

## A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS

**Lorena Aragão Correia**

Aluna do curso de Especialização em Direito Constitucional da ESMEC

### RESUMO

A temática dos direitos fundamentais sempre foi analisada e difundida no direito pátrio, mas, recentemente, uma categoria desses direitos vem ganhando destaque, constando, rotineiramente, nas disputas judiciais em que figura o Estado. Tratam-se dos direitos sociais, caracterizados por direitos positivos, os quais, para sua plena efetivação, carecem de prestações estatais. E, nesse contexto, referente à aplicabilidade prática, surgem as questões mais tormentosas, como a existência de um direito subjetivo à prestação social e a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas desempenhadas para efetivar esses direitos. Objetiva-se, com este estudo, deslindar as questões apresentadas, além de analisar a participação dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução das políticas públicas, a vinculação desses às determinações constitucionais e a efetivação das normas programáticas que elencam direitos sociais. Pretende-se, ainda, analisar as teses do mínimo existencial e da reserva do possível aplicadas ao controle jurisdicional das políticas públicas.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Efetivação da Constituição. Políticas públicas. Controle jurisdicional.

### 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é realizar um estudo acerca da efetivação das normas constitucionais, mais especificamente, daquelas que elencam os direitos sociais. Trata-se de um tema relativamente novo, estando ainda em estágio de maturação nos tribunais superiores, mas de conteúdo amplamente significativo, ao passo que apto ao deslinde de questões práticas de notável relevância na vida dos administrados.

Os direitos sociais são direitos fundamentais voltados para as questões sociais, normalmente previstos em normas programáticas, cuja principal finalidade é alcançar a hipossuficiência, promovendo àqueles que carecem da atuação estatal prestações capazes de lhes conferir o indispensável a uma vida digna. Referidos direitos, como se percebe da própria definição, guardam íntima relação com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tendo como sujeitos passivos prioritários a parcela carente da população.

Entre os direitos sociais, elencados nos artigos 6º ao 11º da Constituição Federal, ressalte-se o direito à saúde, à educação, à previdência e à moradia, que são mais comumente citados. Mas, o que se discute neste trabalho é, exatamente, a efetivação desses direitos. Não basta aos anseios sociais a mera previsão constitucional, mas a prestação real do serviço, a atuação fática do Estado, sendo necessário, para tanto, uma ação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo, aquele responsável por uma atividade intermediadora, que especificará as normas constitucionais, e a esse cabendo a efetivação prática desses direitos, o que, via de regra, é feito por meio de políticas públicas.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ciência do Direito reserva especial atenção aos direitos fundamentais, seja porque refletem na esfera intangível do particular, resultando obrigação negativa, seja porque implicam obrigações positivas, com fim de dar-lhes eficácia. Todavia, é fato que a análise dos direitos fundamentais sempre está presente quando se trata de questões constitucionais, razão pela qual não se prescinde de um rápido enfoque sobre o tema, abrangendo evolução histórica, conceito, classificação e eficácia dos direitos fundamentais.

### 2.1 Evolução histórica, conceito e classificação dos direitos fundamentais

A evolução histórica dos direitos fundamentais foi um difícil processo de conscientização humana, no qual se fez necessário inculcar na cultura social a noção de igualdade entre os homens, ideia de que, simplesmente, por terem a mesma natureza, os seres humanos mereciam tratamentos isonômicos, sendo a princípio, todos considerados iguais.

Imagine-se, então, quantos empecilhos foram postos a essa evolução, principalmente, nas épocas em que perduraram os poderes tiranos e os regimes escravocratas, nos quais seres humanos, em razão de pertencerem a classe determinada ou em razão da raça, não eram entendidos como tais, mas simples mercadorias de compra e venda ou troca.

Remontam ao mundo antigo os pilares básicos nos quais se ergueria a teoria dos direitos fundamentais. Dessa época histórica, compreendida desde a invenção da escrita até a queda do Império Romano do Ocidente, herdamos os valores religiosos e filosóficos cultivados naquelas sociedades, que, mais tarde, viriam dar fundamentação ao jusnaturalismo, momento em que se concebe a existência de princípios metafísicos, derivando da própria natureza humana o direito à igualdade.

Dentre as contribuições oriundas do pensamento antigo, é inegável que o aspecto religioso assume grande relevância. No período axial da história, datado do século VII ao século II a.C., sob influência da racionalização religiosa e do culto monoteísta, bem como das primeiras escolas de filosofia criadas na Grécia, surgem valores como a liberdade e a igualdade humana, atrelados ao ensinamento do Antigo Testamento de que o homem é o ponto culminante da criação divina, sendo todo ser humano igual perante às leis de Deus (COMPARATO, 2004, p.11).

Superada a época antiga, faz-se necessário mencionar uma fase intermediária, anterior ao momento de constitucionalização desses direitos, quando merecem destaque a concepção jusnaturalista, que teve seu ápice na Idade Média (jusnaturalismo teológico) e nos séculos XVII e XVIII (jusnaturalismo racionalista), através de alguns pensadores, como Tomás de Aquino, Edward Coke e John Locke.

As ideias desenvolvidas por esses pensadores, sem desconsiderar que houve outras contribuições igualmente relevantes, foram significativas para a inclusão desses direitos no bojo constitucional, positivando-os, o que ocorreu no final do século XVIII.

Do cristianismo, difundido por São Tomás de Aquino, a título de síntese, extrai-se a pregação da igualdade dos homens perante a Deus, tomando por base sua orientação cristã, além de dispor sobre o valor da dignidade da pessoa humana, por esse adjetivado como imprescindível. Demais disso, São Tomás de Aquino preconizou a existência de duas ordens, o direito natural e o direito positivo, sendo aquele uma

expressão própria do homem, enquanto esse teria cabimento quando da inobservância do direito natural por parte dos governantes, fundamentando até mesmo o direito de resistência.

Edward Coke, que desempenhou as funções de juiz e de parlamentar, foi o inspirador da tríade vida, liberdade e propriedade, essência do pensamento individualista burguês, além de ter defendido a existência do *fundamental rights* dos cidadãos ingleses que abrangia, primordialmente, o direito de propriedade e a defesa da liberdade pessoal, coibindo as prisões arbitrárias.

John Locke, baseado na teoria do contrato social, a qual pondera que aos homens cabe a organização do Estado e da sociedade conforme a razão que lhes determina, aduziu que os direitos fundamentais eram oponíveis ao Estado, desde que aqueles que o fizessem fossem proprietários, vocábulo com igual significação a cidadão, conforme citado doutrinador.

Essas concepções acerca da liberdade individual, da igualdade humana e do contratualismo acabaram por influenciar a sociedade europeia que, sob o primado da razão e do conhecimento, passou a rejeitar grande parte das ideias e crenças de seus antepassados, o que resultou numa sociedade mais esclarecida, que optou pela expansão do conhecimento.

Neste contexto evolucionista do saber, não mais havia lugar para as ideias de desigualdade, de supremacia de uma classe sobre outra. Com o iluminismo, houve uma revolução de cultura e racionalismo. Nessa época fértil do conhecimento, teve lugar o constitucionalismo, onde foi construído o reconhecimento de direitos de liberdade aos indivíduos, que ensejaria obrigações negativas por parte do Estado, que os teria que observar.

Para melhor compreender o período constitucionalista, faz-se necessário ter em mente os documentos mais relevantes elaborados à época, sendo indispensável conhecer um pouco sobre a *Magna Charta Libertatum*, as Declarações de Direitos nos Estados Unidos e as Declarações de Direitos Francesas.

Quanto à primeira, também conhecida como Magna Carta de João Sem-Terra, datada de 1215, há que se reconhecer seu caráter pactual, tendo sido, na verdade, um documento através do qual o rei inglês concedeu aos nobres e ao clero determinados direitos ali avançados, obstando que essas garantias alcançassem a população. Todavia, embora tenha esse cunho estratificado, o referido documento foi de fundamental importância ao constitucionalismo, ao passo que referenciou alguns direitos clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Convém firmar, ainda, que contemporâneos à *Magna Charta* temos as cartas de franquias e os forais outorgados pelas coroas espanholas e portuguesas. Adverte, porém, Ingo Sarlet (2006, p.49) que:

Desde já há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses 'direitos' e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo.

Já no século XVII, o povo inglês, que havia sido tolhido das concessões feitas na *Magna Charta*, presenciou várias declarações de direitos, agora não mais na condição de expectadores, mas na de efetivos participantes, já que citadas declarações, além da ampliação de conteúdo, também foram extensivas quanto à titularidade dos direitos que declaravam, estendendo-os aos cidadãos ingleses na sua totalidade.

