



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Nova Eficácia Das Normas Constitucionais Programáticas

Laurício Miranda Cavalcante

Rio de Janeiro
2011

LAURICIO MIRANDA CAVALCANTE

A Nova Eficácia Das Normas Constitucionais Programáticas

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof.: Guilherme Sandoval.

Prof^ª.: Katia Silva.

Prof^ª.: Mônica Areal.

Prof^ª.: Néli Fetzner.

Prof.: Nelson Tavares.

Rio de Janeiro
2011

A NOVA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Laurício Miranda Cavalcante

Graduado pela Faculdade Cândido
Mendes – Centro. Advogado.

Resumo: As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático tradicionalmente sempre configuraram meras orientações às diretrizes de atuação do Poder Público, restringindo-se a no máximo produzir direitos subjetivos de caráter negativo. No entanto, recentemente tais normas passaram a receber novo tratamento por parte da jurisprudência mais abalizada, pois se entendeu que haveria a produção de verdadeiros direitos subjetivos positivos aos cidadãos. Tal alteração jurisprudencial será avaliada sobre o enfoque das suas conseqüências práticas, notadamente o advento da polêmica sobre o controle judicial sobre políticas públicas, se esta prática seria possível ou se feriria o princípio da separação dos poderes. Serão ainda avaliados os motivos que levaram nossos Tribunais a visualizar uma nova eficácia proveniente das normas programáticas.

Palavras-chave: Normas Constitucionais Programáticas. Eficácia. Direitos Fundamentais. Controle Judicial. Políticas Públicas.

Sumário: Introdução. 1. A tradicional e histórica visão sobre as normas constitucionais programáticas. 2. A recente perspectiva jurisprudencial. 3. Viabilidade do controle judicial sobre políticas públicas. 4. Razões que ensejaram a alteração de entendimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da nova eficácia dada pela Jurisprudência e parte da doutrina em relação às normas constitucionais programáticas. O objetivo do trabalho

será analisar os motivos que acarretaram esta alteração e a polêmica da possibilidade do controle judicial sobre políticas públicas, especialmente aquelas atinentes aos direitos sociais.

O fato de a Constituição Federal estabelecer expressa isonomia a todos os direitos fundamentais, inclusive atribuindo aplicação imediata às suas normas definidoras, não impede que os direitos sociais enfrentem diversos obstáculos à sua concretização, pois que no campo prático demandam, obrigatoriamente, uma atuação positiva dos poderes públicos e, assim, a aplicação de recursos escassos do ponto de vista econômico-social.

Nesse ponto, serão analisados os aspectos relevantes do princípio da reserva do possível, delimitando-o de forma a adequá-lo à realidade pragmática, com o fito de verificar sua eventual aplicação nos casos do cotidiano pátrio.

Dessa forma, o trabalho tratará da compatibilização entre a aplicação do aludido princípio e as divergências que permeiam o controle judicial sobre políticas públicas, análise que se faz absolutamente imperiosa diante da imposição submetida pela Constituição Federal a todos os Poderes pela busca da plena efetivação dos direitos fundamentais, notadamente, até mesmo em razão do seu espectro maior, dos direitos sociais.

1. A TRADICIONAL VISÃO SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

A posição mais aceita em termos de classificação de normas constitucionais remete à doutrina clássica¹, que as divide em normas de eficácia plena, limitada e contida.

¹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6a ed., São Paulo, Malheiros, 2003

Conforme tal entendimento, as normas constitucionais de eficácia limitada se subdividem em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático. Enquanto a primeira se presta a criar determinadas instituições, a exemplo do art. 134 da Constituição, que instituiu a Defensoria Pública, a segunda se revelaria naqueles mandamentos que, em verdade, apenas indicam uma meta, um plano de futuro.

Em outras palavras, as normas constitucionais programáticas configurariam meras orientações às diretrizes de atuação do Poder Público, além de servir também como norte de interpretação das normas infraconstitucionais, já que enuncia qual a verdadeira intenção manifestada pelo legislador constituinte.

