etude de droit compare, Editions Ant. N. Sakkoulas, Athènes, Bruylant e Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden, Volume 3, coleção, 2000, Human Rights, dirigida pela citada autora.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

da pessoa humana; d) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e) o pluralismo político.³¹

Como diz José Reinaldo de Lima Lopes³²: “Por isso, convém subdividir tal questão em dois pontos: num primeiro momento, estabelecer as relações entre democracia, direitos sociais e políticas públicas; num segundo momento, estabelecer as relações entre um modelo de Estado emergente dos anos 80 e o papel do Judiciário nesse contexto”.

A tese do professor José Reinaldo de Lima Lopes pode ser sumulada do seguinte modo:

- 1) As regras do jogo democrático são apenas o mínimo, sem as quais não pode haver democracia, mas que por si só não asseguram a existência da democracia. Em outras palavras, são condição necessária, mas não suficiente, da vida democrática (Bobbio).
- 2) A democracia está num processo de expansão, ou seja ela é hoje um processo em si mesmo que almeja mais liberdade em mais lugares. Ou seja, de um Estado democrático, passa-se a procurar uma sociedade democrática.
- 3) Os novos direitos sociais são representativos dessa realidade e por isto são direitos constitucionais. Estes mesmos direitos constituem elemento essencial da democracia, na medida em que é inerente a esta a concessão de condições reais de possibilidade de vida digna.

³¹ Já o artigo 3º da Constituição brasileira dispõe: “ 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”. Não há dúvida de que o Brasil busca no seu quadro normativo e institucional um Estado Social de Direito onde haja uma maior participação da sociedade civil no Estado e uma maior democratização com a finalidade de efetivar direitos sociais.

³² “Judiciário, democracia, políticas públicas”, Revista de Informação Legislativa, Brasília, número 122, 1994, página 256 e seguintes.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

4) Se a democracia é o oposto do poder autocrático e se a sua realização depende da eliminação progressiva de oligarquias, de restrição ao acesso ao Estado (cargos de decisão ou de execução), transparência crescente do exercício do poder e participação consciente dos cidadãos, *a negativa dos direitos sociais, ou seja, a negativa das condições de possibilidade de vida digna garantida sob o nome de direitos sociais, é negativa da democracia.*³³

5) Os direitos sociais, em regra dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social, e outros previstos no art. 6º, no art.7º, sem contar as disposições dos incisos do art.170, do art.182, do art.193, do art. 225, e muitas outras espalhadas ao longo do corpo de toda a Constituição de 1988.

6) Questiona ainda o professor se: a) os cidadãos em geral têm ou não o direito de exigir, *judicialmente*, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos; e b) se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas.³⁴

E ao responder tais questões, lembra a tentativa do constituinte em procurar encontrar mecanismos constitucionais (e judiciais) de exigir concretamente alguns direitos (iniciativa popular, mandado de injunção), para reconhecer, entretanto, que parece difícil superar algumas dificuldades tais como: 1) a responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais nem sempre é possível. É tarefa complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços públicos omitidos são uti

³³ Embora o silogismo no particular seja um pouco simplista, é preciso concordar que os direitos sociais no Brasil encontram-se encurralados, sob o impacto do avanço do liberalismo nas relações capital-trabalho e do predomínio da idéia de que o Estado deve abdicar de suas responsabilidades no campo social, transferindo-as para o mercado. Não há dúvida na assertiva segundo a qual o desenvolvimento do Brasil só poderá ocorrer com a transformação das estruturas sociais, o que faz com que o Estado deva estar cada vez mais capacitado e estruturado para promover o desenvolvimento e atender ao artigo 3º da Constituição Brasileira, acima já transcrito.

³⁴ Tudo de acordo com José Reinaldo Lima Lopes no citado artigo, especialmente página 257.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

universi e uti singuli, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais; 2) além disso, a prestação de serviços depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-los a quem teve a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera?³⁵

Também parece simples afirmar que por intermédio de políticas públicas pode (e deve) o Estado de forma adequada realizar os fins e objetivos traçados na Constituição. A questão remanesce.

Que papel cabe ao Poder Judiciário nessa temática? Até onde é possível avançar no caminho do Estado Social e Democrático de Direito?

Um bom exercício será alinhar de um lado os defensores de um ativismo mais agressivo nessa temática, e do outro seus adversários. Quem sabe um balanço pode nos oferecer algumas luzes e posições intermediárias adequadas.

Pode-se afirmar que, em linhas gerais, existem três grandes correntes a respeito da exigência dos direitos sociais, a saber: a) a dos que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais; b) a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, seriam exigíveis sob a cláusula da “reserva do possível”, dependendo ademais do legislador e c) a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível. Os demais direitos ficariam também na reserva do possível.

³⁵ Esse só um recorte do tema. O mesmo autor amplia a discussão trazendo não só a realidade orçamentária e fiscal do Estado como um limite objetivo à temática- o regime das finanças públicas bem como a diversidade das políticas públicas. Traz Claus Offe, Jean Overstake e indaga: Qual a responsabilidade do Estado na implementação da política pública? Responsabiliza-se por prejuízos causados a indivíduos singulares, ou não? Responsabiliza-se pelo insucesso, ou seja, pelo resultado da política ou apenas pelos meios? Os membros dos poderes públicos podem ser politicamente responsabilizados pela não implementação de políticas públicas? Podem ser responsabilizados politicamente ou civilmente pela distorção ou desvio de políticas públicas? . Ob.Cit. página 259.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Desde logo é importante circunscrever o objeto da temática. Quando falamos em *judiciabilidade das políticas públicas*, poderíamos até incluir a defesa de ações de finalidade coletiva, embora não seja essa nossa preocupação central.

É dizer, se inseríssemos em nossa suposta classificação (não anunciada) dentre os temas sindicáveis pelo judiciário, a defesa de ações de finalidade coletiva, não parece haver- ao menos no contexto brasileiro- novidade alguma.

Isto porque, tratar-se-ia do exercício regular de uma competência por assim dizer, *ordinária*, comum do Poder Judiciário brasileiro.³⁶

Na medida em que vivemos sob o signo de um Estado Democrático de Direito em uma sociedade pluralista com instrumentos de democracia participativa, encontramos na Constituição brasileira, inúmeros instrumentos a forçar um diálogo normativo entre os poderes e funções do Estado e a sociedade nela inserida.

Assim sendo, colha-se de exemplo além dos clássicos instrumentos da democracia – semi direta, como a iniciativa popular (CF, art. 14, II e 49, XV), o plebiscito (art. 14, I, 18, §§3º e 4º), a ação popular (art.5º, LXXIII), e especialmente, o artigo 10, 11, 31§ 3º, 37,§ 3º, 74,§2º, 194, VII,206, VI, 216,§ 1, todos da Constituição Federal brasileira.³⁷

Aludidas normas constitucionais como que objetivam uma integração Estado-sociedade , fomentando uma participação da população e dos usuários de serviços na gestão e administração dos poderes públicos. Atribui-se informação, incrementa-se a participação e confere-se legitimidade para atuar nos vários setores regulados pela Constituição.

³⁶ Essencialmente dinamizada a partir da Constituição de 1988, muito embora ações coletivas com perfil de defesa do interesse social já existissem anteriormente a essa data, como é o caso da ação civil pública cuja lei data de 1985 (lei 7347/85).