Porém, as declarações de direitos inglesas, como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, não podem ser considerados como o nascedouro dos direitos fundamentais, ao passo que lhes faltava a vinculação ao Parlamento, embora fossem limitativos quanto ao poder monárquico.

O marco do nascimento dos direitos fundamentais só viria a acontecer no século XVIII, no qual a humanidade conheceu a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que marca a independência das 13 colônias americanas, e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, que data de 1789, apogeu da revolução francesa.

A Declaração de Direitos da Virgínia, sob forte influência das declarações inglesas, conforme preconiza Ingo Sarlet (2006), foi qualificada pela universalidade e supremacia dos direitos naturais, vinculando todos os poderes públicos, tendo os direitos naturais sido positivados como direitos fundamentais constitucionais.

Quanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aduz-se que sua origem foi a Revolução Francesa, donde resultou a ruptura com o Antigo Regime e o nascimento da ordem burguesa, além de considerável influência por parte do Iluminismo e da Declaração de Direitos da Virgínia. Assim como essa, a Declaração Francesa não mais se pautou em critérios estamentários, mas sim pelo generalismo, sendo o seu conteúdo extensivo a todo o povo francês, em obediência ao lema revolucionário igualdade, liberdade e fraternidade.

Embora com peculiaridades próprias, as Declarações de Direitos dos Estados Unidos, onde a independência das treze colônias fez surgir a necessidade de uma nova ordem constitucional, e da França, onde houve todo um processo revolucionário que culminou na respectiva declaração, que era uma aspiração universal e abstrata, com maior conteúdo democrático e social, constituem o marco do surgimento dos direitos fundamentais.

Como antecedente mais próximo, convém citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, trazendo em seu bojo toda essa carga evolutiva, aqui, brevemente, citada. Assim, após séculos de evolução no que tange aos direitos fundamentais, consagrou-se que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, comprovando-se a superação de todos os obstáculos postos à positivação dessa igualdade, que é inerente à própria natureza humana.

No período atual, considerando a inserção do século XX, pode-se dizer que se trata de uma era de constitucionalismo e positivação desses direitos, tendo havido uma proliferação de documentos relativos à consagração de direitos diversos, tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, acima elencada. Nesse aspecto, faz-se importante observar que dessa proliferação podem advir consequências malévolas, tal como preceitua André Ramos Tavares (2006, p.397):

Nesse contexto é que se fala de uma inflação, ou selva, como observa KLAUS STERN, de textos internacionais tutelares dos direitos humanos, podendo chegar a provocar a

'desvalorização' desses importantes (ou verdadeiros) direitos fundamentais, como procura advertir MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. (grifos originais)

A título conceitual, tem-se que são direitos fundamentais aqueles considerados essenciais, intrínsecos a uma vida humana, sem os quais o fim da sociedade é o perecimento. Assim, para melhor definir os direitos fundamentais, é ainda necessário saber o que dá a característica de fundamentais a esses direitos. Para tanto, há os que propõem critérios formais e os que propõem critérios materiais.

Nesse sentido, para uns, os direitos fundamentais seriam os que se encontram positivados no texto constitucional, e para outros, é possível a existência de direitos fundamentais extraídos de normas constitucionais, mas que não se encontram, expressamente, inseridos naquele.

Porém, como bem observa Nagib de Melo Jorge (2009, p. 32):

Esses critérios, nada obstante, são meramente formais. Não há um critério material suficiente e definitivo para se estabelecer o que sejam e quais sejam os direitos fundamentais. O mais perto que se chegou disso foi por meio da dignidade da pessoa humana. De acordo com esse critério de distinção, os direitos fundamentais são todos aqueles constitucionalmente assegurados que visam a proteger, assegurar, implementar ou promover a dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, portanto, apresenta-se como o fundamento de onde decorrem todos os outros direitos fundamentais. No entanto, trata-se de um conceito aberto, impossível de ser delimitado. O mesmo ocorre com os direitos fundamentais, de maneira que se torna praticamente impossível precisar os direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais existentes em dado ordenamento jurídico. Dessa forma, esses direitos decorrem de processo interpretativo, bem como da construção doutrinária e jurisprudencial.

Da mesma forma, Nagib de Melo Jorge (2009, p.34), citando Bobbio, dispõe que “[...] a definição de direitos fundamentais é sempre vaga e que os estudiosos do assunto só conseguem chegar a um razoável consenso acerca da matéria mediante o recurso a fórmulas bastante amplas ou até tautológicas.”

No que tange à classificação dos direitos fundamentais, valer-nos-emos do estudo proposto por Paulo Bonavides (1996), o qual aduz que esses direitos dividem-se em quatro gerações, ou dimensões, como tem apontado parte da doutrina, que serão, brevemente, explicitadas abaixo.

Os direitos fundamentais de primeira geração guardam íntima relação com a noção de liberdade, postulado primeiro do lema da Revolução Francesa. Esses direitos foram os primeiros a constarem em bojos constitucionais, remontando as declarações do século XVIII, correspondendo a direitos civis e políticos. Por fim, conste-se que referidos direitos são de defesa, cujos titulares são os próprios indivíduos, oponíveis ao Estado, fruto do pensamento liberal que adveio com o processo revolucionário, momento em que se fazia necessária a separação entre a sociedade e o Estado, quando aquela sempre buscava meios de se defender das arbitrariedades desse.

Os direitos fundamentais de segunda geração nascem no período da falência do Estado Liberal, quando o homem percebe que à sua sobrevivência não bastam a liberdade e a abstenção do Estado, sendo necessário algo a mais, que é a intervenção estatal em certos campos da vida humana. Nesse contexto do século XX, desfez-se o mito da liberdade plena, onde a atuação estatal cingia-se apenas à esfera da segurança, passando a abranger a saúde, a educação, a previdência, dentre outros, momento no qual nasceram os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. Aduz Paulo Bonavides (1996, p.519), nesse sentido, que:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta a participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.

Percebe-se, então, que esses direitos de segunda geração, em sua maioria, diferiam dos direitos de liberdade, ao passo que exigiam uma conduta estatal positiva, sendo por tal classificados como direitos prestacionais e não de defesa, como os primeiros. Essa distinção revela-se essencial ao deslinde das questões de aplicabilidade desses direitos, tema a ser discutido em item próprio.

Quanto aos direitos fundamentais de terceira geração, tem-se que esses estão assentados na noção de fraternidade e solidariedade e tem como destinatário o próprio gênero humano, alcançando nível superior de humanismo e de universalidade, razão pela qual recebem a nomenclatura de direitos difusos, marcando o final do século XX. Dentre esses direitos, pode-se elencar o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Por fim, tem-se os direitos fundamentais de quarta geração, embora haja quem defenda a existência de uma quinta dimensão, que corresponde à última fase de institucionalização do Estado Social, que é a globalização dos direitos fundamentais. Aqui, deve-se entender globalização como maior difusão dos direitos fundamentais, como medida tendente a universalizá-los no campo institucional. Como exemplo, pode-se citar o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

## **1.2 Da eficácia dos direitos fundamentais**

Discorrer acerca da eficácia dos direitos fundamentais significa tratar da aplicabilidade das normas que os preveem, se essas serão aplicadas de forma imediata, sem exigência de condição para tal, ou se serão aplicadas de forma mediata, onde se faz necessário o adimplemento de uma condição para a aplicabilidade.

Percebe-se, desde já, que a questão da eficácia é o coração de toda a teoria dos direitos fundamentais, posto que a essa cabe a implementação do especificado no texto constitucional, sendo somente através dessa que se passa do plano da positivação

teórica para o plano da aplicação prática. Ao revés, quando não é possível essa passagem descrita, temos que os direitos fundamentais passam a ser o que se convencionou chamar de letra morta, de mero direito posto numa folha de papel.

A fim de saber da eficácia de certo direito fundamental, é necessário que se atente para dois aspectos: a forma de positivação desse direito no texto constitucional e a função desse direito, ou seja, é indispensável que se saiba se referido direito é positivado por meio de uma norma constitucional de eficácia plena, contida ou limitada, conforme célebre classificação de José Afonso da Silva (2004), e que se saiba, ainda, se citado direito é de oposição ao Estado, de defesa, ou se tem cunho prestacional.