Depreende-se, assim, que tais normas somente se prestariam a gerar direitos de natureza subjetiva negativa, ou seja, não existiria um direito ínsito na norma a ser observado de imediato pelo Poder Público, pois se fazia necessário o advento de uma lei regulamentadora para tanto.

Exemplificando, o art. 215 da Constituição Federal, na qualidade de norma programática, prevê o apoio e incentivo do Estado às manifestações culturais. Porém, isso não implica dizer que um particular possa exigir incentivos do Estado para esses fins, pois tais normas não fixariam direitos subjetivos positivos. Até aqui a teoria se revela perfeita, restando devidamente justificada a mera produção de efeitos negativos, considerando que se alguém quiser realizar uma manifestação cultural não poderá ser reprimido pelo Estado.

Traçando um paralelo para melhor compreensão, o art. 3º da Constituição Federal enuncia os fundamentos básicos da República Federativa do Brasil, dentre eles a sociedade livre, justa e solidária, além da garantia ao desenvolvimento nacional, etc. Se, durante o exercício de seu mandato, o Presidente atenta contra os princípios presentes no artigo 1º do mesmo Diploma (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, etc.), será impedido de governar por *impeachment*, pois tais princípios traduzem eficácia imediata e são coercitivos,

tendo ampla coercibilidade. Se, de outro lado, os objetivos esposados no artigo 3º não forem alcançados, não há qualquer sanção por seu insucesso. Não são princípios, então não haveria coercibilidade nestas normas programáticas.

Sob prisma diverso, se o exemplo dado se referisse, por sua vez, ao art. 196 da Constituição Federal, norma programática que prevê a tutela da saúde, como no caso de um doente que necessitasse de medicamento caríssimo para sua sobrevivência, a solução adotada não poderia ser a mesma das hipóteses anteriores. O direito constitucional à vida permitiria ao particular exigir o fornecimento do remédio pelo Estado.

Outro exemplo de plena aplicabilidade das normas programáticas é o deferimento da guarda de uma criança a um companheiro homossexual, quando do falecimento do outro, que detinha a guarda, ou o reconhecimento de direitos sucessórios a pessoas do mesmo sexo que têm união estável: o inciso IV do citado artigo 3º, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, dentre outros, é o fundamento constitucional para tais providências.

Assim sendo, muito embora extremamente respeitada e difundida entre os mais variados intérpretes do Direito, dadas todas as vênias, a aludida doutrina tradicional se encontra ultrapassada, uma vez que não alberga certos conceitos intrínsecos à própria Constituição Federal, compreendidos como critérios metajurídicos.

Por sua visão clássica, o conteúdo da norma constitucional era deixado de lado, apenas se conferindo relevância à sua literalidade. Nos exemplos acima, o direito à vida e à igualdade são conteúdo para as suas respectivas normas programáticas, pelo que fica caracterizada a produção de direitos subjetivos positivos por tais normas.

2. A RECENTE PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Vale dizer, nesse passo, que as normas constitucionais programáticas são uma reminiscência do absolutismo, pois que lá surgidas, quando a coercibilidade de qualquer norma era dependente da vontade do monarca.

Com a despersonalização da soberania, as normas constitucionais passaram a ter caráter coercitivo, de observância compulsória. No entanto, algumas normas ainda contavam com eficácia de menor intensidade, e estas seriam justamente as de cunho programático. Para que esta norma atinja a plena eficácia então, como visto, não seria suficiente a sua simples presença, seria necessária a observação de critérios metajurídicos, conforme anteriormente explicitado.

Como ilustração de forma específica sobre a necessidade de observância dos critérios metajurídicos, impõe-se a análise do art. 205 da Constituição Federal, norma programática que prevê a educação como dever do Estado e direito de todos.

O objetivo do constituinte, então, é que toda a população tenha acesso à educação de qualidade. Para que este objetivo seja alcançado, não bastaria nem mesmo uma lei instituindo diretrizes e métodos de perseguição da meta, pois somente com sua presença a previsão constitucional não estaria sendo observada. Em razão disso, é necessário que haja uma série de soluções metajurídicas para implementar tal busca, e é daqui que se extrai a obrigatoriedade de garantia pelo Estado do direito à educação.

