

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E “VONTADE DE CONSTITUIÇÃO”

JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLITICS AND “WILL OF CONSTITUTION”

Pedro Dalla Bernardina Brocco¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO, DIREITOS SOCIAIS: uma conquista recente. 1.1. Direitos fundamentais de primeira geração. 1.2. Direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. 2. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. 2.1. A força normativa da constituição. 3. POLÍTICAS PÚBLICAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO. 3.1. A ADPF nº 45: um marco da intervenção do poder Judiciário nas políticas públicas. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este trabalho trata do polêmico entendimento a partir do qual o Judiciário poderia intervir, instado a tanto, na implementação de políticas públicas, fazendo frente ao Executivo no que diz respeito à execução das mesmas. O estudo pretende construir teoricamente o caminho que levou à formação da ideia de “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*) no direito público, tendo início com Konrad Hesse, culminando em decisões relevantes que albergariam o entendimento de Hesse sobre a função desempenhada pelas Constituições. Utilizaremos, para tanto, o efeito da decisão paradigmática que ensejou a ADPF 45, no direito constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas; Constituição; Teoria constitucional; Teoria política.

ABSTRACT: This work deals with the controversial understanding from which the judiciary could intervene, urged to do so, in the implementation of public policies as they face the Executive with regard to the implementation of them. The study aims to theoretically construct the path that led to the formation of the idea of "the Constitution will" (*Wille zur Verfassung*) in public law, beginning with Konrad Hesse, culminating in relevant decisions which could bring the understanding of Hesse on the function performed by the Constitutions. We use, therefore, the effect of the decision giving rise to paradigmatic ADPF 45 at the Brazilian constitutional jurisprudence.

KEYWORDS: Public politics; Constitution; Constitutional theory; Political theory.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasce da necessidade de pesquisar a abrangência do controle judicial das políticas públicas no atual cenário jurídico brasileiro. A pesquisa se dará no sentido de questionar quais são os limites da interferência do Judiciário na seara dos Poderes Executivo e Legislativo, no que tange à implementação das políticas públicas.

Inicialmente há que se conceituar o que se entende por “política pública” e o que seria o seu controle judicial.

Genericamente, podemos entender uma política pública como um processo complexo, voltado a determinada prestação estatal – um *facere* estatal. Assim, a elaboração de uma política pública pode envolver tomadas de decisões políticas, reuniões de discussão, planilhas e modelos matemáticos, criação de legislação e, ao final, se gera um plano (OLIVEIRA, 2007).

Ocorre que tal plano deve respeitar certas diretrizes, ou nortes normativos. A principal delas é a Constituição da República, que traz em seu bojo um complexo de regras e princípios que devem ser observados pela pessoa jurídica estatal. Como exemplo citamos o artigo 3º da Carta Magna, que traz os objetivos precípuos, fundamentais, da República Federativa do Brasil, transformando em norte valorativo tais objetivos quando se pretende estabelecer políticas públicas.

Outrossim, temos, como exemplo a ser citado, a Emenda Constitucional nº 29/2000, que teve como objetivo assegurar recursos financeiros mínimos para serem

¹ Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF).

aplicados necessariamente em ações e serviços públicos de saúde. Destarte, não estando o Estado em consonância ao que dispõe a Constituição, seja agindo em desconformidade ou não agindo em conformidade, surge a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para “controlar” a má prestação ou a falta de prestação estatal.

O tema é recente e até há pouco não se falava, ou não se pensava, que o Poder Judiciário poderia interferir nos atos do administrador público, mormente em sua conveniência e oportunidade para estabelecer e executar políticas públicas.

Todavia, existem situações e jurisprudências recentes que colocam em xeque a teoria clássica da separação de poderes, menção que se faz em especial à ADPF número 45, que teve decisão monocrática simbólica (pois após a decisão a norma atacada foi reestabelecida em outra lei) do Ministro Celso de Mello, que reconheceu ser a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) instrumento idôneo apto a viabilizar a concretização de políticas públicas.

Assim, a partir daquele momento, abriu-se a possibilidade de discussão a respeito da possibilidade, concretizada com a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, de interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, função até então exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo.

A ADPF nº 45 traz decisão de extrema relevância para o desenvolvimento do presente trabalho. As inquietações que motivam esta pesquisa partem da leitura da referida decisão mas não se resumem a ela. O que está em jogo é uma ampla reformulação das engrenagens do Estado.

Resumidamente, a ADPF foi promovida contra veto do Presidente da República sobre o §2º do art. 55 de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003, destinada a fixar diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2004. O dispositivo vetado possuía o seguinte teor:

§2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

O autor da ADPF alegava que o veto importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional 29/2000, que foi promulgada com a finalidade de garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nos serviços públicos de saúde.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 10.777/2003, que supriu a omissão normativa combatida pela ADPF, em seu artigo 59, §3º, razão pela qual ficou prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para o caso.

Não obstante, o Ministro Celso de Mello teceu considerações relevantes, no sentido de tomada de posição de uma dimensão política de jurisdição constitucional do STF, que, segundo suas palavras, “não pode demitir-se do 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”.

Coloca-se à luz, também, o seguinte trecho de sua decisão:

Não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Dessa forma, estaríamos diante de uma mudança na prestação dos serviços estatais e, num sentido mais amplo, no controle (leia-se: intervenção direta do Judiciário) da implementação das políticas públicas, outrora somente da alçada do Poder Executivo.

A relevância deste estudo se deve ao fato de pensar acerca da importância que vem sendo dada ao Poder Judiciário no que diz respeito ao controle das políticas públicas, tendo como pano de fundo a ADPF nº 45.

Outrossim, importante é averiguar a partir de quando o Poder Judiciário tem legitimidade para interferir na implementação dessas políticas e quais os limites do seu controle.