Para os fins deste estudo, que é saber da possibilidade do Poder Judiciário exercer controle sobre as políticas públicas, focar-se-á o estudo dos dois aspectos mencionados acima quanto aos direitos sociais os quais, previstos nos artigos sexto ao décimo primeiro do nosso atual texto constitucional, são implementados, via de regra, por meio dessas políticas.

No que tange à forma de positivação no texto constitucional, analisemos, primeiramente, as normas de eficácia plena. Essas normas, também denominadas de bastantes em si mesmas, são aquelas aptas a produzir seus efeitos, quando da entrada em vigor do texto constitucional, não havendo qualquer condicionante para tal, razão pela qual se caracteriza por ter aplicabilidade direta, imediata e integral. Quanto a essas normas, seu enunciado já está, suficientemente, claro e explicitado, sendo desnecessária a prática de um ato intermediário.

Quanto às normas de eficácia contida, pode-se dizer que essas têm aplicabilidade direta e imediata, distinguindo-se das de eficácia plena, unicamente, pela possibilidade de não ter aplicabilidade integral, ou seja, referidas normas também estão aptas a gerar efeitos, quando da entrada em vigor da Constituição, mas poderão sofrer algumas restrições por parte do poder público, seja porque o próprio texto constitucional assim previu, seja porque no enunciado da referida norma haja conceitos gerais de direito público que dão margem à prática de um ato intermediário. Percebe-se, então, que quando não haja esse ato intermediário, as normas de eficácia contida igualam-se às de eficácia plena no que tange aos seus efeitos, não podendo ser confundidas.

As normas constitucionais de eficácia limitada são caracterizadas quanto à eficácia como indiretas, mediatas e reduzidas, significando que, para que surtam os efeitos que delas se esperam faz-se necessário uma normatividade ulterior, ou seja, faz-se necessária a atividade mediadora do legislador.

Como exemplo deste tipo de norma constitucional, pode-se citar o tradicional direito à greve, previsto no artigo 37, inciso VII da Magna Carta, cujo texto constitucional condiciona o exercício desse direito às diretrizes de lei específica. Referida previsão constitucional, porém, foi alvo de inúmeros debates, tendo em vista que a inércia do Poder Legislativo não pode inviabilizar um direito constitucionalmente garantido.

Neste sentido, foram impetrados os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará no intuito de assegurar o direito de greve de seus afiliados mesmo em face da omissão do Congresso Nacional em regulamentar a matéria.

Por fim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2007,

declarou a omissão legislativa no tocante seu dever de editar lei regulamentando o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, decidiu que fosse aplicada, no que coubesse, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89), possibilitando, assim, o exercício por parte destes servidores de um direito constitucionalmente assegurado.

Referida decisão veio corroborar o entendimento de que a omissão legislativa não pode ser vista como um impeditivo à implementação de direitos constitucionalmente assegurados. E que cabe sim, em certos casos, ao Poder Judiciário assegurar tais direitos.

Há, ainda, as normas constitucionais programáticas, que, conforme José Afonso da Silva (2004) são espécies de norma de eficácia limitada, juntamente com as normas de princípios institutivos e organizatórios. O conteúdo de referidas normas não tem aplicabilidade imediata, ao passo que é constituído de planos e programas governamentais que devem ser implementados na busca da efetivação de determinado direito social, que é prestacional por excelência. Porém, conforme afirmado, essa implementação não ocorre de forma automática, com a simples entrada em vigor do texto constitucional, carecendo da coalizão de duas condições: a atividade mediadora do legislador e à norma a atividade política, que é a medida administrativa que, depois de satisfeita a condição técnica, dará norma a efetividade social.

Nesse diapasão, cumpre observar, com fim de maior compreensão acerca da eficácia, a função a ser exercida pelo direito fundamental. Conforme mencionado no início deste subtítulo, os direitos fundamentais, quanto à função, podem ser de defesa ou prestacionais.

No que concerne aos primeiros, tem-se efetivos direitos oponíveis ao Estado, que exigem desse uma atuação negativa, uma abstenção. Esses direitos constituem a esfera intangível do particular, na qual não se admite a intervenção estatal a fim de os reduzir, que configura real herança do Estado Liberal instaurado na época que seguiu a Revolução Francesa. Quanto a esse tipo de direito fundamental, que não exige qualquer atuação positiva do Estado para a sua implementação, vislumbra-se com facilidade a incidência da aplicabilidade imediata, ao passo que a simples vigência da Constituição que os traz em seu bojo é suficiente à plena eficácia.

Já quando se trata de direitos prestacionais, há que se observar que esses não se restringem a uma abstenção estatal, mas, ao revés dos direitos de defesa, exigem uma atuação positiva do Estado, com fim de concretizar disposições normativas postas na Constituição. Normalmente, esses direitos prestacionais são direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais, que, via de regra, são positivados no bojo constitucional por meio de normas programáticas. Logo, objetivando a posterior análise do controle jurisdicional das políticas públicas, que é o fim desse trabalho, ao falarmos de direitos prestacionais deve haver uma associação direta aos direitos sociais que, por sua vez, exigem associação com as normas programáticas, que são os meios pelos quais esses direitos prestacionais sociais são previstos na Constituição.

Assim, quanto à efetividade dos direitos sociais, tem-se que esses não têm aplicabilidade imediata, haja vista que é exigida uma atividade mediadora do legislador, que disciplinará como deverá ser desempenhado aquele plano programático posto na Constituição, além de uma atividade política, que significará a verdadeira concretização desses direitos.

Dessa forma, para a implementação desses direitos é necessário que o legislador atue, discriminando de que forma deve o Poder Executivo proporcionar a

fuição a esse direito por parte dos administrados, fazendo-o por meio de normas infraconstitucionais. Somente a partir da superação dessa atividade intermediária, é que poderá o Poder Executivo desenvolver as políticas públicas atinentes ao direito social pretendido, vindo dar efetividade à norma consagrada na Constituição.

Percebe-se, então, que o simples fato de um direito social prestacional constar na Constituição vigente não significa que este terá, sempre, aplicabilidade imediata. Entretanto, deve-se aqui frisar que a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, § 1º, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ressalte-se, desde já, que o texto constitucional refere-se aos direitos fundamentais em geral, e não apenas aos individuais.

Na lição de Gilmar Mendes (2009, p. 286):

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Por outro lado, porém, isto não significa que todos os direitos fundamentais gerem, automaticamente, direitos concretos e definitivos. Há normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais que não são auto-aplicáveis. Normas que dispõem sobre direitos fundamentais sociais, como adverte citado autor, “[...] usualmente têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador”.

Complementando, dispõe Celso Bastos (*apud* MENDES, 2009, p. 287) que o princípio do §1º do art.5º da CF não terá aplicação quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, bem como nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz infrinja competência reservada ao legislador, ou ainda, quando haja na Constituição previsão expressa de que a concretização do direito cabe ao legislador.

Nesse contexto, cabe uma indagação: quando não proceda o legislador à prática dessa atividade mediadora, quando se omita da função de criar normas infraconstitucionais que venham a complementar as disposições constitucionais acerca de direitos sociais, esses direitos padecerão de aplicabilidade, constando no texto constitucional como mero adendo ilustrativo? Em outras palavras, seria possível dar efetividade aos direitos fundamentais sociais previstos em normas programáticas quando o legislador se abstivesse de praticar a atividade mediadora?

Consubstanciando referida indagação num caso concreto, tem-se: um indivíduo que precise, com notória urgência, de uma internação em leito de unidade de terapia intensiva (UTI), não havendo lei específica a respeito desse tipo de internamento, também não constando qualquer especificação na Lei Orgânica de Saúde, padecerá esse direito social ante a inércia do legislador? Ficará esse indivíduo sem receber o tratamento que lhe é essencial em razão de não ter o legislador implementado

a condição necessária para efetividade da norma programática?

Caso seja afirmativa a resposta, pergunta-se: e a fundamentalidade do direito à saúde? A norma protetiva elencada no bojo constitucional não poderá alcançar essa situação, deixando perecer também outro valioso direito fundamental, que é o direito à vida?

Tem-se por desarrazoada a tese que aduz que frente à omissão do legislador nada pode ser feito, restando o indivíduo desprotegido e a Constituição sem qualquer eficácia. De pronto, não se poderia negar efetividade a preceito constitucional se a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico inferior. Se assim fosse possível, restaria retirado todo o caráter de fundamentação da Carta Magna, padecendo o restante do ordenamento, que ficaria vazio de fundamento.