Dessa forma, ainda que uma lei infraconstitucional regulamente a norma programática, se essa providência por si só não surtir o efeito esperado de garantir a plena efetividade do direito ali garantido, a própria norma constitucional já se perfará capaz de compelir o Poder Público à sua observância. Por isso se difere, esta norma de eficácia limitada quanto a princípio programático, daquela que é limitada quanto a princípio

institutivo. Nesta a lei já é suficiente para suprir aquilo que o constituinte pretende, ao passo que na programática a lei infraconstitucional pode não passar de mero acessório.

Diante de tudo isso, há algum tempo a Jurisprudência vem se contrapondo a esse posicionamento até então predominante na doutrina e proferindo decisões que reconhecem a produção de efeitos subjetivos positivos às normas programáticas, o que permite aos seus destinatários que recorram ao Poder Judiciário no intuito de compeli-lo a efetivar as políticas públicas ali discriminadas.

À guisa de elucidação, confira-se ementa de recente decisão proferida sobre o tema, pelo relator Ministro Celso de Mello, componente da mais alta Corte brasileira, tendo sido o seu voto, dada a tamanha importância do assunto, objeto de veiculação em informativo de jurisprudência, algo até então inédito naquela Casa, conforme o informativo 581 – RE482611/SC, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

Ementa: Crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao Poder Público. *Programa Sentinela-Projeto Acorde*. Inexecução, pelo Município de Florianópolis/SC, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que pode resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo Judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e Tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do Direito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República. (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). Recurso extraordinário do Ministério Público Estadual conhecido e provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 482611. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 07.04.2010.

Como se pode notar, o que prepondera no âmbito do STF é a compulsoriedade de observância dos direitos traduzidos pelas normas constitucionais programáticas, o que vem acarretando, conseqüentemente, a adoção do mesmo entendimento pelos demais Tribunais existentes no país.

Sob a ótica que mais interessa no momento, ser cidadão do ponto de vista social consiste em ter a seu dispor aquilo que se convencionou chamar de mínimo existencial, no campo da educação, saúde, trabalho, e dos demais direitos sociais. Somente no regime político democrático real, como definido acima, a cidadania social pode efetivamente existir.

Além da promoção do bem estar social como um de seus objetivos, o novo Estado Democrático de Direito instituído no Brasil também possui como um de seus nortes, talvez o mais importante deles, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Muito embora um princípio, fundamento da República Federativa do Brasil, em verdade se trata de verdadeiro valor, o que no sistema jurídico nacional, partidário da *Civil Law*, sobrepõe-se aos princípios e mais ainda às regras. O valor é o mais alto grau de enunciado jurídico existente, e no caso da dignidade da pessoa humana possui hierarquia superior a todos os princípios e regras contidos no ordenamento jurídico.

Dessa forma, nota-se que a dignidade da pessoa humana, enquanto valor impregnado de centralidade no ordenamento político pátrio, somente se afirmará com a expansão ampla das liberdades públicas, de maneira a alcançar efetivamente as normas dos comandos constitucionais, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.

Sob o mesmo prisma, apenas se obterá aquilo que o legislador constituinte pretendeu ao implementar a norma no mundo jurídico, isto é, somente se dará efeito ao resultado de uma interpretação teleológica, conferindo-se ao valor dignidade da pessoa humana a mais abrangente aplicabilidade.

Se assim não for, estar-se-á negando vigência ao próprio texto constitucional, o que fere um dos princípios basilares do constitucionalismo contemporâneo, qual seja, a máxima efetividade das normas constitucionais.

3. VIABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Muito embora se tenha concluído até esse momento que a jurisprudência atual, sobretudo nos Tribunais Superiores, é bem enérgica no sentido de admitir a coercibilidade das normas constitucionais programáticas, de maneira tal que acaba por conceder ao Judiciário atribuições até então exclusivas do Legislativo e Judiciário, não se pode perder de vista que no campo doutrinário a discussão ainda se mostra ferrenha.