³⁷ O texto integral da constituição brasileira pode ser acessado eletronicamente no endereço: www.presidencia.gov.br no item legislação brasileira.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Com isso, amplia-se também por intermédio do Poder Judiciário o controle de legalidade dos atos públicos, a eficiência dos programas governamentais nas várias esferas da federação brasileira, diminuindo conseqüentemente em muitos casos, a margem de discricionabilidade do administrador público brasileiro.

Note-se: não se trata apenas de conferir legitimidade (em juízo), a determinadas pessoas, entidades ou associações, mas de incentivar a participação dessas mesmas pessoas, destinatárias das normas constitucionais para que participem enquanto cidadãos das decisões administrativas, formulando alternativas enquanto usuárias de determinadas atividades ou serviços.

No final das contas, evidentemente, caso haja discordância grave e fundamentada, irregularidade, ilegalidade (em sentido amplo), ou inconstitucionalidade, fornece-se ao interessado ou à entidade competente meios para impugnar determinada opção, determinada política pública ou programa governamental como estamos pretendendo demonstrar.³⁸

Há quem, como Rodolfo de Camargo Mancuso, inclua a *judiciabilidade das políticas públicas nas ações de finalidade coletiva*. Ademais, segundo o mesmo autor, de reconhecer no judiciário um papel de co-gestor dos interesses gerais. O processo não fica mais limitado a uma relação jurídica entre os próprios e diretos contraditores, passando a operar como um veículo idôneo a conduzir *conflitos coletivos de largo espectro*, como se verifica, por exemplo, nas demandas que contrapõem a classe dos ex-fumantes e a indústria fumígena:

“Ressalte-se ainda que o fenômeno da chamada *judiciabilidade das políticas públicas* pode ser detectado, essencialmente na defesa de ações de finalidade coletiva, quando presentes ao menos os seguintes requisitos ou elementos: 1)

³⁸ Nesse sentido, no Brasil, tanto a doutrina como o Supremo Tribunal Federal têm amplamente utilizado do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (de vertente doutrinária germânica), para explorar as várias facetas do controle judicial dos atos administrativos, legislativos e de governo. Também é de ser lembrado o princípio do devido processo legal (na sua feição processual e substantiva), de matriz norte-americana, contemplado em nossa constituição em seu artigo 5º, inciso LIV.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

aonde pretenda-se a defesa ou concretização de certos direitos relativos a sujeitos indeterminados; 2) tenhamos presentes ações com objeto indivisível e; 3) haja a possibilidade da coisa julgada com eficácia *erga omnes* ou também *ultra parte*".³⁹

Outro dado que não pode ser esquecido no Brasil alusivo à judicialização dos direitos sociais diz respeito ao fato de que a Constituição brasileira – ao contrário de outras - vinculou muitas das prestações estatais aos direitos fundamentais, de aplicação imediata.

³⁹ “Onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente, como, por exemplo, se dá em caso de descumprimento das normas tuteladoras do meio ambiente, onde o infrator se sujeita “a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art.225, § 3º); ou na política de atendimento aos precatórios judiciais, onde o descumprimento das normas de regência fundamenta o “seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito” (CF, § 2º do art.100), a par de eventual intervenção no ente político faltoso (CF, art.35, I)”. “... É de se reconhecer como ações de finalidade coletiva as manejáveis no controle direto de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, as ações para defesa coletiva de consumidores; a ação popular, as ações coletivas propostas por associações na defesa do grupo que representam; e mesmo, de certo modo, a ação fundada em ato de improbidade administrativa, porque, embora vise à recomposição do erário de uma dada Fazenda lesada, não há negar que o erário é um componente do patrimônio público- seu aspecto pecuniário- donde hoje se reconhecer a legitimação extensa do Ministério Público para sua tutela judicial: o art. 129, III, da CF contém cláusula de extensão, abrindo a ação civil pública para defesa de “outros interesses difusos e coletivos”, o que deve ser compatibilizado com o disposto no inciso IX do art. 129 da CF, autorizando o Parquet a “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. Visto que entre as finalidades do Ministério Público figura a defesa do interesse social (CF. art. 127), também por aí se alcança sua legitimidade, dado ser inegável que a defesa do dinheiro público, bem indisponível por definição, consulta em última análise o interesse social (art. 127).O credenciamento outorgado a vários co-legitimados ativos para as ações de finalidade coletiva representa uma projeção, no plano judiciário, da diretriz constitucional da democracia participativa: à semelhança do apelo à integração da coletividade na boa gestão da coisa pública (plebiscito, referendo, audiências públicas, iniciativa popular de projetos de lei, participação em órgãos públicos colegiados de formação paritária), também essa participação é conclamada no plano judiciário: a OAB, partido político, órgão sindical, no controle direto de constitucionalidade; o cidadão –eleitor, na ação popular; a entidade de classe, no mandado de segurança coletivo; a associação, na ação em defesa de seus aderentes; o Ministério Público, os entes políticos, as associações, os sindicatos, os órgãos públicos, nas diversas ações civis públicas; qualquer pessoa, física ou jurídica, no mandado de injunção” Rodolfo de Camargo Mancuso: “A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense”, na obra coletiva: “ Tutela Coletiva- 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos 15 anos do Código de Defesa do Consumidor”, coordenado por Paulo Lucon, Editora Atlas, São Paulo, 2006, p. 226 e seguintes.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

E não há dúvida que o tema “políticas públicas” está intimamente ligado a realização desses direitos considerados imprescindíveis a uma vida livre e digna.

Assim, v.g. o artigo 5º, § 1º da CF⁴⁰, a gerar, *em muitos casos*, atribuição subjetiva dos direitos sociais diretamente.

Evidentemente, como já ressaltamos o maior obstáculo é sempre o econômico.

Afirma-se, não sem razão, que não há direitos sem custos.

E mais do que isso, no plano das políticas públicas de caráter social haveriam limitações materiais ao atendimento concomitante de *todos os programas sociais*, cabendo ao Poder Executivo e também ao Legislativo, em última análise, eleger quais as prioridades orçamentárias e políticas, fazendo a distribuição dos recursos orçamentários conforme previsão legal.⁴¹

⁴⁰ O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal brasileira, situado após o exaustivo elenco dos direitos fundamentais do artigo 5º, dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que nos remete ao tema da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais e toda a problemática envolvendo a diferente textura desses mesmos direitos. Pode-se afirmar que o esforço da doutrina e da jurisprudência brasileira tem sido no sentido de dar ao dispositivo, aplicação possível e generosa, atenta às dificuldades naturais de implementação dos diferentes tipos de direitos e garantias.