Assim, o ponto de vista de que, quando o legislador revele-se ausente na sua missão mediadora, prevalência tem o direito fundamental em liça, exatamente pelo caráter de fundamentalidade que o acompanha, de essencialidade frente à subsistência humana. Assim, por tratarem de direitos sociais é que não se pode admitir que as normas programáticas sejam qualificadas como promessas políticas, como planos governamentais que dependem, no seu todo, da discricionariedade administrativa para sua concretização. Logo, conclui-se que sendo o conteúdo da norma programática um direito social, pugna-se pela sua estrita observação, independente da edição de normas infraconstitucionais por parte do legislador, ao passo que se o contrário fosse admitido, estar-se-ia submetendo a vontade do Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte Derivado. Referida submissão careceria de fundamentação, haja vista que o Poder Constituinte Originário é inicial, autônomo, incondicionado, ilimitado e soberano, o que significa, em síntese, que não há nenhum outro poder a ele antecedente ou superior e que somente a ele cabe a escolha do que irá prevalecer no texto constitucional, não se submetendo a qualquer limitação jurídica ou condição formal ou material.

Dessa forma, tem-se que, em tese, as normas constitucionais que estabelecem direitos sociais necessitam, para sua implementação de norma constitucional regulamentadora. Porém, o cidadão não pode ficar à mercê do Poder Legislativo, esperando que este cumpra sua função de regulamentar direitos sociais previstos na Constituição Federal, tampouco do Poder Executivo, que muitas vezes não os implementa através de políticas públicas.

Portanto, nestes casos, não resta outra saída a não ser buscar guarida no Poder Judiciário no intuito deste assegurar e fazer cumprir as determinações constitucionais.

A título de ilustração, cabe a análise de um caso concreto. O Ministério Público Federal, juntamente com o Ministério Público do Estado do Ceará, ingressaram com uma Ação Civil Pública com pedido de liminar, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral no sentido de que fosse garantida a transferência de todos os pacientes necessitados de tratamento em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) a hospitais públicos ou particulares com disponibilidade de leitos, bem como a instalação de novos leitos de UTI.

Neste caso, a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral foram condenados a garantir referidas transferências e promover a instalação de 30 (trinta) novos leitos de UTI, sendo 10 (dez) leitos de UTI adulto, 10 (dez) leitos de UTI infantil e 10 (dez) leitos de UTI neonatal, no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

O juízo da 18ª Vara Federal de Sobral concedeu liminar nos termos acima

expostos e ainda fixou multa diária para cada réu no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em caso de descumprimento.

Contra esta decisão, a União interpôs recurso perante o Tribunal Regional Federal, que manteve a decisão nos exatos termos. Posteriormente, ingressou com Pedido de Suspensão de Liminar junto ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, que por sua vez entendeu cabível o pleito apenas no tocante à fixação da pena de multa no caso de atraso.

Assim, mesmo em face da omissão do administrador público, o Poder Judiciário garantiu o acesso às unidades de tratamento intensivo à população daquela região, tendo em vista que referida omissão estava a ferir gravemente um direito social previsto na Carta Maior.

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS**

Os direitos fundamentais sociais, conforme explicitado no capítulo antecedente, são previstos na Constituição Federal por meio de normas programáticas, que contêm planos e programas a serem observados pelo governo atuante, revelando o caráter dirigente empregado ao texto constitucional. No que tange à forma de imprimir aplicabilidade prática a esses direitos, surge o conceito de políticas públicas, tema que será delineado nesta seção, abrangendo conceito e formação, além da íntima relação que detêm com a eficácia dos direitos sociais.

### **2.1 Conceito e formação das políticas públicas**

É inegável a relação que há entre o direito e a política. O direito impõe a regulação a ser observada no âmbito político, as diretrizes jurídicas imprescindíveis para que se atue, politicamente, dentro dos parâmetros de licitude, enquanto a política influencia o direito por meio de suas decisões, provocando, por vezes, reações dos seus órgãos institucionais competentes.

Nesse contexto, no qual se verificam o encontro e a comunicação entre direito e política, ganha relevo a noção de políticas públicas, seja porque implementadas por meio de agentes políticos, consistindo na concreção da atividade governamental, seja porque submetidas a controle jurídico no que tange a sua eficácia, pontos que revelam a situação meridional que ocupa tal instituto.

As políticas públicas devem ser entendidas como instrumentos, como meios válidos à efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, aos quais se cinge a análise deste artigo. Em outras palavras, pode-se dizer que as políticas públicas são os meios pelos quais age o governo, são os programas desenvolvidos sob a regência governamental, cujo fim maior é alcançar a concretização social das disposições constitucionais. Essa é a lição de Américo Bedê Júnior (2005, p. 47), ao dispor que “não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”.

A formulação das referidas políticas impescinde de uma conjunção de atuações, fazendo-se necessária a participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Conforme verificado em capítulo antecedente, os direitos sociais estão, muitas vezes, salvaguardados no manto da Constituição Federal sob a forma de normas

programáticas, que endereçam aos poderes da federação o elenco dos direitos que devem ser observados, sem, contudo, dizer-lhes como. E é nesse momento, quando se busca dar efetividade às disposições constitucionais, que surgem as políticas públicas. Percebe-se, então, que essas não consistem numa atuação isolada do Poder Executivo, com conteúdo simplista de ação, tampouco se cingem a atuação mínima do Poder Legislativo, figurando apenas como comando, sendo, de fato, indispensável a atuação conjunta desses poderes.

Ao Poder Legislativo cabe a atividade mediadora, que virá explicitar como deve ser efetivado o direito posto, minudenciando os meandros que devem ser seguidos pelo administrador, por meio de uma normatização infraconstitucional. E ao Poder Executivo caberá a implementação prática dessas disposições, sempre em consonância com o que prega a lei e a Constituição Federal.

Nesse sentido, onde se verifica o crescente interesse pela temática política pública, percebe-se que houve uma transição dos “governos por leis” para os “governos por políticas”, significando uma evolução exigida pelo Estado Social, mas não uma exclusão daquelas frente a essas.

Convém ressaltar que o “*governo por políticas*”, plenamente viável no Estado Social, conforme explicitado acima, não está autorizado a descartar o “*governo por leis*”, havendo entre esses relação de mutualismo, de convivência dependente. É bem verdade que um governo realizado por políticas empresta ao Poder Executivo uma considerável dose de discricionariedade, cabendo ao administrador a escolha dos rumos a serem perseguidos pelas políticas públicas. Mas também, se faz clara a distinção que há entre discricionariedade e arbitrariedade, devendo aquela, sob pena de pairar na ilicitude, observar os ditames legais, circunstância em que surge o “*governo por leis*” e a conseqüente participação do Poder Legislativo.

É nesse contexto de relação interdependente, de harmonia entre os poderes Legislativo e Executivo, que desponta a noção de constituição dirigente, ideário fortemente sustentado por J. J. Canotilho (1994). Em apertada síntese, é qualificada por dirigente aquela constituição que enuncia programas a serem cumpridos, atribuindo funções aos Poderes Públicos, explicitando as diretrizes que devem ser seguidas pelo Estado, sem, contudo, especificar a forma, os meios que devem ser utilizados para alcançar essas metas postas. Logo, para a consecução das disposições constitucionais, faz-se indispensável a implementação pelos Poderes Públicos, que restam vinculados àquelas, onde caberá ao Poder Legislativo a atuação intermediadora, concretizada em norma infraconstitucional, e ao Poder Executivo a efetiva implementação dos preceitos constitucionais ora minudenciados pela atuação legislativa.

Atente-se, porém, para o ponto culminante dessa relação regida por uma constituição dirigente: a vinculação. Isso significa que, após a atuação do legislador, em ato contínuo, tem-se a atuação do administrador público que consiste, basicamente, em fazer escolhas. Todavia, pautando-se no qualificativo dirigente, não está autorizado o administrador a escolher conforme lhe aprouver, devendo ater-se àquilo que a Carta Magna predispôs como programa, como meta a ser atingida. Assim, ao contrário do que pensa o senso comum, a escolha do administrador não é absolutamente discricionária, mas relativamente, ao passo que deve se conformar com os fins postos ao Estado. Se o contrário fosse, estar-se-ia diante de um arbítrio, flagrantemente permeado pela ilegalidade.

Incumbe ratificar que, não só a participação do Poder Executivo é atrelada às predisposições constitucionais, sendo essa vinculação também extensível ao Poder

Legislativo, ao qual não basta, unicamente, especificar os regramentos constitucionais, mas fazê-los seguindo o ideário da Lei Maior. Essa observância condicionada deriva, exatamente, da supremacia da Constituição Federal, abrangendo tanto o aspecto material quanto o formal.