A divergência central gira em torno de aferir qual o papel a ser exercido pelo Judiciário na atual democracia, se questões de caráter eminentemente político poderiam ser decididas por esse poder sem que isso traga algum tipo de ofensa ao Estado de Direito, conceito que enuncia a obrigatoriedade de sujeição da Administração lato sensu às mesmas normas por ela própria produzidas. Em outras palavras, cumpre definir se questões políticas poderiam ser decididas por Tribunais e não pelos representantes eleitos pelo povo.

Para ingressar no debate, imperioso se faz entender o que vem a ser política pública. Segundo Bucci², trata-se de um programa de ação governamental resultante de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo.: Saraiva, 2006. p. 39

atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Para atingir seu escopo originário, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera a obtenção dos resultados.

Caberá, logo, ao Estado ser o idealizador e realizador de políticas públicas e que os poderes Legislativo e Executivo serão incumbidos de forma direta da realização de tal papel estatal. Assim, dependendo da função estatal elaboradora de políticas públicas a que se referir, estar-se-á diante de uma discussão diferenciada no tocante às políticas públicas e seu controle.

Ressalte-se que no que se refere à elaboração de políticas públicas, estas passam, conforme a aludida autora³, por três diferentes etapas, quais sejam, a decisão estatal, a alteração institucional necessária a consecução da política pública e as ações públicas propriamente ditas.

Em se tratando de direitos fundamentais verifica-se que os mesmos encontram-se presentes nos artigos 5º a 17 da Constituição Federal, classificando-se em direitos individuais, coletivos, sociais e direitos políticos. Observe-se que quanto ao tema a ser discutido se destacam os direitos sociais.

Destarte, parte da doutrina, por todos André Ramos Tavares⁴, apesar de a Constituição Federal estabelecer no §1º do artigo 5º a aplicação imediata dos direitos fundamentais, há direitos, mormente os de caráter prestacional, que não são dotados de plena normatividade, necessitando, pois, da atuação do Legislativo para sua efetiva implementação.

No mesmo sentido, segundo o renomado mestre Hely Lopes Meirelles⁵, ao Judiciário não seria permitido se imiscuir em questões ligadas ao mérito do ato

³ *Ibidem*, p. 133

⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 456

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 708

administrativo, pois que inseridas no campo de discricionariedade da Administração Pública. Para o citado autor, a se adotar prática contrária se estaria violando um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, a separação dos poderes.

O princípio em análise, descrito na Constituição Federal logo no seu art. 2º, não poderia jamais ser mitigado segundo a mencionada corrente mais clássica no que tange às omissões do Poder Público, mas tão somente em relação às suas ações, realizando-se assim o controle de legalidade de tais atos.

Contrapondo-se a esta posição, a nova visão conferida ao texto constitucional, que passa a ter como centro gravitacional o ser e não o ter, ou seja, alça o aludido valor da dignidade da pessoa humana ao primeiro degrau na escala de prioridades, traduz a idéia de atribuir o máximo de efetividade às normas constitucionais, em mandamento há pouco comentado.

Assim sendo, não se poderia elevar um princípio constitucional a patamar tal que configure excesso, de forma que acabe verdadeiramente abolindo um outro princípio trazido pela Lei Maior. Na técnica de ponderação entre o conflito de princípios, veda-se o excesso na aplicação de um em detrimento à inobservância completa de outro.

E aqui se adentra no que a doutrina alemã, conforme leciona Dieter Grimm⁶, denomina *Ubermassverbot*, o princípio da vedação ao excesso, e, em contrapartida, *Untermassverbot*, o princípio da proteção deficiente.

Por tais conceitos, ao apreciar o conflito entre dois princípios constitucionais, e portanto de igual importância, o julgador jamais poderá se exceder na efetivação de um a ponto de suprimir o outro, de maneira a emprestar a este uma eficácia reduzida não pretendida pelo constituinte e destoante da atual visão que tem por foco a Constituição.