⁴¹ Julia Iliopoulos- Strangas, na obra acima citada, sobre a questão orçamentária nas prestações e direitos sociais na união européia, ensina: “Dans la totalité des Etats membres, les prestations sociales doivent en principe être prévues par une loi, en vertu du principe de légalité conçu en tant que réserve de la loi. Cela est même explicitement prévu dans la législation sociale de certains ordres juridiques (Allemand). Toutefois, cette règle n’est pas appliquée avec rigueur, comme le démontrent, par exemple, certains cas dans le domaine des subventions. ... Dans certains Etats membres, comme exposé ci-après, il existe, en plus de la réserve de la loi, des contraintes budgétaires prévues dans la Constitution elle-même. En Allemagne, la doctrine souligne que, si le citoyen a un droit subjectif, l’Administration ne peut pas invoquer de contraintes budgétaires et que cela n’est possible que si la prestation dépend du pouvoir discrétionnaire de l’Administration (“Ermessensleistungen”). Si une règle ne respecte pas le principe d’égalité, elle peut dans certains cas, on l’a vu, être étendue au groupe illégalement exclu des destinataires; le fait qu’il faille disposer de moyens financiers supplémentaires ne joue pas dans ce cas. En Italie, si la doctrine a reconnu l’importance des contraintes budgétaires, la Court Constitutionnelle, par ses arrêts en matière de sécurité sociale, a obligé le Parlement à adopter des mesures directes, et à attribuer des prestations qui n’avaient pas été prévues. La justification de ces arrêts se trouve dans le principe de non-discrimination, qui derive du principe d’égalité. En Irlande, alors même qu’il existe, comme dans les autres pays, des contraintes budgétaires pour les prestations sociales, l’établissement du budget n’est toutefois soumis à aucune restriction constitutionnelle ou légale, comme celle interdisant un déficit budgétaire”. Em relação a sanção do Estado que não cumpre ou determina o



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Invoca-se a chamada “*reserva econômica do possível*”, como argumento objetivo e limite aplicável à problemática analisada⁴². A esse tema voltaremos mais adiante.

Antes mesmo de tratar da “*reserva econômica do possível*”, creio que seja importante fixar algumas premissas para que a questão econômica funcione como um dique ao pensamento e embruteça a possibilidade de novas criações.

Afinal de contas, se sempre o argumento econômico é limite objetivo à obtenção e fruição de quaisquer direitos, tudo estaria acacianamente resolvido com a invocação desse argumento.

Há recurso, há direito, não há recurso, não há direito. Parece evidente que a questão se empobrece, e não pode ser posta exclusivamente nesses termos.

cumprimento de um direito social garantido na Constituição, a mesma autora afirma: “ s’il existe un moyen de sanctionner la carence de L’Etat à ne pas entreprendre une action positive pour sa mise em ouvre, se pose de manière différente selon qu’il s’agit du législateur ou de l’Administration... Parmi les exceptions doit être cite l’ordre juridique du Portugal, où un recours en inconstitutionnalité pour omission du législateur est expressément prévu, à l’inclusion des normes législatives nécessaires à l’exécution des droits sociaux consacrés dans la Constitution. Par contre, en Belgique, la Cour d’Arbitrage ne peut pas sanctionner lê défaut du lpegislateur de garantir l’um des droits sociaux fondamentaux garantis à l’art. 23 de la Constitution. En France, non plus, excepté le domanine du droit communautaires, moyen indirect, il n’existe aucun moyen spécifique pour contraidre l’Etat à entreprendre une action positive pour la mise em ouvre d’un droit social. En Autriche, selon la conception traditionnelle des droits fondamentaux, la Court Constitutionnelle peut uniquement abolir des lois et décrets violant un droit fondamental, sans qu’elle soit autorisée à suppléer par sa décision à une loi contraire à la Constitution. La Cour Constitutionnelle a pourtant répondu à cette problématique- qui résulte du fait que la carence du législateur ne se prête aucunement, semble- t-il, à être mise en cause juridiquement- en définissant de manière très souple les dispositions à annuler. De plus, elle s’est déclarée prête, du moins en partie, à suivre la jurisprudence des organes de Strasbourg, qui ont dégagé, de la CEDH, des obligations de protection (“Schutzpflicht”) des droits fondamentaux de la part du législateur et de l’Administration. La doucrine soutient par conséquence que les droits fondamentaux existants ne se limitent pas à identifier des limites que L’Etat est tenu de respecter mais qu’ils l’engagent également, bien qu’à um degré moindre, à agir de manière positive..... Enfin, dans certains Etats membres, la doucrine a considere la possibilite d’engager la responsabilité de l’Etat comme un moyen indirect de sanction de la carence du législateur; ainsi, la mise en jeu de la responsabilité le législateur à accomplir as mission prévue dans la Constitution a été défendue par une partie de la doctrine hellénique. Ob. Cit. Ant. página 935.

⁴² O argumento em si não é novo. Os romanos já diziam: “ad impossibilia nemo tenetur”. Ninguém é obrigado a coisas impossíveis.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Nesse particular, quem iluminou o caminho para o entendimento da questão, a nosso juízo, foram os juristas Stephen Holmes e Cass R. Sustein⁴³.

Na obra, “The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes”, ambos deixam muito claro todas as implicações envolvendo os custos dos direitos. Dentre outros aspectos, coletamos os seguintes trechos que nos parecem elucidativos:

- 1) Os cidadãos vigilantes devem saber como os recursos públicos são alocados. A Nação tem o direito de saber aonde aloca cada centavo.
- 2) Os americanos parecem esquecer facilmente que os direitos individuais e as liberdades dependem fundamentalmente de uma ação vigorosa do Estado;
- 3) Direitos custam, dependem de recursos econômicos. Todos os direitos batem as portas das arcas públicas.
- 4) Recursos são finitos.
- 5) De um modo geral, lamentavelmente, indivíduos que não vivem sob um governo capaz de tributar e conceder ordens e medidas judiciais, não têm na prática direitos garantidos. Um Estado ausente, não raro implica em um Estado aonde não se garantem direitos a ninguém.
- 6) O custo dos direitos tem diferentes pesos, “valem” de forma diferente. A liberdade de imprensa é mais valiosa a alguém já bem posicionado na sociedade do que a alguém que mora embaixo da ponte.
- 7) Os direitos têm um custo social, como também orçamentário.
- 8) A atenção aos custos dos direitos não se prende a saber apenas o seu valor, mas “quem” decide alocá-los, na proteção de “que tipos” de direitos e “para quem”.

⁴³ “The Cost of Rights- Why Liberty depends on taxes”, de Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, W.W. Norton & Company, New York, London, 1999.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

- 9) Todos os direitos são dotados de um custo, sejam os chamados negativos ou os chamados positivos, pois todos implicam e pressupõem o pagamento de tributos para financiá-los, para implementá-los e para executá-los.
- 10) As deliberações e decisões públicas envolvendo os gastos de recursos públicos deveriam focar as seguintes questões: a) quanto queremos e quanto podemos gastar com cada direito ? b) qual a melhor maneira de gastá-los? C) qual a melhor maneira de despender os recursos com máxima proteção com um mínimo custo? D) todo o processo foi motivado e justificado amplamente?⁴⁴

Pois bem, mas como dizíamos, no Brasil podem ser identificadas três grandes linhas a respeito da exigência dos direitos sociais com diversos matizes.

Alguns entendem que todos os direitos sociais previstos como fundamentais na Constituição são exigíveis de pronto.

Outros entendem que exigíveis seriam apenas os direitos negativos, pois os positivos somente estariam disponíveis sob a reserva do possível, e ainda condicionados à mediação legislativa.

Por fim, há aqueles que entendem existir um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, restando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

A nosso juízo a questão deve ser delimitada, em um primeiro momento, segundo parâmetros do próprio regime constitucional⁴⁵.

E no caso brasileiro é preciso recordar, em primeiro plano : a) a vigência do princípio da inafastabilidade do amplo controle jurisdicional previsto no artigo 5º, inciso XXXV, “ a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou

⁴⁴ Tradução e interpretação livre do autor.