A formação das políticas públicas, no âmbito do que fora destinado à competência do Executivo, dá-se por meio de um processo composto por três fases: formação, execução e avaliação. Na primeira fase, o administrador irá se deparar com vários interesses não coincidentes, os seus postulantes defenderão a viabilidade técnica e material do implemento por políticas públicas desses interesses, momento em que se percebe conteúdo bastante valorativo desse processo.

Já na segunda fase, está superada a escolha, cabendo ao administrador a execução da política definida, que carecerá, conforme o caso concreto, de medidas nas áreas administrativa e orçamentária, como disponibilidade financeira, obrigatoriedade de licitar e proceder à contratação nos ditames do direito administrativo, necessidade de contratação de servidor e de desapropriação de bem particular, dentre outras.

Por fim, haverá a apreciação das políticas públicas realizadas, verificando-se se essas foram aptas a, de fato, concretizar os direitos sociais arrolados na Constituição Federal, surtindo os efeitos sociais que delas se esperavam.

Assim sendo, pode-se fechar um ciclo de raciocínio ao se transpor a noção de constituição dirigente para o processo de formação integral das políticas públicas, abrangendo desde a participação do Legislativo. O exercício da atividade mediadora do legislador, observando os preceitos constitucionais, ocorre num primeiro momento, vindo, tão somente, especificar as determinações constitucionais, evidenciar de que maneira executá-las, não sendo, todavia, óbice intransponível à atividade do Executivo, já que pode ser suprida face a fundamentalidade do direito em liça.

Num segundo momento, tem-se a participação do Executivo, que, por meio do administrador público, irá desencadear as etapas de formação das políticas públicas, sem não descuidar do posto na Lei Maior, notadamente no que concerne às fases de formação e execução, onde se percebe facilmente essa vinculação, de onde decorre, logicamente, a etapa de avaliação.

Assim, essa última corresponde ao controle incidente sobre as políticas públicas, que, ao contrário do pregado por muitos, não fere a discricionariedade confiada ao administrador público, haja vista que essa não é absoluta, não autorizando o administrador público a escolher o que consta na esfera do não proibido, mas tão somente no âmbito do permitido. Se assim não agir o administrador, com uma discricionariedade limitada pelas designações de uma constituição dirigente, esse incidirá, não num vício meritório, mas de pura ilegalidade.

Quanto às especificidades que norteiam o controle jurisdicional, bem como a aferição da sua viabilidade prática, serão temas abordados, em razão de constituírem o objeto maior desse estudo, em capítulo oportuno, logo após breve explanação acerca da eficácia dos direitos sociais, condição *sine qua non* a boa compreensão do tema.

## **2.2 Da eficácia dos direitos sociais**

Abordar a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais, em apertada síntese, consiste em responder uma única pergunta central: da assegução no texto constitucional de um direito fundamental de caráter social decorre direito subjetivo à

sua prestação? Em outras palavras, a previsão constitucional de um direito social concede ao indivíduo pretensão, exigibilidade frente ao Estado, que deveria ser prestador? Enfim, pode ou não o administrado dirigir-se ao Poder Judiciário e reclamar a atuação estatal quando a política pública não tenha atingido seu desiderato maior, a concretização do direito social?

A atualidade desse questionamento é inegável e decorre, em linhas proporcionais, do maior esclarecimento político que tem chegado às massas, propiciando entendimento acerca daquilo que é devido pelo Estado, não mais como assistencialismo de favor, mas como decorrência do exercício do *múnus publico*. Convém ainda aduzir que essa problemática constitucional advém também do triste cenário político vivenciado por todos, momento em que o Congresso Nacional parece ter virado palco de escândalos espetaculosos, insurgindo-se o povo contra o descaso parlamentar e executivo para com as suas necessidades mais prementes, tendo restado apenas socorrer-se à porta do Poder Judiciário.

Responder essa importante indagação exige que se parta de pressupostos básicos, de conhecimentos assentados, o que se leva a uma digressão breve acerca de direitos sociais, abrangendo a sua aplicabilidade e previsão formal no bojo constitucional.

Antes de tecer qualquer consideração, é fundamental consolidar que se considera os direitos sociais inseridos no âmbito dos direitos fundamentais, sendo estabelecida uma relação de espécie e gênero, embora se reconheça que exista posição diversa defendida.

José Afonso da Silva (2006, p.289-290) minudencia esse entendimento, explicando que os direitos sociais são:

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

Assim, extrai-se do conceito acima exposto que os direitos sociais enquadram-se no rol dos direitos fundamentais prestacionais, ao qual se opõem os direitos fundamentais de defesa. Esses últimos não exigem atividade positiva do administrador, ao revés, constituem um círculo de intangibilidade, no qual não se permite o ingresso das ingerências do poder público, salvo quando ampliativas, quando tragam benesses. Esses direitos de oposição, como se convencionou chamar, correspondem aos direitos fundamentais de primeira geração, de conteúdo individualista, que protege o indivíduo frente aos arbítrios estatais. Em sentido contrário, atuam os direitos sociais. Esses são prestacionais por excelência, exigindo a participação ativa do Estado nas suas consecuições, também sendo chamados de direitos fundamentais de segunda geração.

Ainda a título de digressão, é válido citar que os direitos sociais são

comumente previstos na Constituição Federal por meio das normas programáticas, que, em suma, consistem em planos governamentais postos pelo Poder Constituinte Originário àqueles que irão compor a gestão estatal.

No que tange à eficácia desses direitos, há forte tendência de negar-lhes a consubstanciação num direito subjetivo à prestação estatal. Via de regra, o fundamento mais utilizado nesse sentido negatório é a reserva do possível, que significa limitação material à concretização de prestações sociais, ou seja, infinidade de necessidades, de direitos subjetivos, e escassez de recursos públicos.

Seria uma ingenuidade inaceitável defender que a efetivação dos direitos sociais em nada ter a ver com a questão orçamentária. Garantir a um particular um direito subjetivo significa dar-lhe meio de exigir a prestação daquele direito frente ao Estado, o que resultará, de forma inconteste, em dispêndios ao erário público, por mais diminuta que possa parecer essa garantia. Assim, admite-se aqui, de plano, que tratar de políticas públicas tem repercussão financeira, atingindo as matrizes orçamentárias do Estado, haja vista que os direitos prestacionais têm um custo. Porém, não se aceita que essa interferência em assuntos financeiros venha a inviabilizar, prontamente, a eficácia dos direitos sociais, sem que, sequer, se proponham meios conformadores.

Na realidade, embora muito se fale acerca de reserva do possível, a eficácia dos direitos sociais tem conexão direta com a dignidade da pessoa humana e com os valores relacionados à vida. É certo que existe dificuldade em conceituar dignidade da pessoa humana, até mesmo por se tratar de um princípio, e, como tal, bastante carregado de abstração, mas o senso comum é capaz de informar o que está contido dentro do referido conceito.

Percebe-se então, que os direitos sociais têm como fim proporcionar uma vida pautada no que se entende por dignidade da pessoa humana, não consistindo, de forma alguma, em capricho e utopia constitucionalistas, conforme insistem em pregar alguns. Dessa forma, não é possível reputar digna a vida de um particular se ele sequer tem acesso às prestações sociais garantidas pela Constituição Federal, sendo necessário, para tal, gozar de um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, como bem ensina Ingo Sarlet (2006).

Resta claro, assim, que as normas constitucionais exigem uma análise mais acurada, não sendo possível interpretá-las de forma isolada, como se não integrassem um todo, pugnando-se, aqui, pela interpretação sistemática da Constituição Federal, sob pena de se pairar frente a despropósitos que negam toda a ideia constitucionalista, como no caso em discussão, o que, infelizmente, alcança sérios prejuízos práticos.

Diante desse contexto, por ser reconhecido ao administrado um direito social, pautado na dignidade da pessoa humana, socorre-lhe a existência de um direito subjetivo a prestação, que poderá ser exercido, via ação judicial, no Poder Judiciário, conforme se demonstrará no capítulo subsequente.

### **3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REFERENTES AOS DIREITOS SOCIAIS**

Serão abordadas, neste capítulo, as questões que circundam o controle judicial das políticas públicas, umas atinentes à real impossibilidade e inconstitucionalidade de se impor controle às omissões do Poder Público, outras atestadoras da plena configuração do referido controle, que funcionaria, sim, como

meio efetivador da Constituição Federal. É nesse contexto dicotômico que serão expostas e avaliadas as teses do mínimo existencial e da reserva do possível, sem olvidar do princípio da separação dos poderes.