⁶ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 162

Assim é que o princípio da separação dos poderes, como todo princípio constitucional, não se perfaz absoluto, pois se o fosse se estaria tirando por inteiro a eficácia de outro princípio que lhe confrontasse, como justamente ocorre no caso, em razão do princípio dos freios e contrapesos.

Logo, como todos os princípios podem ser relativizados, não seria diferente com o postulado em apreço, razão pela qual, conforme doutrina de Clémerson Merlin Clève⁷, o princípio da separação dos poderes deve ser concebido tal como se apresenta na Constituição federal, atuando como um poder contramajoritário, em defesa dos direitos das minorias.

Na mesma linha, Américo Bedê Freire Júnior⁸ esclarece que não se pode transmutar um modelo estrangeiro de separação de poderes para se adequar ao ordenamento jurídico pátrio, dada as suas nítidas peculiaridades. Por esse motivo, afirma que a nomenclatura “separação de poderes” é equivocada, uma vez que o poder estatal no Brasil é uno, materializado na Constituição.

Dessa forma, a doutrina mais moderna, capitaneada pelos autores citados, conclui que os princípios, objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal vinculam o Poder Executivo, que deverá realizar as políticas públicas, o legislador, que deverá legislar para proteger os direitos fundamentais normativamente, e também o Poder Judiciário, que deverá decidir em observância aos referidos princípios.

Logo, a Constituição teria retirado da exclusividade da esfera política aquilo que constitui, conforme anteriormente explicitado, o núcleo de valoração da atual Constituição, a promoção da dignidade da pessoa humana, pelo que tal tarefa seria incumbida a todos os Poderes.

⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 fev. 2011

⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção temas fundamentais de direito; v. 1). p. 70

3.1 DO RESPEITO À RESERVA DO POSSÍVEL

Um outro argumento trazido para se rechaçar a possibilidade de controle judicial sobre políticas públicas é o que se denomina princípio da reserva do possível, que enuncia, basicamente, a obrigatoriedade em se observar os recursos a serem disponibilizados pelo Poder Público na consecução dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais.

Em outras palavras, quando se trata de direitos fundamentais de cunho prestacional, haveria um evidente limite à sua efetivação, qual seja, a disponibilidade material de recursos financeiros. Isto porque enquanto as necessidades públicas são múltiplas, infinitas, os recursos públicos por certo são finitos.

Somado isso à degradante situação financeira que, como consabido, assola os cofres públicos, seja pela notória e rotineira corrupção por parte dos governantes seja pela incompetência destes e conseqüente má alocação dos recursos, fato é que não se pode ignorar tão clara impossibilidade à consecução dos direitos sociais.

Portanto, a escassez de recursos não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes quando da promoção das políticas públicas. Mais ainda seria em relação ao Poder Judiciário, que não tem conhecimento da dotação orçamentária então existente, pelo que de nada adiantaria uma imposição constitucional e uma determinação judicial quando efetivamente não existem recursos para concebê-las.

Deve-se ressaltar, em contrapartida, que a ausência de recursos públicos por si só não constitui razão suficiente para que o juiz deixe de compelir a Administração Pública a implementar ou melhorar as condições de determinada política pública. É preciso analisar, no caso concreto, os motivos que levaram a tal escassez.

De acordo com o atributo da discricionariedade que permeia a função administrativa, o gestor público tem certa liberdade de atuação no que diz respeito a alocação de recursos para tal e qual despesa, ou seja, a ele cabe decidir em que segmento social irá investir, qual ramo da sociedade irá dar maior atenção durante o período de sua administração.

Por essa razão, entendendo-se serem os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, aqueles de maior valia aos olhos do legislador constituinte, restaria inviável alegar falta de recursos para construir uma creche, por exemplo, quando ao mesmo tempo se gasta uma fortuna com a propaganda partidária daquele gestor que comanda o Estado em certo momento.

Ao tratar do tema, autores mais modernos⁹ indagam se “é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo”. Esta doutrina acredita que antes que se esgotem os finitos recursos disponibilizados pela Administração para os direitos fundamentais, necessariamente os demais recursos devem já estar esgotados, ou seja, aqueles manejados para áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional.