⁴⁵ Com as suas aberturas do constitucionalismo contemporâneo, naturalmente.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

ameaça a direito”; b) o fato do Brasil ser um Estado Democrático de Direito, conceito amplo e substantivo que merece ser decodificado também pelo Judiciário para aplicar os valores e direitos constitucionais, generosamente; c) ter presente a idéia de que os direitos e garantias fundamentais devem embeber a interpretação da constituição e de seus destinatários, inclusive o Estado; d) compreender o esforço para conferir aplicabilidade e eficácia máxima aos direitos que atendam ao princípio da dignidade humana em sua dimensão mais compreensiva e pluralista possível; e) considerar que os direitos constitucionais fundamentais considerados indispensáveis a uma vida digna (saúde, educação, moradia, etc.) são de variada eficácia e aplicabilidade e não raro demandam a integração dos vários poderes para sua total fruição pelos particulares.

Presentes tais premissas de compreensão, é preciso ainda aceitar que o princípio da separação de poderes, com sua dimensão contemporânea renovada, é vigente e deve ser aplicado, não por amor à mecânica do constitucionalismo clássico, mas, sobretudo por reverência aos espaços democráticos de cada função e poder estatal.

É dizer, as políticas públicas não podem ser *formuladas originariamente* pelo Poder Judiciário em respeito à própria cidadania.

Se de um lado é possível concordar com Andréas J. Krell⁴⁶ quando afirma:

“Ao mesmo tempo, a justificada cobrança de um controle mais efetivo dos atos administrativos, a ser exercido pelos tribunais em defesa dos direitos e garantias fundamentais, não deve chegar a ponto de querer atribuir “todo o poder aos juízes”, sendo ingênuo pensar que as relações de poder econômico e político, estratificadas numa sociedade (ainda) *periférica* e a falta de qualificação profissional não se reproduziriam também no âmbito do Terceiro Poder”.

⁴⁶ “Discrecionabilidade Administrativa e Proteção Ambiental - O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais”, Um Estudo Comparativo - Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, página 135 e 136).



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

“A condenação do Executivo, em sede de ação civil pública, a realizar obras de saneamento e prestar serviços públicos sociais com efetividade, não pode ser obstruída mediante invocação do princípio da separação dos Poderes, da falta de recursos financeiros ou da pretensa invasão do “mérito” dessas decisões. Nesses casos, a discricionariedade dos órgãos governamentais foi *reduzida a zero*, visto que as próprias normas legais constitucionais estabelecem, de forma expressa, os deveres de implementação das respectivas políticas públicas, cabendo ao Judiciário corrigir as omissões dos outros Poderes estatais.”

Não é possível de outra parte, estender, dilatar o *controle judicial* a tal ponto que teríamos inexistente o campo próprio, o núcleo essencial de competências atribuída a cada poder e função estatal.

É a constituição e na constituição que a resposta a essa questão (da extensão e limite do controle) deve ser encontrada.

Será a partir das normas e princípios constitucionais, sobretudo àqueles que veiculam proteção à dignidade da pessoa humana no bojo dos direitos fundamentais que encontraremos os deveres do Estado, positivos ou negativos e sua regular compostura.

Não caberia ao poder judiciário, é certo, substituir-se ao administrador público no exercício de função administrativa, mas é preciso considerar que essa é apenas uma parte do problema.

Concordamos inteiramente com Ana Paula de Barcellos⁴⁷ que em magnífico artigo sobre o controle judicial em matéria de direitos fundamentais, identifica

⁴⁷ “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático”, Revista de Direito do Estado, Ano 1, número 3, Ed. Renovar, Rio, 2006, Página 35 e seguintes.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

cinco objetos que podem sofrer controle jurídico e jurisdicional (sem prejuízo de outros).

São eles: i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; ii) o resultado final esperado das políticas públicas; iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculada à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos ou relativos; iv) o alcance ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e v) a eficiência mínima (entendida como economicidade) na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

Não seria possível trazer todo o raciocínio desenvolvido pelo longo artigo da Professora Ana Paula de Barcellos. Pincemos, no entanto, apenas um deles. O relativo à *eficiência mínima* na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade. A citação, apesar de longa, merece ser feita.

Afirma a professora: “Imagine-se que um Município hipotético X declara, em seu relatório de execução orçamentária, haver investido R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) em saúde no ano de 2005. As questões que surgem aqui são duas. Em primeiro lugar: o que se fez especificamente com os R\$ 1.000.000.00? Que resultado se produziu com tais recursos? Em segundo lugar, e tendo em conta essa informação, será o momento de apurar se existe uma relação de eficiência mínima entre os recursos investidos e o resultado produzido (seja ele qual for). Teria havido desperdício, ineficiência ou desvio? O resultado produzido concretamente pelo investimento de tais recursos custa razoavelmente 1 milhão de reais ?

Repita-se que esse controle não se ocupa do *quanto* deveria ou não ter sido investido em determinada área ou mesmo de quais deveriam ter sido as prioridades de investimento nesse particular. Deixando, por ora, a cargo dos Poderes Públicos majoritários a definição desses elementos, o que se procura verificar é a existência- ou não- de uma relação de eficiência mínima entre o que



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

se investiu e o resultado específico desse investimento. Há duas observações a fazer sobre a questão.

O controle da eficiência eventualmente poderá exigir o recurso a parâmetros externos, obtidos junto ao mercado, para que seja possível aferir qual o custo real, ainda que aproximado, dos bens e serviços produzidos afinal pelo Poder Público. Suponha-se que, com os R\$ 1.000.000,00, o Município X afirme ter construído a escola Y e incrementado a qualidade da merenda escolar das cinco escolas já existentes na região, atendendo a um total de 800 crianças. Pois bem: quanto deveria custar, em geral, uma edificação do porte da escola Y e, quanto custa, também em média, a melhoria introduzida na merenda escolar?

A segunda observação envolve a noção de eficiência, embora não seja o caso aqui de examinar o tema com maior profundidade. A doutrina especializada visualiza na eficiência um dever geral de a Administração otimizar o emprego dos meios disponíveis para, com eles, obter os melhores resultados possíveis relevantes para o interesse público. Nada obstante, a economicidade- isto é: a relação custo-benefício sob uma perspectiva financeira- será sempre um aspecto importantíssimo a ser examinado no contexto da eficiência.

Ainda sobre a noção de eficiência, também é certo que a avaliação acerca do que é – ou, mais precisamente, do que foi eficiente ou não muitas vezes produzirá zonas de certeza negativa, zonas de certeza positiva e também as chamadas “zonas de penumbra”. Dito de outro modo, algumas opções dos Poderes Públicos poderão facilmente ser descritas como ineficientes (zona de certeza negativa), outras como eficientes (zonas de certeza positiva), ao passo que em relação a outras haverá dúvida fundada sobre seu status, sobretudo tendo em conta e esse é também um aspecto importante as circunstâncias que cercavam e pressionavam o administrador (e eventualmente também o Legislador) no momento em que tomou a decisão que agora o Poder Judiciário examina.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A possibilidade de controle da eficiência mínima das políticas públicas, antes de outros desenvolvimentos maiores e mais aprofundados, envolverá sobretudo o aspecto da economicidade, de modo a verificar o emprego adequado dos recursos no contexto das políticas públicas direcionadas (ou supostamente direcionadas) à realização dos direitos fundamentais. Esse controle, é claro, tem por objetivo principal eliminar as zonas de certeza negativa na matéria. Isto é: impedir ou, no mais das vezes, apenas punir, já que impedir em caráter preventivo nem sempre será viável condutas claramente ineficientes ou mesmo a malversação criminosa do dinheiro público.