### 3.1 Mínimo existencial e direitos sociais

O mínimo existencial, tese desenvolvida amplamente pela doutrina alemã, significa elenco de necessidades básicas de que precisa o indivíduo para que desfrute de uma vida digna, de onde resulta que sem esse mínimo de prerrogativas a existência humana resta prejudicada, abalada no cerne da dignidade.

Entendendo mínimo existencial como padrão mínimo necessário à vida com dignidade, o que estaria albergado nesse entendimento de padrão mínimo? Ou seja, o que é, de fato, necessário para ter o indivíduo uma vida digna? A doutrina muito tem discutido acerca da abrangência do que se entende por mínimo existencial, buscando uma delimitação do seu conteúdo.

Alguns doutrinadores fixam que o mínimo existencial está atrelado à noção de mínimo vital, consistindo, na verdade, como o indispensável à sobrevivência, à existência, sem qualquer menção ao qualificativo da dignidade. Desde já, refuta-se esse posicionamento, por ser considerado conflitante às determinações constitucionais, haja vista que apregoa uma vida calcada na miséria, no simples existir, onde o Estado somente estaria comprometido com os direitos fundamentais de liberdade, que desse exigem apenas a abstenção, a não interferência na esfera intangível do indivíduo. Nesse contexto, seriam retiradas do Estado as obrigações referentes aos direitos sociais, eximindo-se dos deveres quanto à saúde, moradia, educação e previdência, por exemplo, o que viria a comprometer o próprio exercício da liberdade.

Outros doutrinadores, em posição contrária, com a qual se assente, entendem que a noção de mínimo existencial não pode ser desvinculada da noção de dignidade da pessoa humana, preservando-se não só o viver, mas viver dignamente. Esse é o entendimento de Ingo Sarlet (2006, p. 566) explicitado nos estudos feitos acerca dos direitos fundamentais em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres, onde preceitua que:

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada 'quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade'.

Com base nessa posição, ao Estado não cabe tão somente a abstenção, a garantia dos direitos de liberdade, devendo ir mais além, obrigando-se às prestações mínimas capazes de tornar a vida do indivíduo digna. Assim, no que tange à vida, por

exemplo, além do Estado obrigar-se a não cerceá-la, aspecto negativo, esse se obriga a dar condições de favorecimento à vida, implementando políticas que a garantam nos padrões de dignidade, aspecto positivo.

Caso contrário fosse, em se defendendo a equiparação do mínimo existencial ao mínimo vital, estar-se-ia regredindo, ao passo que o mundo retrocederia à época do Estado Liberal, antagônico do Estado Social Democrático de Direito, que surgiu logo após as grandes Revoluções Burguesas, onde o Estado não intervinha nas relações humanas, cuidando apenas das liberdades, o que o caracterizava como *absenteísta*. Convém lembrar, todavia, que a *miséria* foi o algoz do Estado Liberal, que não se preocupava com saúde, educação, previdência, dentre outros, tendo desembocado na ruína do ideário não intervencionista.

Ante a impossibilidade de se alongar nesse estudo acerca da abrangência da dignidade da pessoa humana, que, de fato, não consiste no objeto deste trabalho, adota-se a solução apresentada por Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 344) em sua dissertação de mestrado, segundo a qual:

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

Conforme já explicitado no capítulo antecedente, os direitos sociais pautam-se na dignidade da pessoa humana, ao passo que objetivam prestações que proporcionem uma vida digna, com fim de implementar igualdade entre os *hipossuficientes*. Percebe-se, então, certa identidade de substrato quando se fala do mínimo existencial, que, por ser o conjunto de necessidades básicas inerentes a uma vida digna, também tem seu conteúdo pautado na dignidade da pessoa humana.

Embora haja semelhança no que concerne ao fim almejado, há que se considerar que entre esses conceitos pesam distinções, havendo, nessa seara, teses que se *digladiam*, ao passo que alguns consideram o mínimo existencial como o núcleo essencial dos direitos sociais, o que pode acarretar dificuldades práticas quanto à efetividade, e outros que os entendem como elementos de uma relação direta interdependente, corrente a qual se filiam.

Ao Estado não cabe unicamente a prestação que corresponde ao mínimo existencial, podendo ir mais além, desde que disponha de recursos para a implementação de outras obrigações, que deverão ser menos essenciais que as primeiras. Formula-se, então, frase diversa: o Estado está obrigado, ao menos, ao mínimo existencial, e não somente a ele.

Voltemos aqui ao caso, anteriormente citado, em que a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral foram condenados a garantir a transferência de todos os pacientes necessitados de tratamento em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) a hospitais públicos ou particulares com disponibilidade de leitos, bem como a instalação de novos leitos de UTI em referido município.

O Município de Sobral, até então contava com apenas 9 (nove) leitos de

Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) no Hospital Santa Casa de Misericórdia, que atende 1,6 milhão de habitantes, sendo que nenhum deles destinado à crianças.

Neste caso, estar-se-ia negando força normativa à Constituição dizer que o direito coletivo à saúde, previsto no art. 196 da Carta Magna, por ser um direito social consubstanciado em norma programática, necessita da atividade intermediadora do Poder Público, pelo fato de apenas indicar diretrizes a ser seguidas por este. Assim, em situações como esta, em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional, resta legitimada a atuação do Poder Judiciário. Nem mesmo a tese da reserva do possível, que será adiante examinada, pode ser invocada neste caso, tendo em vista que não garantir o acesso a leitos de UTI à população necessitada representa um atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Para garantir o mínimo existencial, o Estado deverá atuar de forma positiva, pondo à disposição dos administrados prestações capazes de lhes dignificar a vida. Há várias formas de atingir esse desiderato, como a facilitação da comunicação, por meio de propagandas educativas, mas nesse espectro as políticas públicas assumem relevo. Normalmente, essas políticas servem de meio para a consecução dos direitos sociais, que proporciona a dignidade da pessoa humana, elemento reclamado pelo mínimo existencial. Porém, a prática das políticas públicas e, conseqüentemente, dos direitos sociais é obstaculizada pela tese da reserva do possível, objeto de análise da seção que segue.

### 3.2 Reserva do possível e controle jurisdicional

Tratar de efetivação de direitos sociais, de reconhecimento de direitos subjetivos aos particulares frente ao Estado, remete à noção de custos. É inegável que conferir a alguém um direito prestacional judicialmente oponível ao Estado implica dispêndio financeiro, inserindo-se nesse contexto a tese da reserva do possível.

Referida tese presta-se a ressaltar que há desproporcionalidade entre as necessidades e os recursos disponíveis para as atender, caracterizando, assim, a escassez de meios frente a volumosa gama de anseios. A partir dessa breve noção, percebe-se quão íntima é a relação entre os direitos sociais e a reserva do possível, ao passo que, em sendo esses direitos prestacionais por excelência, exigem, para sua efetivação, grande aporte financeiro.

Outro passo importante para compreender o vínculo entre os direitos sociais e a reserva do possível é ter assente que, face à escassez dos meios frente às inegotáveis necessidades, caberá ao administrador público a escolha da prestação que será realizada, ou seja, a ele caberá escolher onde alocar o recurso público e em qual dimensão fazê-lo, momento em que se percebe quão real é o jargão que dispõe que governar é escolher. Assim, dispondo o Poder Público de receita, impõe-se ao chefe do Executivo determinar em que setor serão aplicadas aquelas divisas, podendo escolher, *a priori*, se as destinará à área da saúde, à área de pesquisa, à área de educação ou à área da publicidade governamental, por exemplo.

Ocorre que essas escolhas não são tão livres quanto se imagina, não sendo conferida ao administrador um amplo espectro de liberdade, ao passo que ao escolher deve restringir-se aos comandos normativos da Constituição, a implementar as disposições constitucionais. Nesse sentido, deve-se observar se a escolha do administrador conforma-se com o percentual mínimo de investimento em cada área determinada pela Carta Magna, além de verificar se essa escolha está de acordo com

o sistema constitucional, com os fins que colima a Constituição.

Assim, quando se alega a reserva do possível como obstáculo à consecução de direitos sociais, defendendo a exaustão de recursos, o primeiro ponto a se observar é se a atividade orçamentária do Poder Executivo está em conformidade com o que pregoa a Constituição, tendo em vista que essa traz alguns artigos que direcionam a aplicação dos recursos, fixando percentuais mínimos a serem destinados a áreas específicas, tal como se extrai dos artigos elencados abaixo, que determinam que:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, **mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III – sobre a receita de concursos de prognósticos. Art. 212. A União aplicará, anualmente, **nunca menos de dezoito**, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **vinte e cinco por cento**, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.(grifos nossos).