Percebe-se que por esse prisma a atuação do gestor público não seria mais tão discricionária como em época remota, pois a priorização à efetivação dos direitos fundamentais se configuraria em evidente restrição a sua atividade.

Ressalte-se, novamente, que qualquer argumento ventilado no sentido de inquirir do vício de inconstitucionalidade deve ser afastado, na medida em que não há nenhum direito absoluto no ordenamento jurídico pátrio, e não seria diferente com relação ao princípio da discricionariedade que circunda a condução do Estado pelo administrador público.

⁹ *Ibidem.* p. 74

3.2 DA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA OBRIGATÓRIA

Mas há, ainda, um argumento jurídico a salvar o postulado da reserva do possível como impeditivo do controle judicial sobre políticas públicas. O princípio em apreço se dividiria em dois aspectos, um fático e um jurídico.

O fático enuncia uma limitação de possibilidades materiais, ou seja, recursos financeiros, para a consecução de certos direitos. Consoante analisado acima, este aspecto restou ultrapassado pela mitigação que o administrador público encontra em seu atuar, devendo respeitar prioritariamente a consecução dos direitos fundamentais.

Por sua vez, o aspecto jurídico efetivamente representa um óbice à implementação de políticas públicas pelo Judiciário, pois a máxima de que toda despesa pública deve ser previamente disposta em lei que a autorize possui previsão na Constituição Federal, precisamente nos seus arts. 167, I, e 169, §1º, I.

Assim é que todo gasto de recursos públicos deverá estar previamente previsto no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, que valerão para o exercício financeiro subsequente e terão que ser aprovados pelas duas Casas do Congresso Nacional.

Nesse ponto a casuística pede espaço e acaba por trazer necessária divisão entre as hipóteses que podem ser ventiladas. Pode ocorrer um caso em que a necessidade de implementação da política pública não seja premente, a exemplo das obras em geral, em regra.

Em casos tais, Gustavo Amaral¹⁰ entende que a eficácia dos direitos fundamentais depende naturalmente de recursos públicos disponíveis, e a posição no sentido de que o

¹⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 184.

Executivo deve, em qualquer circunstância, cumprir o que a Constituição lhe impõe não é capaz de afastar a escassez dos recursos. Para ele a eficácia dos direitos fundamentais não seria tal a ponto de se sobrepor a uma norma de igual caráter constitucional, como no caso da previsão orçamentária obrigatória.

De outro lado, Andréas Krell sustenta que “um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela”¹¹.

Sob outro prisma, tomando por base os casos mais urgentes, em que seja necessário o cumprimento imediato da decisão judicial que impõe a efetivação daquela política pública, certo é que haverá uma colisão entre o mandamento da previsão orçamentária obrigatória e o direito social que ampara a implementação daquela política.

De mesma sorte, entrar-se-á no campo da ponderação de princípios, sendo certo que o impasse se resolverá pela prevalência da decisão judicial sobre a obrigatoriedade da previsão orçamentária, uma vez que o núcleo essencial do direito social por trás daquela imposição não pode ser suprimido.

Não se está aqui a falar que há um direito absoluto, pois se assim o fosse haveria nítida contrariedade em tudo o que foi analisado. Ocorre que o direito fundamental, qualquer que seja, possui em seu conteúdo um núcleo que jamais poderia ser suprimido, qual seja, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Numa representação gráfica, o que se toma por parâmetro apenas para efeitos didáticos, o direito seria composto de uma parte periférica, passível de supressão na aplicação da técnica de ponderação quando em eventual confronto com outros direitos, e também por

¹¹ KRELL, Andréas Joachim. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.57.

um núcleo, e justamente essa parte que não poderia sofrer qualquer afetação, já que o núcleo diz respeito ao valor maior da dignidade da pessoa humana.