O objetivo primordial deste trabalho é mostrar que há alguns anos, desde o início do século XXI, no cenário jurídico brasileiro, o Judiciário vem iniciando um gradual movimento de intervenção na órbita dos Poderes Executivo e Legislativo, no que tange à elaboração e aplicação de políticas públicas, a serem balizadas pela Constituição da República.

O artigo será organizado em três seções, tendo a primeira a função de conceituar direitos fundamentais, os quais balizam as políticas públicas pós Constituição da República de 1988, além de conceituar, também, os direitos fundamentais de segunda geração ou direitos sociais. A segunda seção terá como função abordar a teoria clássica da separação dos poderes, as ideias de Konrad Hesse e inserir o entendimento firmado pelo STF na ADPF 45 na problematização do funcionamento da separação dos poderes arquitetada por Montesquieu. A terceira seção abordará as diretrizes e os limites das políticas públicas, os seus objetivos principais e a importância do Poder Judiciário, mormente do STF, no controle de sua implementação.

A metodologia utilizada reunirá as propostas de uma pesquisa bibliográfica, bem como jurisprudencial acerca do tema.

Como marcos teóricos do trabalho, começamos por citar a aula inaugural do constitucionalista alemão Konrad Hesse na Universidade de Freiburg, intitulada *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)*, em que, respondendo à teoria de Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição é um mero “pedaço de papel” que justifica as relações políticas que formam a sociedade, esforça-se por trazer uma visão mais normativista do texto constitucional (HESSE, 1991). Assim é porque, uma vez oriunda de relações de poder no seio social, de limites materiais e temporais definidos na história, a Constituição também pode azeitar as engrenagens que movimentam as relações de poder. Daí a força normativa da Constituição: a partir de seu nascimento em um espaço-tempo definidos, mediante o poder constituinte originário afetado por embates políticos de diferentes matizes, a Constituição não é um mero pedaço de papel, mas desempenha também uma função de influência normativa sobre todas as relações estatais. Em outras palavras, não apenas expressa o ser, mas também o dever-ser.

A antiga concepção de que o Judiciário não deve intervir nos âmbitos do Legislativo e do Executivo começa, então, a mudar a partir da segunda metade do século XX, no pós-guerra, com a ideia da força normativa da Constituição. Além disso, a eficácia dos direitos sociais, também chamados de direitos de segunda geração, depende de uma postura proativa por parte do Judiciário, na medida em que este poder é chamado para dar a palavra final quanto à legalidade de leis elaboradas pelo Legislativo e de tomadas de decisão do Executivo, mediante o controle de constitucionalidade (CANELA JUNIOR, 2011).

As Constituições, portanto, a partir de normas programáticas, balizam a atuação estatal no que tange ao alcance da efetivação dos direitos sociais. Este é o principal argumento que embasa o controle judicial de políticas públicas. Conforme lição de Osvaldo Canela Jr., “quaisquer condutas praticadas por agentes da administração, que se desviem dos objetivos

estatais, estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 81).

Todavia, tal cenário de funcionamento dos poderes estatais, tendo em vista sua paulatina modificação desde o neoconstitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial, ainda carece de reflexões e estudos.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO, DIREITOS SOCIAIS: uma conquista recente

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana: é o que buscam os direitos fundamentais, segundo Hesse, citado por Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2005, p. 560).

Porém, também, conclui o autor, em sua acepção estrita, os direitos fundamentais são aqueles tidos como tais pelo direito vigente. Assim, a acepção lata dos direitos fundamentais baseiam, hoje, Constituições mundo afora, ou foram inspiração para os respectivos poderes constituintes originários, mas, para apreender o que cada país considera como direito fundamental de seus cidadãos, deve-se ir às suas Constituições.

É verdade que hoje as Constituições de países ocidentais, republicanos e democráticos, sustentam os mesmos valores, tendo em vista que há, desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, uma Ordem Jurídica Internacional mais ou menos sólida simbolizada pela Organização das Nações Unidas.

Todavia, os direitos fundamentais nem sempre foram enxertados de valores, sendo reconhecíveis sobretudo sob o ponto de vista formal, com as teorias de Carl Schmitt, segundo o qual os direitos fundamentais seriam todos aqueles nomeados no instrumento constitucional, além de serem imutáveis ou terem sua mudança dificultada. Do ponto de vista material, os direitos fundamentais poderiam variar conforme a ideologia, os valores e a modalidade de Estado (BONAVIDES, 2005, p. 561).

Ora, não é difícil concluir que a concepção schmittiana de direitos fundamentais, embora correta sob o aspecto formal, poderia sustentar como direitos fundamentais quaisquer disposições elencadas no rol de direitos imutáveis (cláusulas pétreas) ou de mudança dificultada em uma Constituição, abrindo espaço, ou criando sustentáculos para governos totalitários.

Não obstante, entendia ele serem os direitos fundamentais, precipuamente, os do homem livre e isolado, direitos que este possuiria em face do Estado. Assim, seriam apenas os direitos de liberdade que um cidadão possuiria ilimitadamente face a um Estado burguês com poderes em tese limitados e controláveis, de modo que a limitação aos direitos fundamentais genuínos, para Schmitt, configuraria uma *exceção*.

1.1. Direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos fundamentais exprimem-se na ordem constitucional, grosso modo, em três níveis distintos, que correspondem ao lema revolucionário francês liberdade, igualdade, fraternidade.

Assim, os primeiros direitos a serem tutelados expressamente pelas Constituições burguesas foi o direito de liberdade. Para Bonavides (2005, p. 563-564):

Os direitos da primeira geração, ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Para Bulos (2011), tais direitos, surgidos no final do século XVII, encontravam na limitação do poder estatal o seu embasamento: direitos de primeira geração visam sobretudo limitar o poder estatal, impedindo-o de interferir na órbita do sujeito de direitos e, caso interferindo, devendo respeitar certos limites.