Também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias verifica-se a preocupação do legislador em determinar uma remessa certa de recursos para áreas por ele qualificadas como prioritárias. Isso se apreende dos artigos a seguir transcritos, que dispõem que:

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, **trinta por cento**, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão **destinados ao setor de saúde**.

Art. 60. Nos 10 (dez) primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão **não menos de 60% (sessenta por cento) dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental**, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.(grifos nossos).

Além de verificar a observância dos limites formais, acima aquilatados, há que se ponderar, também, a respeito dos limites materiais, que remetem a uma análise geral das disposições constitucionais, de onde se apreenderá que essas formam um sistema integrado e lógico de normas que objetiva fins diversos, dentre os quais a consecução dos direitos sociais, espécie elevada à categoria de direito fundamental, razão pela qual lhe assiste maior observância. Em outras palavras, significa dizer que a Constituição Federal determina a necessidade de se destinar recursos públicos para os objetivos e prioridades nela estipulados, figurando entre esses a efetivação dos direitos sociais.

Não pode abster-se, então, o Chefe do Executivo de observar esses limites, tanto os formais quanto os materiais, devendo encaixar a sua escolha dentro do que determina a Lei Maior, ao passo que não lhe foi conferida discricionariedade absoluta, capaz de exorbitar os limites constitucionais, o que resultaria, sem dúvida, em arbítrio e desvio de finalidade.

É nessa seara das escolhas que surge um ponto relevante que merece comentário: a tipologia da escassez. Para o objeto de estudo deste trabalho, escassez vem significar falta de meios financeiros para realizar tantas prestações essenciais à vida humana digna, sendo classificada em natural ou artificial.

A primeira espécie decorre do mundo fático, da realidade, da pura falta de recursos, não deixando escolhas para o administrador público, que haverá que se resignar com a premente falta de meios para efetivar os comandos constitucionais. Já quanto à segunda espécie, tem-se que essa deriva da atuação do administrador público, que ao fazer a alocação dos recursos direcionou-se para certas áreas de atuação e olvidou-se de investir em áreas de necessidade básica, como os direitos sociais, por exemplo. Enquanto na primeira espécie não há o que ser feito, ao passo que, de fato, não há recursos; na segunda espécie, essa exaustão orçamentária alegada é plenamente reversível, vista que oriunda da escolha do administrador e não da contingência dos fatos.

Como já firmado, a escolha do administrador deve cingir-se aquilo que determina a Carta Magna, não lhe cabendo escolhas trágicas que fundamentem uma reserva do possível pautada na escassez artificial. Depreende-se disso que o Poder Público não está autorizado a criar exaustão orçamentária, não podendo alegá-la ante qualquer tentativa de efetivar um direito social. Ao revés, se a escassez é natural, se deriva dos fatos, não se pode ir além da realidade e exigir do administrador a implementação das parcelas necessárias a se alcançar o mínimo existencial, o que significaria total negação da relação que há entre operacionalizar direitos e os custos resultantes.

Convém ainda mencionar que, nessa seara de escolha do administrador público a ponderação assume papel fundamental. É por meio dessa que o gestor decidirá em qual esfera de atuação alocará os recursos públicos de que dispõe. Em outras palavras, a técnica da ponderação vai responder as seguintes perguntas: qual atividade estatal é prioritária?, qual direito deverá preponderar frente ao outro, face a inexistência de recursos para satisfazer ambos? Dispõe, desta forma, Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 207) aduzindo que:

Com relação à ponderação, haverá que se diferenciar entre a real impossibilidade de realização do direito [...] da impossibilidade contingencial, ou seja, aquela que se mostra

como resultado de uma alocação de recursos para fins diversos daqueles instituídos pela norma de direito fundamental. [...] Esta escassez de recursos, em outras palavras, deverá ser necessária e proporcional. Em verdade, os próprios poderes públicos (leia-se Executivo e Legislativo) deverão se valer do método da ponderação a fim de pautar suas escolhas alocativas de recursos, de forma racional: por quais razões um determinado bem jurídico tem um peso maior que justifique a alocação de recursos para a sua satisfação em detrimento de outros?

Aqui, mais uma vez cabe a participação do Poder Constituinte Originário, que no texto constitucional preconizou o que assume feição prioritária num Estado Social Democrático de Direito, merecendo destaque os direitos fundamentais, como, por exemplo, a discussão em torno do que dispõe o art. 227 da Constituição Federal, corroborando, assim, com o que fora dito acima: a escolha do administrador não é livre, devendo pautar-se nos preceitos constitucionais. Nesse sentido, transcreve-se passagem da tese de mestrado de Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p.207):

E neste âmbito, a escolha de alocação de recursos feita pelos poderes constituídos para um determinado fim, e não para outro, necessitará de justificação. A partir do momento que se toma a escassez de recursos econômicos para a realização dos direitos fundamentais como uma escassez artificial, e não natural, quando se está consciente de que o Estado escolhe dedicar recursos a um determinado fim, no lugar de outros, torna-se possível, e desejável, que esta alocação de recursos seja justificada sob o ponto de vista constitucional. É certo que existe uma margem de discricionariedade que deve ser respeitada, todavia, também existe margem de controle.

Após breve análise sobre o mínimo existencial e a reserva do possível, ambos relacionados com a efetivação dos direitos sociais, chega-se ao cerne do problema: a possibilidade do Poder Judiciário exercer controle sobre as políticas públicas. Ou seja, pode o particular dirigir-se ao Judiciário com fim de exigir prestação por parte do Poder Público quando a política pública por esse executada não se revele capaz de efetivar os direitos sociais? Em outras palavras, o Poder Judiciário, quando provocado, poderá ingressar na esfera de atuação do chefe do Executivo de modo a determinar uma prestação estatal social, seja porque a política pública foi ineficaz, seja porque o Poder Público omitiu-se?

É inegável que essa temática é bastante controversa, havendo defensores áduos nos extremos opostos, uns defendendo a impossibilidade e outros defendendo a possibilidade. Os primeiros alegam não ser o Judiciário competente, tendo em vista a decisão alocativa de recursos do chefe do executivo ser plenamente meritória, não cabendo sobre essa, análise judicial quanto ao seu conteúdo, sob pena de flagrante desrespeito à separação dos poderes. Já a segunda corrente, traz em sua defesa que os direitos sociais são absolutos, não lhes sendo oponível qualquer tentativa de lhes

negar eficácia. Mas o que se faz importante frisar é que o caráter absolutista dessas teses deve ser repellido, adotando-se posição de bom senso, sendo indispensável sempre a análise do caso concreto.

Inicia-se esse debate trazendo a baila uma constatação já firmada em capítulos precedentes: os direitos sociais são direitos fundamentais, estabelecendo-se entre eles a relação de espécie e gênero, respectivamente. Assim, os direitos sociais são normas, bem marcados pelo dogma da fundamentalidade, aos quais o Poder Constituinte Originário quis atribuir um *plus*, que é exatamente a positivação no texto constitucional. No que concerne a esses direitos, admite-se que o Poder Judiciário controle as ações governamentais no sentido de prestar-lhes eficácia, estando tão somente pondo em prática as normas constitucionais, não sendo coerente abster-se da seara de efetivação desses direitos, já que são fundamentais, sem os quais o fim do homem é o perecimento. Entende-se, ainda, que esse controle poderá ocorrer nos dois momentos que compõem a formação das políticas públicas, seja na atuação do Poder Legislativo, seja na do Executivo.

No que tange à competência do Poder Legislativo, sabe-se que a esse cabe a atividade intermediadora, responsável por minudenciar as determinações constitucionais, emprestando-lhes a clareza indispensável à aplicação. Mas quando não exercida essa competência, os direitos sociais não perecerão a sua espera, podendo o Poder Judiciário, quando provocado, manifestar-se no sentido de determinar a prestação social, atendo-se a fundamentalidade do direito. Caso contrário fosse, as determinações veiculadas por meio das normas programáticas dificilmente seriam efetivadas, ao passo que sempre estariam a mercê da prática legislativa, o que não se admite, consoante entendimento do ministro Celso de Melo, que em trecho da ADPF 45 dispõe que:

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que 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.