E é nesse ponto, consubstanciado através do aludido núcleo essencial, que se chega à idéia de mínimo existencial. Cada direito fundamental, notadamente os de caráter social, possuiriam em seu bojo um núcleo referente ao mínimo existencial, representação da dignidade da pessoa humana, pois consistiria nas condições mínimas e essenciais para a subsistência de um indivíduo, especialmente no tocante à saúde, educação básica e renda mínima.

Vale dizer, nesse passo, que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu de maneira expressa a identificação do aludido mínimo existencial no ordenamento jurídico brasileiro, em emblemático Julgado, inclusive objeto de informativo de jurisprudência daquela Corte. Confira-se sua ementa:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 MC- DF. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 24.04.2004.

Portanto, vem prevalecendo na jurisprudência que quando houver um conflito entre a norma do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais, em regra, os últimos deverão prevalecer. Isto porque empecilhos formais não podem impedir a

concretização da própria Constituição, de sorte que a prévia dotação orçamentária não constitui um fim em si mesmo, devendo ser interpretada visando à máxima efetividade dos direitos fundamentais.

4. DO INEVITÁVEL CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em que pese já se ter discutido a respeito do choque entre direitos fundamentais e a prevalência da máxima efetividade dos postulados constitucionais que mais se aproximem da dignidade da pessoa humana, resta saber qual solução adotar quando um caso apresentar o conflito entre dois direitos fundamentais sociais.

Como é cediço, os direitos sociais, conhecidos no mundo jurídico como direitos de segunda geração, implicam num *facere* por parte do Poder Público, ou seja, há a imposição de uma obrigação de fazer positiva ao administrador para que se o efetive. O grande problema gerado reside na hipótese de duas obrigações deste quilate se apresentarem como necessárias no mesmo contexto.

Com efeito, não há demanda que, individualmente considerada, transponha os limites orçamentários existentes. Porém, faz-se necessário adotar um panorama mais amplo para se chegar à conclusão de que a alocação de recursos com o fim de atender uma determinada demanda certamente retira a possibilidade de esses mesmos recursos serem empregados em outra, que igualmente pode ser tida por urgente necessária.

Sem prejuízo da decisão de mérito, frise-se que nesses casos o juiz deve se mostrar mais atento e responsável, uma vez que o deferimento ou indeferimento de uma prestação social certamente repercutirá frente a outras demandas e prestações de igual importância.

Com efeito, as demandas por prestações estatais positivas envolvem decisões alocativas que comportam vários momentos e procedimentos de escolha, inexistindo um critério único que permita resolver todos os casos concretos. Tais lides envolvem conflitos pelo emprego de recursos escassos, e, quando os demais critérios se mostrem insuficientes para solucioná-las, necessitarão da utilização de um critério específico.

Mais uma vez, utiliza-se do postulado da ponderação constitucional para dirimir o impasse, mas nesse ponto com certa peculiaridade. O sopesamento natural entre os princípios em apreço deverá levar em conta o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta.

Num primeiro momento, analisa-se a essencialidade da pretensão em função do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, de maneira a observar aquilo que se convencionou chamar de vedação à proteção deficiente, na literatura alemã *Untermassverbot*, princípio anteriormente explicitado.

Paralelo a isso, deve-se verificar a excepcionalidade da situação em virtude da existência de circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todos que demandem prestações igualmente essenciais, exigindo escolhas trágicas. Aqui se estará respeitado o postulado da vedação ao excesso, ou *Übermassverbot*, para que assim não se suprima por completo nenhum dos direitos em jogo.

Assim sendo, caso a essencialidade da pretensão mostrar-se maior que a excepcionalidade da situação concreta, a prestação estatal deverá ser entregue. Do contrário, a não entrega da prestação será legítima, assim como a escolha estatal de alocação dos recursos.

Por fim, importante ressaltar que a decisão judicial deverá ser sempre circunstancial, a fim de respeitar a pluralidade das opções alocativas existentes, o que decorre da heterogeneidade da sociedade, repleta de uma diversidade enorme de valores, interesses e

necessidades a serem atendidas, sem descurar da deficiência na coleta de informações, algo inerente ao processo judicial.