De outra parte, aceitamos que seja plenamente possível o controle judicial das políticas públicas no Brasil no tocante à sua adequação ao conteúdo e aos fins estabelecidos na Constituição.

Ao interpretar a Constituição procurando dela sacar todas as suas potencialidades, verificamos que o controle das políticas públicas não é um exercício retórico ou demagógico, mas um verdadeiro dever do Estado-juiz. Tudo evidentemente com *prudência e razoabilidade*.

Assim, parece-nos, que ao juiz é plenamente possível exercitar o princípio da ampla tutela jurisdicional com os olhos voltados à máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, para contrastar se a política pública apresenta ineficiência ou omissão em seu cumprimento, sindicando amplamente as causas e motivos que levaram à aquela situação, verificar se direitos estiverem ameaçados ou lesados.

De outra parte, parece-nos que a teoria da “*reserva do possível*” deve ser acolhida com ressalvas. Sempre existirá alguma sorte de limite para o atendimento a direitos, considerando que todos eles têm determinado custo, e os recursos são limitados. (Susskind).

É no mínimo discutível a tese de que, em nome da reserva do possível, pode-se obstaculizar o reconhecimento de direitos a prestações estatais. É intuitivo que



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

esse obstáculo não possa ser invocado como razão absoluta para o desenvolvimento e atendimento dos direitos sociais.

Mas também não podemos nos fixar nas (meras) alegações – useiras e vezeiras de ausência de recursos, discurso monocórdico do Poder Público. As perguntas que podem e devem ser feitas são as seguintes:

Qual o motivo que levou à alegada escassez? Ele é real? Há espaço jurídico para questionar as prioridades adotadas pelo Governo? A Constituição (ou a lei) estabeleceu algum tipo de prioridade material naquela determinada matéria ou assunto em litígio?

Como bem ressalta Américo Bedê Freire Júnior:

“Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública”⁴⁸.

E como o Supremo Tribunal Federal analisa essa temática? Ao ensejo de responder essa questão, já será possível tocar em dois pontos, intimamente

⁴⁸ Ob.Cit. página 74. Silvio Rocha, magistrado federal e professor de direito administrativo da PUC-SP, também aceita um controle substancial ao afirmar: “ O magistrado deve investigar no caso concreto: a) se a política pública social contemplada recebeu recursos minimamente condizentes com as necessidades de atendimento, em cotejo com outras necessidades de menor importância contempladas no orçamento, v.g. comparar recursos destinados a aquela política pública com recursos destinados à publicidade; b) se os recursos destinados a aquela política foram exauridos ou simplesmente contingenciados; c) estabelecer uma política pública mínima para vigorar enquanto não for implantada outra pelo poder público que atenda de modo satisfatório a demanda; d) determinar a abertura de crédito suplementar para suprir os gastos da política pública minimamente eficaz determinada por ele”. Resumo oferecido pelo autor, da intervenção no II Congresso Brasileiro de Direito Público realizado em Maceió, Brasil em 2006.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

conectados, a saber, a *reserva do possível* e (versus) a *teoria do mínimo existencial*.

Não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal no Brasil tenha enfrentado a matéria de forma exaustiva ou que tenha uma posição firme a respeito. Foram poucas as vezes que a matéria ascendeu àquela Corte e há poucos pronunciamentos a respeito. Entretanto, os casos são interessantes e merecem ser trazidos à colação.

O primeiro caso importante decidido no Supremo Tribunal Federal no Brasil relativamente a esse assunto foi a **ADPF 345**, Relator o Ministro Celso de Mello (em 29 de abril de 2004). Não importam os detalhes processuais do caso para nossa análise.

Basta assinalar que o autor da ação questionava, originariamente, o veto presidencial no orçamento de determinado ano, o que implicava desrespeito ao preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional número 29/2000, que foi promulgada para garantir *recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde*.

Em primeiro lugar, o Relator Ministro Celso de Mello destacou que a ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental) é um instrumento idôneo e apto a *viabilizar e concretizar políticas públicas*, quando previstas no texto da Constituição e venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando constitucional.

Afirmou: “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, sob pena de o Poder Público, por violação positiva



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal e o controle das políticas públicas afirmou o Relator: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário- e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Sobre a reserva do possível, afirmou o Relator: “.. que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política, não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/Cass.R.Sustein), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais- além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização- depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

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 política- 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 esta conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

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

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

implantação sempre onerosa - , traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”

Sobre a liberdade do legislador e do executivo para conformar ditos “direitos sociais”, afirmou: “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado- e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico-, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

Em 22/11/2005 no R.E. AgR 410715/SP, também Relator o Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu na forma abaixo. A ementa é elucidativa.

“Criança de até seis anos de idade. Atendimento em Creche e em Pré-Escola. Educação Infantil. Direito Assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, IV). Compreensão Global do Direito Constitucional à Educação. Dever Jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (CF, Art. 211, § 2º). Recurso Improvido. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

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



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Já em 8 de junho de 2007, a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, na SS 3205, também enfrentou o tema, indeferindo pedido do Estado do Amazonas que requeria a suspensão da execução de uma medida liminar concedida em um mandado de segurança em trâmite no Tribunal de Justiça daquele Estado, a qual determinou à Secretaria de Estado da Saúde, a “imediata aquisição do medicamento Diazóxido, junto ao respectivo laboratório fabricante da droga, e manutenção de seu fornecimento de forma ininterrupta, enquanto perdurar a necessidade médica de sua ingestão”.

Cuidava-se de ação impetrada por menor representada por sua mãe, na qual afirma que sua filha é portadora de hiperinsulinismo congênito, uma rara patologia que cursa com a liberação exacerbada de insulina pelas células beta do pâncreas, cujo tratamento necessita da utilização do medicamento fabricado no Canadá. O governo do Estado manifestou-se afirmando que não dispunha desse medicamento pois o mesmo não fazia parte do programa governamental de medicamentos excepcionais. Ademais, alegou que ao ser compelido a adquirir esse medicamento estaria sacrificando toda a coletividade, pois, valendo-se do exemplo do caso concreto, estar-se-ia atendendo uma necessidade individual, em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema em relação à coletividade e ainda, que o artigo 196 da Constituição brasileira, ao assegurar o direito à saúde, se refere, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, não garantindo situações individualizadas, como o fornecimento de remédios excepcionais e de alto custo que estão fora da lista oficial do Sistema Único de Saúde (SUS).

Sem adentrar na discussão teórica da justiciabilidade das políticas públicas, simplesmente, a Relatora, atenta às condições de saúde da menor e aos relatórios (laudos) médicos constantes do processo que indicavam que o referido medicamento era o único a possibilitar uma condição possível de vida a paciente, e ainda, atendendo à condição de hipossuficiência econômica da mesma, determinou a importação do medicamento, até a menor completar 2 anos de idade,



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

quando teoricamente poderia o medicamento ser gradativamente suspenso ou substituído.

Vista a posição do Supremo Tribunal Federal no Brasil, podemos avançar explorando um pouco mais a teoria do mínimo existencial.