Segundo a teoria dos quatro status de Jellinek, um indivíduo pode encontrar-se em face do Estado a partir de quatro status: em posição de subordinação, caracterizando-se como detentor de deveres, chamado status subjectionis, o status negativo, em que o indivíduo desfruta de sua liberdade em face do poder de império de Estado, o status civitatis, em que o indivíduo encontra-se em posição de exigir alguma prestação positiva do Estado, e, por fim, o *status ativo*, em que o indivíduo possui competência de influir sobre a vontade do Estado, com, por exemplo, o direito ao voto (MENDES e BRANCO, 2011, p. 178).

Logo, na ótica jellinekiana, os direitos fundamentais de primeira geração corresponderiam ao status negativo, essencialmente relativos aos direitos de liberdade (*i. e.*, de ir e vir, de expressão).

Ainda para os professores Paulo Branco e Gilmar Mendes, tais direitos correspondem aos direitos de defesa, que impõem ao Estado deveres de abstenção, não interferência, não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo (MENDES e BRANCO, 2011, p. 178).

Destarte, os direitos de defesa constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos (MENDES e BRANCO, 2011, p. 179). Os direitos de defesa também visam proteger bens jurídicos contra ações do Estado que possam vir a afetá-los.

Dessa forma, fundamental é reconhecer que os direitos de primeira geração, os primeiros direitos fundamentais a serem positivados nas Constituições ocidentais a partir do século XVIII, dizem respeito a uma abstenção estatal, gerando um dever de não ingerência do Estado e ao conferirem para os indivíduos o direito de se autodeterminarem, em outras palavras, pondo em relevo direitos fundamentais que dizem respeito à liberdade individual.

Num segundo momento, porém, serão positivados uma nova onda de direitos, chamados de direitos fundamentais de segunda geração e, num momento posterior, os chamados direitos de terceira geração.

1.2. Direitos fundamentais de segunda e terceira gerações

Os direitos de segunda geração nascem e dominam o século XX tal qual o fizeram os direitos de primeira geração no século XIX. Dizem respeito a direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos, introduzidos nas constituições de Estados que começavam a adotar paradigmas antiliberais, os Estados de Bem-Estar Social.

Bonavides muito bem observa que tais direitos nascem abraçados ao princípio da igualdade (2005, p. 564). Como os direitos de primeira geração, voltados para a liberdade, foram produto de extensa reflexão filosófica, feita pelas teorias iluministas, os direitos de segunda geração nascem dos impactos políticos da teoria marxista surge na Europa na segunda metade do século XIX. O século XX, porém, foi o palco das grandes revoluções e reformas estatais que elevaram os direitos de segunda geração ao seu status constitucional.

Todavia, inicialmente tais direitos encontraram muitas dificuldades de aplicação, visto que demandam do Estado prestações positivas e postura ativa no que tange à sua efetividade. Portanto, na virada do paradigma de Estado liberal para o de Bem-Estar Social (*welfare state*), observou-se uma baixa normatividade ou eficácia duvidosa de tais direitos, segundo lição de Bonavides, que arremata (2005, p. 564):

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

As famigeradas normas programáticas, então, nascem da constitucionalização dos direitos sociais, porém, por outro lado, trazem em si a incapacidade de uma aplicação imediata, necessitando, posteriormente, de legislação específica, denotando, *prima facie*, uma impotência estatal.

Aqui chegamos em um ponto nodal do presente trabalho: a partir da primeira metade do século XX, com o reconhecimento e a constitucionalização dos chamados direitos de segunda geração, ocorre uma virada metodológica e de postura por parte do Estado em relação aos direitos fundamentais. É que, se num primeiro momento, com as Constituições burguesas e os direitos de primeira geração, ao Estado cabia se abster de demasiadas ingerências na órbita privada dos indivíduos, adotando uma postura mais conservadora e negativa, no sentido de não intervir tanto quanto podia, no momento de positividade dos direitos de segunda geração, lhe caberá ter uma conduta mais proativa e positiva, no sentido de assegurar o bem-estar e a igualdade material.

Mendes e Branco (2011, p. 180) associam os direitos de segunda geração, ou direitos sociais, aos direitos a prestação:

Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o *status quo* do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade.

O Estado, portanto, deve agir ativamente para promover estes direitos, que não se realizam sem a sua intermediação. Para Mendes e Branco, “se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades” (MENDES e BRANCO, 2011, p. 180).

Os direitos fundamentais de terceira geração, por sua vez, relacionam-se com a ideia presente na parte final da tríade da Revolução Francesa, a saber, à fraternidade. É o último estágio depois da liberdade e da igualdade. Assim como os direitos de igualdade ou de segunda geração, traduzem-se em direitos prestacionais em face do Estado, porém a partir de uma perspectiva mais ampla, pois tratam-se de direitos difusos, invólucro das relações sociais. Bonavides, citando Vasak, enumera cinco direitos da fraternidade, ou de terceira geração: “direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio-ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação” (BONAVIDES, 2005, p. 569). Observa, também, que o jusfilósofo Etienne-R. Mbaya utiliza a expressão *solidariedade*, e não fraternidade, para caracterizar os direitos de terceira geração, diferentemente de Vasak. Aduz Bonavides (BONAVIDES, 2005, p. 570):

O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada.

Destarte, supõem os direitos a prestação uma conduta ativa dos Poderes Públicos na sociedade para que se sustentem as liberdades burguesas. Afinal, quem não tem condições básicas para se alimentar regularmente não poderá realmente “ser livre” para escolher entre

vender sua força de trabalho em um emprego modesto e digno ou um trabalho ilícito que lhe garantirá mais um dia sobre a Terra.