CONCLUSÃO

A alteração jurisprudencial no que tange à concepção dos efeitos produzidos pelas normas constitucionais programáticas foi avaliada sob o enfoque das suas conseqüências práticas, notadamente o advento da polêmica sobre o controle judicial sobre políticas públicas, se esta prática seria possível ou se feriria os princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Isso porque os direitos fundamentais sociais, objeto de maior atenção pelo presente trabalho, em razão de se constituírem num *facere*, ou seja, por demandarem uma atuação positiva por parte do Estado, encontram diversos obstáculos de ordem prática à sua efetivação.

Diante de tudo o que foi aqui abordado, conclui-se, pois, que as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático foram substancialmente modificadas em relação aos seus conceitos originários.

Doutrina e Jurisprudência, em sua grande maioria, passaram a visualizar as normas programáticas como verdadeiros mandamentos constitucionais direcionados ao legislador infraconstitucional, no sentido de não mais ser mero pano de fundo, prospecto de atuação ao Poder Público, mas sim uma real obrigação a ser cumprida, de maneira a tratar do objeto ali veiculado como um real direito subjetivo de seu destinatário.

Consequentemente, verificou-se que a sua inobservância por parte da Administração Pública gera a possibilidade concreta de atuação do Poder Judiciário, exercendo um papel

subsidiário de forma a suprir a inércia do Executivo. Nesse ponto se adentrou com mais enfoque aos direitos sociais, justamente aqueles que demandam uma prestação positiva pela Administração, e por essa razão, se fosse constatada a leniência da Administração, o Estado-juiz poderia perfeitamente atuar com o fito de implementar o objeto daquelas normas.

Conclui-se pela ausência de discricionariedade por parte da Administração, isto é, uma vez configurado o status de plena eficácia e aplicabilidade às normas programáticas, ainda que não haja lei regulamentadora, os seus mandamentos devem ser peremptoriamente cumpridos.

Foi reconhecido que a intervenção do Poder Público no habitat social se realiza por meio de políticas públicas, e estas demandam uma grande carga de recursos para serem viabilizadas. Por essa razão, viu-se que de fato podem existir reais empecilhos à sua implementação pelo Judiciário, tais como a ausência de previsão nas leis orçamentárias e a escassez de recursos, fato notório constatado no Estado brasileiro. Porém, nem mesmo tais razões poderiam impedir o controle judicial sobre as políticas públicas, tendo em vista a plena aplicabilidade das normas constitucionais que prevêm os direitos fundamentais que as veiculam.

Além disso, viu-se que o princípio da separação dos poderes, como qualquer outro princípio constitucional, não possui caráter absoluto, pelo que pode perfeitamente ter sua aplicação mitigada em função da observância de outro princípio de igual natureza. Na ponderação constitucional de interesses, notadamente no conflito entre a separação dos poderes e o sistema de freios e contra pesos, constatou-se que esse último princípio se sobrepõe ao primeiro, razão pela qual a separação dos poderes não poderia ser invocada para recusar a intervenção judicial na condução administrativa no que toca às políticas públicas.

Não há que se falar em uma supremacia interna, de uma função estatal sobre as demais, mas sim uma supremacia da Constituição Federal sobre todas. Assim é que o valor da

dignidade humana, pilar principal da atual ordem constitucional, deve ser observado em todas as relações que envolvam o embate entre princípios constitucionais.

Logo, se a observância categórica da separação dos poderes, ou ainda da reserva do possível, fere o chamado mínimo existencial, o que atenta flagrantemente à dignidade da pessoa humana, há verdadeira agressão à Constituição, e por isso se constatou que o controle judicial das políticas públicas vem sendo amplamente admitido pela jurisprudência atual dos Tribunais Superiores. Percebeu-se pelo presente trabalho que tal fato constitui-se conseqüência direta do novo enfoque dado às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil*, introdução e teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Constituição da República, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.041.197. Relator: Min. José Humberto Martins. Publicado no DOU de 16.09.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF. n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 24.04.04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 482.611. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 07.04.10.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo.: Saraiva, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 fev. 2011

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas* - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: *A Constitucionalização do Direito: fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.