Sobre a teoria do *mínimo existencial* acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal, lembramos uma vez mais Ingo W. Sarlet,⁴⁹ que enfrentou o tema do “mínimo indispensável para uma existência digna” trazendo para o direito brasileiro a doutrina alemã.

Afirma: ... a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos constituintes (o autor refere-se à realidade alemã), mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na doutrina, o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de cinquenta, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso I, da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e à integridade corporal (art. 2º, inciso II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.

... em outros arestos a Corte Constitucional Alemã, resultando no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial. Para além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações”.

⁴⁹ Ob.Cit. “A eficácia dos Direitos Fundamentais”, página 292 e seguintes.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

No Brasil a doutrina alemã tem sido regularmente invocada pelo Supremo Tribunal Federal e explorada por diversos autores brasileiros⁵⁰.

Examinado o panorama do direito brasileiro, seria interessante fecharmos o presente artigo trazendo um exemplo de como a matéria recebeu tratamento no sistema regional interamericano (“Rumo à *exigibilidade internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais nas Américas : o desenvolvimento da jurisprudência do sistema interamericano*”).

Para isso, trazemos à colação o trabalho e as idéias desenvolvidas por James Louis Cavallaro e Thamy Pogrebinschi⁵¹, exatamente com o título acima.

Neste trabalho, os autores pretendem demonstrar – trazendo a jurisprudência da *Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos* – a importância da consolidação e as possibilidades existentes para o desenvolvimento de precedentes que aumentem a exigibilidade desses direitos (sociais, econômicos e culturais) no sistema interamericano.

⁵⁰ Ampliar em Cláudio Pereira de Souza Neto, “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais : Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático”, na obra : “A Nova Interpretação Constitucional”, organizada por Luís Roberto Barroso, Renovar, Rio de Janeiro, página 285 e seguintes. Afirma o autor: “Observe-se que, a despeito de sua inspiração eminentemente liberal, não há nesta teoria a pretensão de que as políticas públicas estatais se restrinjam ao mínimo existencial, deixando ao mercado a realização do que estiver além disso. Também o estado, para esse ponto de vista, pode realizar a justiça social (...). Por agora, buscaremos apenas fixar alguns pressupostos, também compartilhados pela teoria do mínimo existencial, que comporão o pano de fundo das reflexões que se seguem: 1) o estado tem legitimidade para concretizar direitos sociais, sobretudo para aqueles que, por uma infinidade de motivos, não conseguiram concretizá-los por conta própria; 2) da totalidade dos direitos sociais, alguns podem ser considerados direitos fundamentais; 3) qualquer sociedade onde tais direitos não estejam respeitados- ou onde não haja iniciativas consistentes para implementá-los- é uma sociedade injusta; 4) o campo da fundamentalidade dos direitos sociais pode ser definido através de critérios materiais; 5) o judiciário tem a prerrogativa de concretizar, independentemente das políticas governamentais e da ação legislativa, os direitos sociais na medida da fundamentalidade material, ao passo que o que está além disso deve ser concretizado pelo executivo e pelo legislativo nas suas esferas de competência; 6) os ramos eletivos do estado possuem legitimidade democrática- quando eleitos democraticamente- para implementar políticas públicas, não se concordando com a tese de que o judiciário é uma verdadeira panacéia para a solução de todos os problemas da vida social”. Concordamos com o desenvolvimento de suas idéias.

⁵¹ Na obra “Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional- Desafios do Direito Constitucional Internacional”, publicação da Ford Foundation, Max Limonad e Jusitça Global, obra coordenada por Flávia Cristina Piovesan, 2001, páginas 669 a 684.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Procuraremos fazer um resumo do trabalho desses autores⁵², ou seus pontos essenciais, pois a nosso juízo, ele acrescenta e complementa o cenário nacional, apresentando um panorama da realidade regional ou interamericana, demonstrando, do mesmo modo, que o movimento e a necessidade de proteção e promoção desses direitos parece ser mesmo universal.

O trabalho está dividido nos seguintes aspectos:

1) Contexto histórico: o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Recordam que a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio de sua Assembléia Geral, em maio de 1948, aprovou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Esse documento positivou diversos direitos humanos fundamentais- tanto direitos civis e políticos, como também direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração Americana prevê o direito à saúde (art.11), à educação (art. 12), à cultura (art. 13), ao trabalho (art. 14) e à previdência social (art. 16). Em 1969 surge a Convenção Americana de Direitos Humanos e, após nove anos e onze ratificações, o tratado finalmente entrou em vigor.

A Convenção, ao contrário da Declaração, falhou ao não especificar os DESC da mesma forma que a Declaração de 1948. Todo o tema dos direitos econômicos, sociais e culturais na Convenção Americana resume-se a um único artigo- o artigo 26, intitulado “desenvolvimento progressivo”, que estabelece:

“Os Estados – partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo

⁵² Utilizaremos exclusiva e intergramente, nesta parte, o trabalho já citado de James Louis Cavallaro e Thamy Pogrebisnschi, transcrevendo quase que integralmente suas idéias e conceitos. Aonde possível resumiremos suas idéias.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Criticam os autores a ausência de um dever concreto aos Estados- partes. Dizem que eles estão a “tomar providências a fim de conseguir progressivamente (primeira limitação) a plena efetividade (segunda limitação) dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais (...) (terceira limitação)”.

E uma vez que os Estados – partes não são obrigados a tomar nenhuma medida imediata e nenhum direito é fixado pelo art. 26 (tais como direito à educação, moradia, condições adequadas de trabalho, etc.), casos individuais de violação do art.26 não podem ser apreciados pelos órgãos de direitos humanos do sistema interamericano.

De outra parte, a Comissão e a Corte vinham ativamente defendendo os direitos civis e políticos, até porque durante largo período, essa era a maior necessidade na América Latina, devido a cíclicos movimentos revolucionários ou ditaduras militares, deixando de lado os direitos econômicos, sociais e culturais.

Posteriormente, essa lacuna foi preenchida- ao menos em parte- pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como o “Protocolo de San Salvador”.

Nele se prevê o direito ao trabalho (art.6º); direito à condições de trabalho justas e equitativas (art. 7º); direitos trabalhistas (art.8º); direito à seguridade social (art. 9º); direito à saúde (art. 10); direito ao ambiente saudável (art. 11); direito à alimentação (art. 12); direito à educação (art.13); direito aos benefícios da cultura (art. 14); direito à proteção das famílias (art. 15); direito da criança (art. 16), além da proteção dos idosos (art. 17) e dos portadores de deficiências físicas (art. 18). O artigo 19, de outro lado, autoriza que os direitos estabelecidos nos artigos 8 (trabalho) e 13 (educação) por uma ação imputável diretamente ao Estado, pode dar lugar ao direito de petição individual à Comissão e à Corte.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Informam os autores que há ampla base para defender a exigibilidade no sistema interamericano, de todos os direitos protegidos no Protocolo de San Salvador.

2) Monitoramento judicial e quase-judicial no sistema interamericano.

Explicam os autores que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959, é um organismo quase judicial que promove os direitos humanos, através de uma série de funções que vão além da adjudicação de casos individuais.