Quanto ao Executivo, caberá ao Judiciário ponderar se aquele alocou recursos conforme determina a Constituição Federal, respeitando os limites formais e materiais, ou se fabricou a exaustão orçamentária, de forma a impedir a consecução dos direitos sociais. Atente-se para o fato de que essa escolha do administrador público é dotada de discricionariedade, mas da qual só se poderá valer dentre as opções que lhe der a Carta Magna, o que significa dizer que não há plena discricionariedade, ao passo que resta uma parcela de vinculação constitucional, sendo essa permissiva quanto ao controle judicial, padecendo a escolha de vício de legalidade quando não se atenha aos parâmetros postos na Lei Maior.

Num segundo momento, traz-se a supremacia constitucional como autorizadora do controle judicial, tendo em vista que no bojo da Constituição está

assentada a preocupação com a efetivação dos direitos sociais, de onde decorre a obrigação do Poder Público atuar nesse sentido, fazendo-o comumente por meio de políticas públicas. São nesse sentido as disposições dos artigos 1º, III e 3º, III, que aduzem ser fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, que ainda terá como objetivo a redução das desigualdades sociais. Demais disso, a própria Constituição fixa que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cuja marca maior é o intervencionismo e a atuação social.

Assim, permitir que o Poder Judiciário exerça controle sobre as políticas públicas referentes a direitos sociais significa atribuir a esse a função de dar efetividade às normas constitucionais, o que só pode ocorrer em caráter excepcional, quando não tenham agido nesse sentido os poderes Legislativo e Executivo. Fixar essa excepcionalidade também foi uma preocupação do ministro Celso de Melo, ao dispor no julgamento da ADPF 45 que:

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.

Num terceiro momento, tendo-se entendido, até aqui, que será possível o controle judicial das políticas públicas relativas aos direitos sociais em razão da fundamentalidade desses direitos e da supremacia constitucional, convém indagar se esse controle não permitiria que o Poder Judiciário ingressasse na esfera de mérito do Poder Executivo, ferindo, assim, flagrantemente a separação dos poderes?

Conforme se fixou, anteriormente, a decisão do chefe do Executivo quanto à escolha da área em que serão alocados recursos públicos não é puramente discricionária. Como bem já se ressaltou, nesse contexto até se verifica a discricionariedade, mas essa não é absoluta, já que a escolha tem parâmetros a observar, que são as determinações constitucionais, cingindo-se a discricionariedade do administrador aos limites impostos pela Lei Maior.

Dessa forma, se ao escolher onde aplicará os recursos, o gestor público abster-se de observar os regramentos constitucionais, estar-se-á diante não de um vício de mérito, abrangendo a conveniência e a oportunidade, mas sim de um vício de legalidade, visto que foi desrespeitado um comando legal, resultando na violação negativa do

texto constitucional. Assim, constatando-se o vício de legalidade, é plenamente legítimo o controle exercido pelo Poder Judiciário, não havendo interferência na seara executiva, estando o Judiciário exercendo aquilo que lhe foi determinado pela Carta Política.

Depreende-se essa preponderância dos papéis importantes que têm sido conferidos ao Judiciário, como a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeitos vinculantes e proceder à interpretação conforme a Constituição, com ou sem redução de texto. Ainda quanto à relevância dada ao Poder Judiciário, acrescente-se o rumo que toma a decisão do mandado de injunção número 712, no qual tem ganhado força a corrente concretista no que diz respeito aos tipos de provimento em sede de mandado de injunção, que entende caber ao Judiciário fazer a norma para o caso concreto frente a omissão do legislador, o que só corrobora com a preponderância desse poder.

Consoante se preconizou no início desse debate, repele-se, aqui, a ideia de que esse controle é absoluto, podendo operar em todos os casos e níveis, razão pela qual se entende que a atuação do Judiciário deve pautar-se na proporcionalidade, sem deixar de observar as condicionantes que foram expostas, como a fundamentalidade do direito e a supremacia constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão no texto constitucional não é suficiente para impingir eficácia a esses direitos, notadamente os sociais, já que prestacionais por excelência, exigindo, portanto, uma atuação positiva do Estado, tendo sido esse o foco deste trabalho.

Os direitos sociais encontram guarida nas normas programáticas, que por serem espécie das normas de eficácia contida, não têm aplicabilidade imediata, mas sim mediata, precisando da atividade mediadora do legislador, responsável por explicitar a forma como seriam executados tais direitos. Nesse sentido, admite-se que os direitos sociais não padeceriam ante a omissão do Poder Legislativo porque, se assim fosse, estar-se-ia negando efetividade a um direito posto na Constituição Federal, restando essa última comprometida no que tange ser fundamento de validade de todo o ordenamento inferior. Além disso, compactuar com essa teoria, significaria submeter a determinação do Poder Constituinte Originário a vontade do Poder Constituinte Derivado, o que não figura plausível.

Cabe ao Poder Executivo dar aplicabilidade prática às disposições constitucionais minudenciadas pelo legislador, conferindo, de fato, efetividade aos direitos sociais, fazendo-o, via de regra, por meio de políticas públicas. Quanto à atuação do Executivo, entendeu-se não ser essa plenamente discricionária, não cabendo ao chefe deste Poder escolha acerca da implementação ou não dessas políticas sociais, ao passo que estaria vinculado às determinações constitucionais, entendimento que deriva da noção de constituição dirigente, que também alcança a atuação do Poder Legislativo. Tem-se, assim, que a participação do Executivo deve se pautar numa discricionariedade limitada pelas designações de uma constituição dirigente. Caso dessa forma não proceda, verificar-se-á vício de legalidade, não de mérito, o que autoriza o controle judicial.

Conclui-se, como favorável à efetivação dos direitos sociais, a tese do mínimo existencial, que pugna que o Estado deve garantir, ao menos, uma quantidade mínima de prestações indispensáveis para o alcance de uma vida digna, o que também pode

ser executado por meio de políticas públicas. Compreendeu-se haver uma relação direta entre o mínimo existencial e os direitos sociais, já que ambos apresentavam o mesmo substrato: a dignidade da pessoa humana.

A eficácia dos direitos sociais deparava-se com um grande óbice: a reserva do possível, tese que traz a baila o ponto de conexão entre direito e economia. Em conclusão, firmou-se não ter caráter absoluto essa tese, exigindo maiores ponderações. Em suma, fixou-se que há de se observar se a reserva é natural ou artificial, se deriva da real falta de recursos ou se de escolhas aleatórias do chefe do Executivo, residindo nesta última as maiores questões. Assim, deparando-se com uma escassez artificial de recursos, uma exaustão orçamentária provocada, o Poder Judiciário analisará se as escolhas do administrador guardaram conformação com as determinações constitucionais, obedecendo tanto os limites formais quanto materiais. Em caso negativo, caberá ao Judiciário reverter a situação, determinando, se for necessário, até mesmo desvinculação de receitas para que se alcance o atendimento ao direito social reclamado pelo particular.

Admite-se ainda pela possibilidade do controle judicial das políticas públicas, tendo em vista que através desse estar-se-á dando eficácia aos direitos sociais, pondo em prática as normas constitucionais, conduta essa plenamente relevante, ao passo que se trata de direitos fundamentais. Pugnano pela possibilidade desse controle, trouxe-se ainda a supremacia constitucional, já que no bojo da Constituição está assentada a preocupação com a efetivação dos direitos sociais, decorrendo a obrigatoriedade do Poder Público atuar nesse sentido, com fim a aplicar os comandos constitucionais, tal como se depreendeu dos artigos 1º, III e 3º, III da Carta Magna.

Não há, quando da realização do controle pelo Poder Judiciário, ingerência desse na seara de atuação do Executivo, exatamente porque as decisões que toma o administrador quando da consecução das políticas públicas não são plenamente discricionárias, devendo observar o comando maior que deriva da Constituição Federal. Assim, ante a essa não observância, concluiu-se haver um vício de legalidade, não de mérito, o que autoriza a incidência de controle.

Por fim, tem-se atuação do Poder Judiciário, quando do exercício desse controle, deve ter como parâmetro a proporcionalidade, sempre se atentando as condicionantes da fundamentação do direito e da supremacia constitucional.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=ADPF%2045&d=DESP>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL228.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Geral da República – PGR. Disponível em: < <http://>

[noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_geral/justica-federal-concede-liminar-determinando-criacao-de-novos-leitos-de-uti-em-sobral](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/justica-federal-concede-liminar-determinando-criacao-de-novos-leitos-de-uti-em-sobral) >. Acesso em: 19 mar. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador; contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra. Coimbra editora, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREIRE JR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, UFPR, 2006. 390p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: GALDINO, Flávio ; SARMENTO, Daniel (Org.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.