Assim, vemos o quão importante é o foco destinado pelos Estados aos direitos sociais ou de segunda geração, tendo a segunda metade do século XX testemunhado um crescimento da positivação de tais direitos nas Constituições ocidentais.

Mendes e Branco observam que o traço característico dos direitos a prestação é o fato de referirem-se a uma exigência de prestação positiva e não de uma omissão.

Aduzem os autores que os direitos de defesa, por si sós, não conseguem assegurar a eficácia que emana do texto constitucional. Assim, não se trata de apenas ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (MENDES e BRANCO, 2011, p. 675).

Na Constituição brasileira, os direitos sociais possuem um capítulo à parte, porém ao longo de todo o texto aparecem os direitos de segunda geração ou direitos a prestações. Alguns exemplos são: o acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita (Art. 5º, XXXV e LXXIV), direito à saúde (Art. 196 e seguintes) e direito à educação (Art. 205 e seguintes).

O desafio da aplicação dos direitos de segunda geração começa verdadeiramente no embate entre os que acreditam que o Judiciário pode juridicizar tais questões, ou se elas estariam mais sujeitas à discricionariedade política e dotação orçamentária.

Isto porque, apesar de a Constituição ser feita e possuir sua aplicabilidade voltada para todos (em tese, pois sabemos que a maioria da população brasileira ainda não é investida dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição de 1988 aduz) as questões que importam para a eficácia dos direitos sociais ou de segunda geração dependem de variáveis políticas e econômicas.

Destarte, pretensões à conformação do futuro impõem decisões que envolvem riscos elevados e grande planejamento do Estado: o que ocorre na implementação do direito ao trabalho (art. 6º da CF), à educação (art. 6º c/c art. 205 da CF), direito à saúde (art. 6º c/c art. 196 da CF) e à assistência social (art. 6º c/c art. 203 da CF).

Ocorre que tais pretensões dependem de uma série de fatores de índole econômica, política e jurídica (MENDES e BRANCO, 2011, p. 676). A partir deste ponto, começam os grandes problemas acerca da implementação e da completa eficácia dos direitos sociais. Gilmar Mendes observa que (2011, p. 676):

A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um *fenômeno de transmutação*, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a *juridicização* do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política.

Isso porque uma decisão de cunho jurídico ainda deve se submeter, para que logre efetivação pela condicionante chamada reserva do financeiramente possível. Neste sentido está a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, citada na obra de Mendes e Branco, no sentido de que pretensões destinadas a criar pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão sujeitas à reserva do possível (MENDES e BRANCO, 2011, p. 676).

Cabe observar que a reserva do possível é elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais, e é um argumento invocado por parte da Administração Pública para não atender a determinada decisão de cunho jurídico, muito embora alguns juízes utilizem do conceito para não darem provimento a alguma demanda.

Em sentido oposto, todavia, há o entendimento de que a reserva do possível não

pode ser oposta a direitos fundamentais².

Diante da relevância destes dois posicionamentos, tendo em vista o tema principal abordado neste estudo, entendemos estar aí neste embate o sentido que se quer dar ao controle judicial de políticas públicas. É dizer, o Judiciário pode enfrentar questões complexas que digam respeito, ademais de direitos, a variáveis econômicas e políticas? Sob quais fundamentos? A partir de que momento histórico o Judiciário, a partir de uma jurisdição constitucional, passou a ser enxergado com o poder necessário para a jurisdicização dos processos decisórios?

2. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A teoria de Montesquieu acerca da separação dos poderes estatais preconiza que o Estado deve se dividir em três funções: legislação, execução e jurisdição. Quando foi formulada, tal teoria visava enfraquecer os poderes ilimitados dos monarcas, estabelecendo limites e garantindo direitos aos cidadãos, através de leis aplicáveis uniformemente. Para Odete Medauar (2009, p. 31):

A separação de poderes difundiu-se na formulação de Montesquieu, segundo a qual se distinguem três funções estatais – legislação, execução e jurisdição -, que deveriam ser atribuídas a três órgãos distintos e independentes entre si. Na época, essa divisão significou uma reação ao enfeixamento de poderes na figura do monarca, significou um freio ao poder e sobretudo uma garantia aos direitos dos indivíduos.

Observa a administrativista, entretanto, que apesar da fórmula ter se expandido para as legislações e Constituições do mundo ocidental, hoje não se ajusta totalmente à realidade político-institucional dos Estados.

Com a eleição direta do Executivo, não mais se justifica uma supremacia do Legislativo. Também questões que demandam mais rapidez e comportamento dinâmico, sobretudo no âmbito econômico e social, não se compatibilizam com o funcionamento lento do processo legislativo. Por isso, com o tempo, o Executivo e o Judiciário foram ganhando importância. Aduz que o Executivo hoje passou a ter atividade legislativa intensa, inclusive com previsão constitucional, caso das medidas provisórias (MEDAUAR, 2009, p. 31).

A ingerência direta do Executivo se pode notar, dentre outras searas, no poder de alterar alíquotas de determinados tributos, exemplo dos Impostos sobre Importação e Exportação, com vistas a exercer a extrafiscalidade sobre a economia, interferindo diretamente nas relações econômicas.

O certo é que a separação dos poderes é cláusula pétrea da Constituição da República de 1988, tendo o constituinte originário colocado explicitamente a separação de poderes no art. 60, §4º, III, como limite material à reforma da Constituição, sob status de *cláusula pétrea*.

Todavia, os limites traçados pelo princípio da separação dos Poderes nem sempre são nítidos e muitas vezes são ditados por conjunturas políticas e econômicas delimitadas historicamente. Um exemplo a ser citado está presente em nota de rodapé da obra de Mendes e Branco, ao se debruçarem sobre o tema Mutações Constitucionais, mas que pode ser muito bem utilizado para o nosso objetivo (MENDES e BRANCO, 2011, p. 151):

O fenômeno da inflação pode levar a uma visão diferente do princípio constitucional da legalidade, fornecendo exemplo de mutação constitucional.