Já a Corte, estabelecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (elaborada em 1969 e posta em vigor em 1978), é um órgão unicamente judicial que tem por atribuição resolver disputas individuais encaminhadas pela Comissão (jurisdição contenciosa), bem como tem o poder de emitir Opiniões Consultivas, a partir da requisição dos Estados-membros da OEA, da Comissão e de outros órgãos da OEA.

A Comissão Interamericana recebe e processa petições individuais de alegações de violações dos direitos humanos garantidos no sistema interamericano. Para encaminhar uma petição para a Comissão, é preciso que tenham sido esgotados os recursos internos, ou que se apresente uma exceção válida para essa regra. O litígio naturalmente pode chegar à Corte Interamericana. Se isso ocorrer, a Comissão pode deixar de ser árbitro e passa a ser parte: ela se torna a peticionária perante a Corte, contra o Estado acusado na petição inicial de ter violado direitos.

3. Antecedentes de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Recordam os autores que apesar da falha dos DESC, tanto a Comissão quanto a Corte assentaram precedentes que pavimentam um caminho para a defesa desses direitos.

Recordam decisão de 1985 da Comissão do caso envolvendo índios yanomamis na Amazônia brasileira. Nesse caso, um plano governamental de desenvolvimento que visava explorar recursos na Amazônia levou à construção de uma rodovia que atravessava o território yanomami. A entrada maciça de civis nas tradicionais



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

terras indígenas provocou uma série de mudanças radicais no modo de vida daquela população, como prostituição, doenças, perda de terras, etc. Determinou-se que o governo brasileiro violou os direitos à vida, à segurança, ao domicílio, à locomoção, à preservação da saúde e ao bem-estar, todos garantidos na Declaração Americana.

Em outro caso, também envolvendo povos indígenas, a Comissão Interamericana monitorou um acordo negociado entre o governo da Venezuela e petionários. O caso envolvia a morte de índios e conflitos com garimpeiros. Houve posteriormente um acordo com o governo venezuelano, promovido pela Comissão, em 1999. O governo venezuelano concordou em tomar diversas medidas referentes à violações de direitos econômicos, sociais e culturais.

4) Jurisprudência da Corte Interamericana.

Em seguida, os autores trazem os casos que entendem mais relevantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo a defesa de direitos econômicos, sociais e culturais.

Ressaltam que, apesar de poucos os casos, a Corte já se manifestou sobre a exigibilidade judicial de alguns dos direitos contemplados no protocolo de San Salvador, inclusive em um caso aonde teve de decidir se a indigência do petionário poderia ser considerada fundamento suficiente para uma exceção à regra de esgotamento dos recursos internos, tendo decidido afirmativamente nos seguintes termos:

“Si una persona busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, y encuentra que su posición económica se lo impide (en este caso, su indigencia) porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley. La protección de la ley constituye, básicamente, los recursos que esta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención”.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

5) O Caso Baena Ricardo.

Em 1990, a Confederação dos Sindicatos de Empresas Estatais apresentou ao governo panamenho uma lista de treze reivindicações, entre as quais constavam a não privatização das instituições do Estado, manutenção de programas de seguro social, pagamento de salários atrasados, etc. Houve rejeição das demandas por parte do governo seguida de manifestação nacional e greve pacífica.

Após alguns incidentes políticos, o Presidente enviou à Assembléia Legislativa Nacional um projeto de lei para dispensar todos os servidores públicos que participaram na organização, promoção ou execução da greve citada, dada a determinação do governo de que a greve teria tentado subverter a ordem constitucional e democrática do país e as substituir por um governo militar (alegações).

Antes de esta lei ser aprovada, dizem os autores, a administração de várias empresas estatais dispensou sumariamente um total de 270 empregados, cujos nomes foram escolhidos pela administração das empresas. A lei número 25, autorizou a dispensa de todos os servidores públicos que tiveram participação em atividades que violaram a ordem constitucional, também restringindo severamente as garantias processuais a servidores públicos dispensados, permitindo inclusive a aplicação retroativa dessas restrições.

A decisão da Corte

A Corte divulgou sua análise fundamentada nas violações cometidas pelo Estado panamenho. No que tange à violação do artigo 8º da Convenção, que proíbe a aplicação de sanções criminais sem prévia cominação legal, a Corte citou precedente da Corte Européia de Direitos Humanos, no sentido de que sejam aplicadas as mesmas garantias de devido processo da esfera criminal aos processos disciplinares de natureza civil.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

6. Casos em trâmite na Corte

Por fim os autores trazem três casos que estão em andamento na Corte, a saber:

- a) Caso Benvenuto Torres (direito à seguridade social). A petição foi levada à Comissão em nome de cinco pensionistas do governo peruano, todos idosos e doentes, que tiveram o seu direito de perceber uma pensão do Estado, desconsiderada, inviável. Após anos de clara obstrução da justiça por parte do Estado peruano, as vítimas recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Alegavam violação do direito à proteção judicial e ao devido processo legal, bem como do direito de dispor de garantias judiciais e de contar com um recurso sincero, rápido e efetivo (art. 8º e 25 da Convenção Americana). Discutem ainda a violação dos direitos à seguridade social, à vida, à integridade da pessoa e à saúde. Afirmam ainda que o Estado peruano violou o direito à seguridade social ao privar os peticionários dos meios de subsistência que, em sua condição de pensionistas, lhes são indispensáveis para uma vida digna e com decoro.
- b) Caso Menéndez Caride e outros. Em 1988, um grupo de aposentados propôs uma ação judicial na Argentina visando obter o reajuste de suas aposentadorias, de acordo com a lei vigente. Em 1992, os aposentados obtiveram uma decisão judicial favorável: as autoridades argentinas, contudo, se abstiveram de cumprir a determinação.

Um grupo de aposentados apresentou uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando: a) violação dos artigos 4º (direito à vida), 8º combinado com o art.25 (garantias judiciais) e 21.2 (direito de propriedade), direito à saúde e ao bem-estar do art. XI da Declaração Americana.

Afirmam que a abstenção do pagamento das aposentadorias aos idosos viola o direito destes à uma existência digna, contrariando o artigo 4º. Ao



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

mesmo tempo, consideram que o direito de propriedade inclui o direito à receber uma aposentadoria satisfatória, ou seja, que os anos trabalhados por eles geram uma riqueza que não pode ser indevidamente apropriada pelo Estado.

c) Caso Odir Miranda.

Nele através da discussão de violação do direito à vida, os peticionários inseriram em sua fundamentação legal o direito à saúde. Miranda é um portador do vírus HIV. Com o auxílio de amigos e de um médico particular, fez uso da chamada “terapia tripla” de combate à doença, que melhorou muito seu estado clínico. Internado em hospital público, fundou uma associação para difundir o uso dessa terapia, entrando com petição junto ao serviço de saúde de seu país para a aquisição e administração desse tratamento. Indeferida a petição sem nenhum fundamento aparente. A partir daí, Odir ajuizou ação contra o serviço de saúde, acusando-o de violações arbitrárias relativas ao direito à vida, à saúde e de igualdade (não discriminação arbitrária).

O argumento central da petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em tramitação, alegava, violação conjunta do direito à vida e direito à saúde. Ademais, que o seu governo não havia feito esforços para o gozo de uma “qualidade de vida adequada” a seus cidadãos. Com base no art. 11 da Declaração Americana e no art. 10 do Protocolo de San Salvador, e ainda no art. 26 da Convenção, os peticionários alegam que o Estado de San Salvador tem a obrigação jurídica de realizar todos os atos que sejam necessários para melhorar a saúde e alcançar um mais alto nível de bem estar físico, mental e social⁵³.