² É o caso observado no REsp 1185474 do STJ.

Veja-se que, num primeiro momento, quando a corrosão da moeda não era extrema, a jurisprudência afirmava que ‘a correção monetária somente pode ocorrer em face de autorização legal’ (STF, RE 74.655, DJ de 1º-6-1973). Mais adiante, quando o problema monetário se agravou, passou-se a entender que o princípio da legalidade conviveria com a correção monetária sem lei expressa nos casos de dívida de valor (STF, RE 104.930, DJ de 10-5-1985). Atingidos os patamares de descontrole inflacionário a correção monetária vem a ser aplicada em qualquer dívida, independentemente de previsão legal (STJ, REsp 2.122, RSTJ, 11/384, em que se lê: “construção pretoriana e doutrinária, antecipando-se ao legislador, adotando a correção como imperativo econômico, jurídico e ético, indispensável à justa composição dos danos e ao fiel adimplemento das obrigações, dispensou a prévia autorização legal para a sua aplicação”).

Assim é que o Judiciário, na época negra da inflação, interveio diretamente na política e, assim o fazendo, na economia. O legislador não foi capaz de acompanhar a rapidez do processo inflacionário, de modo que as fronteiras hieráticas da separação dos Poderes tais como engendradas por Montesquieu ficaram prejudicadas. O Estado, neste caso, foi um todo orgânico e funcionou de forma a suprir suas próprias deficiências. Ademais, agiu positivamente, no sentido de legitimar uma realidade econômica e histórica, fornecendo-lhe fundamentação jurisprudencial.

Não se confunda, todavia, a atuação judiciária com vistas a suprir lacunas e “cochilos legislativos” com manobras perigosas do ativismo judicial, que muitas vezes atropela preceitos constitucionais em prol de visões individuais distorcidas de determinados juízes.

Trata com ênfase deste tema Bulos (2011, p. 432):

Ativismo judicial é o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo. Trata-se de um perigoso veículo de fraude à constituição, podendo acarretar mutações inconstitucionais, afinal um órgão do Poder adentra na esfera do outro, ao arrepio da cláusula da separação de Poderes (CF, art. 2º). Os ativistas judiciais, também chamados de juízes legisladores ou legisladores positivos, ao invés de decidirem conflitos, que é a tarefa típica que lhes compete exercer, praticam atos inerentes ao ofício de Deputados e Senadores da República.

A indagação, pois, do que seria “a vontade da Constituição” dá o contorno da atividade jurisdicional. Aos juízes cabe, ao dizer a lei, *juris dicere*, fazê-la atuar na realidade, no caso concreto. Diferentemente, a atividade da Administração Pública, em seu *jus exequi*, deve ficar adstrita à lei. Em outras palavras, só agir conforme a lei posta e ventilada pelos juízes. Bulos cita Chiovenda no que diz respeito à diferença das atividades jurisdicional e executiva (2011, p. 1256):

Ensinou que a atividade *jurisdicional* é substitutiva, secundária ou coordenada, enquanto que a *administrativa* é primária ou originária e autônoma, porquanto imposta diretamente pela lei ao Executivo. “Em outros termos, o juiz age atuando a lei; a administração age em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta” (*Instituições de direito processual civil*, p. 12)

Neste ponto, porém, há que se ter cautela, tendo em vista que a Administração possui poder discricionário em algumas decisões. O certo é que a lei funciona como um limite à atuação da Administração além de balizá-la, sendo este entendimento calcificado em norma constitucional (art. 37 da CF), traduzido pelo princípio da legalidade. Ocorre que, todavia, a lei não é capaz de abarcar a totalidade de condutas dos agentes administrativos em todas as situações, momento em que oferece-lhes possibilidade de valoração de suas condutas

(mediante conveniência e oportunidade).

Como bem conceitua José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 42), poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.

Diferencia-se, pois, o poder vinculado e o poder discricionário. Para alguns administrativistas, entre eles Carvalho Filho, não há que se falar em poder vinculado, pois não existe qualquer prerrogativa de direito público concedida ao administrador, e sim uma imposição que o obriga a seguir de acordo com os parâmetros legais. O mais correto, pois, tecnicamente, seria dar o nome de atividade vinculada ao “poder vinculado”. No caso do poder discricionário, todavia, o administrador público possui prerrogativa para decidir a conduta mais adequada para a satisfação do interesse público (CARVALHO FILHO, 2007, p. 44).

Existem, porém, limites ao poder discricionário. Um dos fatores que se exige para a verificação da legalidade no seio deste poder é a adequação aferida na conduta do agente em relação à finalidade da lei. Se a conduta destoar da norma, será ela (a conduta) ilegítima e merecerá o devido controle judicial (CARVALHO FILHO, 2007, p. 43).

Adverte Carvalho Filho, entretanto, que “a exarcebação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de poderes, cujo axioma fundamental é o equilíbrio entre eles” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 45).

Evoca-se, pois, a reserva do possível para se rechaçar hipóteses de controle judicial no mérito do ato administrativo discricionário, argumento que pode ser utilizado muitas vezes para impedir alguma demanda ou questão que verse sobre direito fundamental. A jurisprudência vem caminhando no sentido de sopesar com razoabilidade o argumento da reserva do possível e da impossibilidade de controle dos atos discricionários, quando traz ponto relevante sobre a discussão, que é a legitimidade de interferência e controle por parte do Judiciário de atos administrativos relacionados a um dever legal de prestação positiva presente na Constituição Federal.

Nessas situações, nota-se que o instituto do ato discricionário não se caracteriza completamente, visto que além dos limites impostos a todos os atos administrativos em virtude do princípio da legalidade, não poderá a Administração escolher o melhor caminho dentre vários possíveis, porque o único caminho possível é o mandamento constitucional. Medauar observa que (MEDAUAR, 2009, p. 113):

Na França, até os primórdios do século XX, os atos discricionários ou atos de pura administração conceituavam-se como aqueles insuscetíveis de apreciação pelo juiz. Em 1908, o mais alto tribunal administrativo francês deixou de admitir a existência de atos totalmente livres, exigindo observância de regras de competência e de forma.

Posteriormente, caracteriza a essência da atividade discricionária administrativa como “um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento” (MEDAUAR, 2009, p. 114).

Para atingir tal patamar de excelência, colocando por vezes em xeque o princípio da separação dos Poderes, as constituições e a teoria constitucional passou por modificações ao longo do século XX de Carl Schmitt a Konrad Hesse, este ao tratar da força normativa da constituição.

2.1. A força normativa da constituição

Base da aula inaugural de Konrad Hesse na Universidade de Freiburg em 1959, A

Força Normativa da Constituição é um trabalho determinante para o Direito Constitucional moderno e, conseqüentemente, para o tema abordado neste estudo.

Começa o autor sua conferência pontuando bases teóricas até então utilizadas pelo Direito Constitucional naquela época e antevendo suas diferenças metodológicas em relação a autores como Ferdinand Lassalle e Georg Jellinek.

Para Lassalle, a Constituição de um país é um mero pedaço de papel (*ein Stück papier*), que expressa as relações de poder dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado (àquela época) pelos latifundiários, o poder econômico das grandes indústrias e o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As correlações fáticas dessas forças determinarão as leis e as instituições da sociedade, que irão tão-somente expressar as relações dos fatores reais de poder (HESSE, 1991, p. 9).

Tais fatores reais de poder formam a Constituição real de um país, para Lassalle. Isto é, se estes fatores se modificarem e se eventualmente se chocarem com a Constituição, a Carta Magna sucumbirá e deverá ser refeita, pois não mais expressará as correlações dos fatores reais de poder, o que dará origem à afirmação de que questões constitucionais não são jurídicas, mas políticas.

Georg Jellinek, após Lassalle, afirma que (HESSE, 1991, p. 10):

O desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos. As forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas.

Disso deriva que “a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real” (HESSE, 1991, p. 10-11). E, ainda, “a idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica” (HESSE, 1991, p. 10-11).

Ainda nesse íterim, observa Hesse que essa negação do direito constitucional importa também na negação de seu valor enquanto ciência jurídica. Cumpriria, assim, ao direito constitucional o papel de justificar relações de poder dominantes, o que já era feito pela Sociologia e a Ciência Política, por exemplo. Papel ingrato, pois o Direito Constitucional é ciência normativa, como toda ciência jurídica.

A partir dessas ilações, Hesse se pergunta, “existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional?” (HESSE, 1991, p. 11-12).

Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes?

Assim, para responder a estas indagações, faz algumas ponderações (HESSE, 1991, p. 13):

Uma tentativa de resposta deve ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social (1.). Devem ser considerados, nesse contexto, os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica (2.). Finalmente, não de ser investigados os pressupostos de eficácia da Constituição (3.).

Desta feita, o publicista alemão leciona que a pretensão de eficácia de uma norma

constitucional não se confunde com as condições de sua realização, a pretensão de eficácia está presente nas condições de realização como elemento autônomo. Pontua que “graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (HESSE, 1991, p. 15). A Constituição assim, não apenas figura como expressão das relações reais de poder, que existem inegavelmente na sociedade (ser), mas também como pretensão de eficácia (dever-ser). Determinada pela realidade social e ao mesmo tempo determinante em relação a ela (HESSE, 1991, p. 15).

A Constituição, na visão de Hesse, adquire força normativa na medida em que logra realizar a pretensão de eficácia. Para ele, a Constituição real e a jurídica estão em correlação, tendo esta última significado próprio e sua pretensão de eficácia “apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado” (HESSE, 1991, p. 15-16).

A Constituição portanto logra adaptar-se a uma dada realidade social, para aí converter-se em força ativa. Embora não possa por si só realizar nada, a Constituição pode, para Hesse, impor tarefas. Logo, “a Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida” (HESSE, 1991, p. 19), não apenas a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Outro fator importante para Hesse é a capacidade de provocação de mudanças interpretativas da Constituição quando estas se fizerem necessárias, como condição fundamental da força normativa e da estabilidade da Constituição, caso contrário haveria inevitavelmente ruptura da situação jurídica vigente. Em outras palavras, uma mudança situacional não deve sacrificar a finalidade de uma proposição constitucional.

Observa também como ponto fundamental que as Constituições tragam em seu bojo alguns princípios fundamentais em condições de serem desenvolvidos (HESSE, 1991, p. 21):

Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido.

Temos, pois, que para Hesse o fortalecimento de uma ordem constitucional (força normativa da Constituição), bem como sua preservação possui como pressuposto fundamental uma vontade de Constituição.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS NA ORDEM CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Quando nos referimos a direitos fundamentais sociais, estamos falando de uma onda de direitos surgida já no século XX, mais precisamente no final da Revolução Industrial e primeiros sinais de crise dos Estados Liberais (tendo como marco histórico a crise de *Wallstreet* em 1929).

O ápice de implementação desses direitos, todavia, foi após o final da Segunda Grande Guerra, quando o paradigma de Estado de Bem-Estar Social se difundiu pela Europa ocidental e EUA, para fazer frente aos regimes comunistas capitaneados pela União Soviética.

As Constituições dos Estados, portanto, passam a assegurar, declarar e definir expressamente bens jurídicos a serem protegidos, ao passo que estabelecerem mecanismos formais à implementação desses direitos. Nasceram, assim, as normas programáticas.