⁵³ Não estamos afirmando que há direito subjetivo nos casos em exame. Apenas trazemos à colação a discussão para demonstrar como tem sido utilizada essa importante instância de discussão desses direitos perante tribunais e cortes internacionais e como esses mecanismos podem ser invocados e percorridos.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

d) Caso dos Menores da Comunidade Paynemil

Por fim, os autores trazem o caso dos menores da província de Neuquén, na Argentina. Em março de 1997, uma defensora de menores local, impetrou ação de amparo para garantir a saúde das crianças e jovens da comunidade indígena local, afetados pelo consumo de água contaminada com mercúrio e chumbo. Em sua requisição, solicitou que o Estado providenciasse água potável necessária para a sobrevivência da comunidade.

O juiz de primeiro grau acatou a solicitação, ordenando a província a tomar medidas, entre elas o fornecimento de 250 litros de água potável diários para cada habitante da comunidade, assim como a realização de medidas necessárias para tratar o problema e garantir que não se repetisse no futuro. Confirmada a decisão, a Província entregou somente 14 litros de água diária por pessoa, sem realizar nenhuma das outras medidas ordenadas judicialmente.

Diante desse descumprimento, a defensora apresentou denúncia a CIDH, na qual expôs os fatos descritos. Além de denunciar o descumprimento estatal, a petição também fez menção à discriminação sofrida pelos membros da Comunidade em seu direito ao acesso à água potável, em relação aos demais habitantes. Ressaltou as violações dos direitos das crianças (art. 19 da Convenção), os direitos à saúde, à vida em um ambiente são, todos protegidos pela Convenção.

A Comissão abriu o caso, e o Estado argentino respondeu à primeira comunicação em dezembro de 1998. Em setembro de 1999, deu-se início a um processo de solução amistosa entre as partes, mediado pela CIDH.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Espera-se que a solução amistosa inclua medidas concretas para responder às reivindicações de direitos econômicos, sociais e culturais.⁵⁴

Vê-se que o movimento pela justiciabilidade e responsabilidade pelo cumprimento de direitos sociais, econômicos e culturais é uma constante no mundo contemporâneo.

A título de finalização do presente artigo, procuramos sumular as idéias principais desenvolvidas com objetivo eminentemente didático.

- 1) No Brasil a Constituição de 1988, que coroou o processo de redemocratização, e que do ponto de vista simbólico, superou o modelo anterior, adotou um figurino programático e dirigente, sendo pródiga na formulação de direitos fundamentais de defesa e de prestação de deveres ao Estado e aos particulares.
- 2) Na ordem constitucional brasileira, os direitos fundamentais não são concebidos como simples direitos de defesa em face do Estado. Ao contrário, tais direitos exigem comportamentos ativos (proteção e promoção) dos vários poderes públicos da federação brasileira (federal, estadual, distrital e municipal). Ademais, tais direitos são, em grande medida, aplicáveis diretamente às relações jurídico-privadas, com alguns temperamentos.
- 3) O Poder Judiciário tem sido provocado, sobretudo pelo Ministério Público brasileiro, a questionar e avaliar políticas públicas, notadamente direitos sociais, econômicos e culturais, quer em função das obrigações e direitos constitucionais diretamente sacados da Constituição, quer em razão de omissão, ilegalidade, desvio de poder ou irrazoabilidade (gênero) dos poderes públicos no cumprimento das metas constitucionais e infra-constitucionais.

⁵⁴ Tudo de acordo com os citados autores Cavallaro e Pogrebni.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

- 4) Tais ações, individuais ou coletivas (conflitos de massa) pretendem, não raro, obrigar o Poder Público ou o Administrador Público a alterar um padrão de comportamento e, assim, também ajustar políticas públicas. Esse modelo é incentivado e promovido pelo desenho das normas constitucionais que pretendem infundir maior participação política e pública às decisões no Estado Democrático de Direito.
- 5) O Brasil, não obstante as reformas liberalizantes por que passou na década passada, seguindo a tendência universal de enxugamento do Estado, remanesce com a alma e com espinha dorsal de um Estado Democrático de Direito, comprometido com os valores substantivos de promoção de justiça social, igualdade e liberdade. Tais reformas não tiveram o condão de obscurecer o caráter compromissório da Constituição de 1988.
- 6) O fenômeno da justiciabilidade das políticas públicas se manifesta de várias maneiras, quer no controle de constitucionalidade, quer na defesa de ações de finalidade coletiva.
- 7) É possível, em determinados casos, de acordo com o desenho constitucional e com o arcabouço legal, às vezes somente com o primeiro, exigir judicialmente que os administradores públicos implementem medidas ou políticas que permitam vida mais digna e justa aos brasileiros.
- 8) Ao conceder essa ampla tutela, o poder judiciário não deve “invadir” a área de atuação do poder executivo, mas sim pode e deve corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais ou desarrazoadas, como também corrigir ou promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.
- 9) No Brasil, a partir da década de 80, abriu-se a possibilidade ao juiz, para o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer em matéria de interesse difuso e coletivo, ordenar a execução específica ou a cominação



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

de multa, independentemente do pedido do autor nesse sentido. O Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente são exemplos eloqüentes de uma verdadeira revolução processual na busca do melhor atendimento possível ao direito da parte.

- 10) A teoria da “reserva econômica do possível” como argumento e limite objetivo ao atendimento dos direitos sociais tem sido regularmente invocada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. De um lado, temos partidários fiéis de sua integral aplicabilidade, de outro, há respeitáveis oposições à sua integral adoção em face da realidade constitucional brasileira. Parece prudente aceitar a teoria com temperamentos.
- 11) Todos os direitos têm custos e dependem da sociedade (Sustein).
- 12) As deliberações e decisões públicas acerca dos gastos públicos devem ser feitas e conduzidas pelo poder político e democrático nos espaços livres de conformação para que o embate e a criação normativa brotem voluntariamente do espaço social.
- 13) A constituição não deve ser um instrumento autoritário de modelagem de todos os espaços sociais. Sequer cabe ao Judiciário ou à jurisdição constitucional sufocar o espaço da política, dos indivíduos e a autonomia privada da pessoa humana.
- 14) É a partir das normas e princípios constitucionais, sobretudo àqueles que veiculam a proteção à dignidade humana, no bojo dos direitos fundamentais que encontraremos os deveres do Estado, positivos e negativos à sua regular compostura.
- 15) Em face da realidade brasileira, ao Poder Judiciário é atribuída uma importantíssima missão de co-responsável à correção das desigualdades sociais, nos limites de sua atuação criativa e promocional dos direitos fundamentais.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

16) Não obstante a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo dos poderes populares, não há liberdade absoluta nesse domínio, quer do legislador, quer do executivo. Se tais poderes agirem de modo irrazoável ou procurarem neutralizar direitos sociais, agindo com inércia ou abusivamente, afetando a existência digna, cumpre ao Judiciário corrigir tais condutas (STF).

A justiciabilidade dos direitos fundamentais alcançou o sistema interamericano e constitui importante remédio para a promoção e correção de rotas em busca da plena eficácia dos princípios cardeais da civilização democrática e pluralista no Estado de Direito.