Nesse momento, de transição do Estado Liberal para o de Bem-Estar Social, as

primeiras normas constitucionais programáticas não lograram uma aplicação efetiva. O Judiciário funcionava para aplicar a lei ao caso concreto, evitando a interferência das demais formas de expressão do poder estatal na liberdade dos cidadãos, e abstendo-se de ampliar o alcance da lei aplicável, pois só o Legislativo poderia inovar a interpretação das leis.

As atribuições assumidas pelo Judiciário da segunda metade do século XX até os dias atuais não foram imaginadas na época do Estado Liberal, tampouco arquitetadas por Montesquieu. Passou o Estado a atuar de forma mais ativa na realização dos direitos sociais, conforme escreve Canela Junior (2011, p. 79-80):

Não se imaginava que o Estado poderia assumir, no futuro, atribuição ativa, destinada à realização material de direitos sequer imaginados à época. Não se concebia, igualmente, que as futuras Constituições, sob a égide do Estado social, seriam informadas por normas descritivas de programas de atuação estatal, atraindo para o universo jurídico condutas historicamente aneladas à atuação do legislador e do administrador.

E mais, é de fundamental importância citação feita por Canela Junior nesse sentido (2011, p. 79-80):

Fabio Konder Comparato afirma que os direitos fundamentais sociais (direitos econômicos, sociais e culturais) objetivam ‘estabelecer uma igualdade básica de condições de vida’, o que pressupõe o estabelecimento de um ‘trabalho de programação’. Daí o conflito entre tais direitos e a lógica capitalista. E conclui o referido autor: “O Estado contemporâneo não é mais o Estado da lei. A produção do Estado contemporâneo é sobretudo de políticas, ou seja, de programas de ação governamental”.

As normas programáticas, com efeito, também possibilitaram que o Judiciário pudesse colocar no contra-plano, fazendo juízo de compatibilidade, as demais formas de expressão dos poderes estatais, inclusive os atos administrativos em relação aos critérios de escolha do administrador, não obstante o poder discricionário deste. Qualquer conduta dos agentes da administração em desacordo com os objetivos estatais poderão sofrer controle de constitucionalidade (CANELA JUNIOR, p. 81).

Assim que, para Canela Junior, existe a impossibilidade de invocação do princípio da separação dos poderes para a não efetivação dos direitos fundamentais sociais (CANELA JUNIOR, p. 94). Não é possível que se invoque tal óbice para a não apreciação de um titular de direito fundamental social, vez que todas as formas de expressão de poder do Estado estão vinculadas constitucionalmente aos objetivos fundamentais.

A posição do autor também é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, mormente na famosa ADPF nº 45 e nos não menos importantes RE 436.996-6 – Ag Rg e RE 410715 Ag Rg, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. A ADPF nº 45 será trabalhada mais à frente. Por ora, cabe citar os RE 436.996-6 e RE 410715 como sendo julgados de extrema relevância para este trabalho, uma vez que asseguram a pretensão a um direito fundamental social à força dos argumentos que giram em torno da separação dos poderes e do princípio da reserva do possível.

Foram ambos os recursos julgados pela Segunda Turma e tendo como relator o Ministro Celso de Mello. Observa-se nestes julgados a Força Normativa da Constituição de que nos fala Konrad Hesse: a vontade de Constituição, expressada do início ao fim da Ementa, fazendo o STF (ou, ao menos, a sua Segunda Turma) reconhecer um direito fundamental social legítimo que não pode ser obstado pela Administração Pública, por nenhum argumento que ela possa invocar. O direito à educação infantil está previsto no artigo 208, IV, da Constituição, que ainda prevê que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (Art. 211, § 2º).

Por esta razão é que o próprio Canela Junior propõe em sua obra um duplo

funcionamento jurisdicional no que tange a processos tratando de políticas públicas: primeiro, deve o Estado-juiz declarar uma violação a direito fundamental, situação em que as políticas públicas ou a falta delas serão analisadas em função de disposições e princípios constitucionais. Posteriormente, ter-se-á a fase de cumprimento de sentença, ou seja, o realinhamento coercitivo das políticas públicas (CANELA JUNIOR, 2011, p. 149). Teríamos, pois, i) fase declaratória do direito fundamental violado e ii) fase de cumprimento da sentença.

Cabe observar que, para o autor, a intervenção do Judiciário deverá se dar preferencialmente por processo de índole coletiva, pois, tratando de direitos sociais, o provimento individual poderia conduzir à desigualdade, ou ao menos a uma oscilação jurisprudencial do provimento jurisdicional (CANELA JUNIOR, 2011, p. 148). Isso também atrapalharia, a longo prazo, um devido realinhamento das políticas públicas.

Desta forma, temos que a intervenção do Judiciário nas políticas públicas se dá mormente em casos de omissão dos outros poderes ou de conflito de políticas públicas já existentes com os núcleos de irradiação constitucionais.

A jurisprudência pátria ainda dá os primeiros passos quando se fala em intervenção do Judiciário nas políticas públicas e grande é a controvérsia sobre o tema. Passaremos a analisar um dos episódios mais relevantes sobre a questão, que foi a apreciação da ADPF nº 45 pelo Ministro Celso de Mello.

3.1. A ADPF nº 45: um marco da intervenção do poder judiciário nas políticas públicas

A intervenção do Judiciário pode se dar, pois, além da esfera administrativa, quando poderá intervir na legalidade e aferindo a constitucionalidade dos atos administrativos, como já vimos, também na esfera legislativa, ao realizar o controle de constitucionalidade das leis. Observando que, no caso do controle de constitucionalidade das leis, há a possibilidade de controle repressivo contra projetos de lei, mediante Mandado de Segurança ajuizado no Supremo proposto por deputados e senadores, com o objetivo de assegurar-lhes direito líquido e certo de não participarem do processo legislativo inconstitucional (BULOS, 2011, p. 212).

A apreciação da ADPF nº 45 deu-se em circunstâncias distintas, pois o ato questionado eivado de inconstitucionalidade foi o veto do presidente da República sobre o §2º do art. 55 da proposta de lei que se converteu em Lei n. 10.707/2003, a qual possuía o escopo de estabelecer diretrizes para a lei orçamentária anual de 2004.

A via elegida para o controle de constitucionalidade foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental em face das características de “ato do poder público” que representam o veto do chefe do Poder Executivo.

Gilmar Mendes traz a lume (MENDES e BANCO, 2011, p. 1260-1261), no histórico jurisprudencial do STF, a questão de ordem suscitada pelo Ministro Néri Silveira durante o processamento da ADPF 1, quando este questionou se o veto do chefe do Executivo Municipal poderia ensejar interposição de ADPF, tendo sido acompanhado à unanimidade³:

No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer que seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Públicos em apreço. [...] – Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle

³ Ausente o Ministro Celso de Mello.

concentrado. – Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado⁴.

Todavia, o entendimento do Ministro Celso de Mello firmado na ADPF 45 foi outro, em direção oposta ao entendimento do STF no julgamento da ADPF 1.

Como mencionado, a ADPF 45 tinha por objeto veto dado pelo presidente da República em relação ao §2º do art. 55 da proposta de lei que se converteu em Lei 10.707/2003, cuja finalidade seria a de estabelecer diretrizes para a LOA (Lei Orçamentária Anual) de 2004.

O arguente sustentou que o veto presidencial afrontava preceito fundamental presente na Emenda Constitucional n. 29/2000, que garantia recursos financeiros mínimos a serem investidos em ações e serviços públicos de saúde (MENDES e BRANCO, 2011, p. 1261).

A questão não pôde ser apreciada pelo Plenário pois após o veto objeto da ADPF 45, o presidente da República enviou ao Congresso Nacional projeto de lei, convertido depois em Lei 10.777/2003, no qual aparecia integralmente o dispositivo questionado em ADPF constante ao §2º do projeto de lei anterior. Todavia, tal prejudicialidade superveniente não impediu a análise do Relator sobre a questão.

Com efeito, a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello transformou-se num marco para o estudo da intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas no Brasil. Sintetizou o Ministro em sua decisão os pontos polêmicos da intervenção feita pelo Judiciário em prol dos preceitos e princípios constitucionais. Merecem destaque alguns dos trechos da decisão, cujos pontos principais foram delineados no presente trabalho:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE), “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Ainda, no que diz respeito à cláusula da reserva do possível, invocada para o fim de eximir o Judiciário de conceder tutelas individuais ou coletivas que versem sobre direitos fundamentais sociais (saúde, educação, moradia, cultura), o Ministro observa que, em que pese os direitos fundamentais sociais serem de concretização sempre onerosa, dependentes do orçamento público, não pode o Poder Público indevidamente manipular a sua atividade financeira para fraudar e frustrar a expectativa de concretização de tais direitos, em favor dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. E conclui:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos

⁴ ADPF 1, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 3-2-2000.

constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Por derradeiro, mas não menos importante, cabe juntar a este trabalho mais um trecho presente na referida decisão, que condensa de forma inequívoca os recentes entendimentos doutrinários e as incipientes mas importantes jurisprudências sobre o assunto:

[...] o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’.

(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O Ministro Gilmar Mendes reconheceu a relevância da decisão na ADPF 45, sob viés doutrinário: “a solução preconizada pelo Ministro Celso de Mello parece atender, com superioridade, à exigência de normatividade da Constituição (...)” (MENDES e BRANCO, 2011, p. 1262).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se mostrar com este trabalho que os direitos de defesa (relacionados com os direitos fundamentais de primeira geração, com as liberdades e abstenção do Estado) passam a ser vistos com importância equiparada aos direitos prestacionais (relacionados com os direitos de segunda geração ou sociais, prestação positiva do Estado), pois estes últimos buscam conferir condições básicas para a efetiva fruição dos primeiros.

A teoria clássica da separação dos Poderes estatais engendrada por Montesquieu tem hoje uma configuração bastante distinta em relação ao século XVIII; os Poderes estatais continuam a ter a sua órbita de independência, porém observam diretrizes constitucionais em seus respectivos âmbitos de atuação.

Nesse sentido, não se figura possível que se invoque o princípio da separação dos Poderes como óbice à concretização de direito fundamental, pois todas as formas de expressão dos Poderes estatais estão vinculadas constitucionalmente aos objetivos fundamentais.

A cláusula da reserva do possível (e quaisquer argumentos de índole econômica e política) aparece no centro da tensão no qual colocam-se argumentos a favor e contra a sua invocação. Marcamos com o trabalho uma tendência que vem crescendo a partir da qual a reserva do possível não poderia ser invocada para obstar que o Judiciário enfrente uma demanda proposta com base em violação de direito fundamental, conforme tendências doutrinárias que culminaram no entendimento firmado na ADPF 45. Caberia assim precipuamente ao Poder Judiciário a palavra final sobre o desacordo de atuação ou omissão dos outros dois Poderes em relação à Constituição, hipótese em que procederá à satisfação do direito fundamental lesionado ou determinará o realinhamento coercitivo das políticas públicas, no que couber, com adequação posterior do orçamento público. Assim entendido, passa a revelar-se possível ao Judiciário, excepcionalmente, determinar que sejam cumpridas políticas públicas previstas na Constituição aos órgãos estatais inadimplentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a

colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 45. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Repensando políticas públicas: por que frequentemente falhamos no planejamento?** In: **Estado e Gestão Pública: visões do Brasil contemporâneo**. MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2007.